

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 48064/2014/TO1/CNC1

Reg. n° 887/2018

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 31 días del mes de julio del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Pablo Jantus, Mario Magariños y Luis M. García, asistidos por la secretaria actuante, Paola Dropulich, a efectos de resolver en la causa n° 48064/2014/TO1/CNC1, caratulada “Brunchi , Patricia Edith s/robo con armas”, de la que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 1 de esta ciudad condenó a Patricia Edith Orieta Brunchi a la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas por considerarla coautora del delito de robo con armas (arts. 45 y 166 inciso 2 del Código Penal; cf. fs. 258/268).

II. Contra dicha sentencia interpuso recursos de casación e inconstitucionalidad la defensa (fs. 278/293), que fueron concedido y rechazado, respectivamente (fs. 294/295). La denegatoria motivó la presentación de un recurso de queja.

III. La Sala de Turno de esta Cámara otorgó al primero el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación, e hizo lugar a la queja, admitiendo el recurso de inconstitucionalidad.

IV. En la oportunidad contemplada en el artículo 465, 4° párrafo, del cuerpo legal citado, la parte recurrente efectuó presentaciones por escrito (fs. 311/318 y 388/391).

V. Conforme a lo establecido en el art. 465 citado, quinto párrafo, se designó audiencia en esta instancia, a la que las partes no comparecieron (fs. 328, 331/ 332, 392/393).

VI. Tras la deliberación, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Pablo Jantus dijo:

I. La intervención de este tribunal está dada por los recursos de casación e inconstitucionalidad presentados por la defensa contra la sentencia enunciada.

a. La parte recurrente se agravió, en primer lugar, por arbitrariedad en la valoración de la prueba para descartar la aplicación del art. 34 inciso primero párrafo primero CP y postuló, en consecuencia, la absolución de la acusada.

Para cuestionar su capacidad de culpabilidad por intoxicación alcohólica al momento del hecho, destacó que el examen físico que determinó que no tenía signos de neurotoxicidad fue realizado luego de seis horas de su detención. Además, refirió que si bien los análisis de sangre y de orina sobre los que el Laboratorio de Toxicología y Química Legal del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional realizó su informe arrojaron resultado negativo en cuanto a la presencia de alcohol, su extracción ocurrió luego de dieciocho horas de cometido el hecho.

Luego, sostuvo que el estado de inimputabilidad de Orieta Brunchi pudo ser corroborado por quienes actuaron como testigos del procedimiento de aprehensión policial, puesto que éstos hicieron referencias claras a sus dificultades de expresión –estaba inquieta, se tambaleaba y “arrastraba” las palabras que pronunciaba–, lo que evidenciaba que se encontraba bajo los efectos de alguna sustancia tóxica.

Además, señaló que la simple observación de las vistas fotográficas obrantes a fs. 2/4 de su legajo de personalidad permite corroborar que tenía dificultades para mantenerse erguida y una mirada extraviada, signos compatibles con el cuadro que precisó en su descargo –refirió que había tomado cuatro cervezas y una botella de vino–.

Por último, destacó que brindó su apellido materno –“Brunchi”– al ser identificada por la policía, lo que resulta desde su punto de vista otro indicador más en el mismo sentido.

b. Seguidamente, argumentó que la tijera empleada en el hecho no satisface los requisitos objetivos del tipo legal previsto en el art. 166 inciso 2 párrafo 1 CP, con lo que su aplicación en el caso fue errónea e importa inobservancia de los principios de máxima taxatividad interpretativa y prohibición de analogía *in malam partem*. Agregó que el instrumento en cuestión no encuadra en la definición de la Real

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 48064/2014/TO1/CNC1

Academia Española y que su consideración como *arma impropia* colisiona con las garantías enunciadas.

c. Finalmente, planteó la inconstitucionalidad del artículo 12 del Código Penal puesto que, según su opinión, vulnera el principio de reinserción social que debe guiar la aplicación de la pena, ya que importa una limitación automática a la patria potestad y a la capacidad de administración y disposición de bienes.

Señaló además que la representante del Ministerio Público Fiscal omitió solicitar la aplicación de las accesorias legales del art. 12 CP al recabar la pena, con lo que el Tribunal carecía de jurisdicción para imponerlas y se violó así el principio de enjuiciamiento contradictorio y su derecho fundamental a la defensa en juicio.

Asimismo, sostuvo que el ejercicio de la patria potestad debe analizarse y resolverse desde la perspectiva del interés superior del niño, conforme al artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Precisó que la norma cuestionada determina la privación de la patria potestad, predisponiendo como único requisito la constatación de una situación objetiva —esta es, la aplicación de una pena de prisión superior a los tres años— y, en consecuencia, prescinde de toda consideración acerca de la situación del niño afectado por la medida, o de las alternativas que protegerían de mejor manera sus derechos fundamentales.

Además, refirió que la aplicación automática de la previsión menoscaba el principio de no trascendencia de la pena, debido a que la respuesta punitiva estatal se extiende injustificadamente al ámbito familiar de la persona condenada y afecta la preservación y el afianzamiento de los vínculos afectivos de los niños con sus progenitores, ya debilitados por la separación generada por el encierro.

Por otro lado, con relación a la incapacidad de administración y disposición de los bienes, afirmó que es factible que una persona privada de su libertad pueda ejercer los actos relativos a ella pese a la situación de encierro.

II. En el fallo se tuvo por probado que: “(...) el 13 de agosto de 2014, poco antes de la medianoche, Patricia Edith Orieta o Brunchi,

junto con otra persona de sexo masculino no identificada, se apoderó ilegítimamente de un reloj »Montblanc« y de alrededor de 1000 (un mil) pesos (de) Sergio Javier Fernández Lugea. Esa noche, éste (...) caminaba por el parque sito en la intersección de las avenidas Libertador y Alvear (de) esta ciudad, cuando fue abordado por la imputada y el otro sujeto. Fue así que mientras éste (...) hizo ademanes como que tenía consigo un arma, Orieta o Brunchi le exhibió una tijera de metal plegable cuya punta apoyó sobre su cuello, al tiempo que le decía »dame todo lo que tenés«. Ante ello, la víctima les entregó el dinero y el reloj aludidos, y los agresores huyeron (...) hacia la avenida Libertador y su intersección con Schiaffino, siendo perseguidos por aquél, quien logró darle alcance a la imputada en dicho lugar, mientras que el otro individuo consiguió huir. Fernández Lugea pudo retener a Orieta o Brunchi, quien lo amenazó otra vez con dicha tijera. Ante ello, ocasionales transeúntes, al ver lo que estaba sucediendo, llamaron a la policía, acudiendo al lugar el Subinspector Pablo Sebastián Cerrudo, quien procedió a la detención de la imputada y al secuestro de la tijera en cuestión, no pudiéndose recuperar ni el dinero ni el reloj antes mencionados”.

III. Corresponde señalar en primer lugar que, desde mi punto de vista, el Tribunal ha descartado correctamente el planteo de ausencia de capacidad de culpabilidad de la encartada al momento de cometer el hecho que se tuvo por probado (artículo 34 inciso 1 CP).

En efecto, los jueces se hicieron cargo de la observación de la parte recurrente y no soslayaron que los estudios realizados en ese sentido tuvieron lugar varias horas después del hecho y de la detención: el examen clínico que informó que se hallaba “lúcida, orientada en tiempo, espacio y persona, lenguaje coherente, sin signos de neurotoxicidad” tuvo lugar casi seis horas después, mientras que las muestras para los análisis de laboratorio que arrojaron resultado negativo en cuanto a la presencia de sustancias de interés toxicológico se extrajeron más de dieciocho horas más tarde.

Sin embargo, no fundaron su decisión en esa evidencia, sino que argumentaron adecuadamente que las características del comportamiento de la imputada evidenciaba más allá de toda duda razonable su capacidad

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 48064/2014/TO1/CNC1

de culpabilidad al momento del hecho, lo que el recurrente no ha logrado rebatir.

En ese sentido el Tribunal sostuvo su postura de modo razonable a partir de la declaración de la víctima; y de la valoración que se efectuó de su circunstanciado relato, y de su vinculación con el resto de la prueba, se desprende sin hesitación la conclusión a la que finalmente se arribó, al descartar la causa de inculpabilidad prevista en la norma de fondo citada, puesto que su proceder durante el desarrollo del robo resulta incompatible con el estado de intoxicación alegado.

Al respecto, en el fallo se señaló que la víctima fue muy precisa y clara cuando señaló la participación activa que compitió a la imputada durante la ejecución del delito; se destacó, en ese orden, que manifestó que aquella no solamente lo amenazó con una tijera, acercándosela a su cuello hasta tocarlo con ella –y dejarle una marca–, sino que al mismo tiempo le ordenó: “dame todo lo que tenés”, comunicándole así, sin lugar a duda, su voluntad de apoderarse ilegítimamente de sus cosas.

Asimismo, se sostuvo con buen criterio que el robo tuvo por objeto un elemento de considerable valor y, además, que la encausada intentó fugarse a continuación, procurando disponer de los bienes junto con su coimputado y evitar toda posible consecuencia negativa para ella a raíz de su accionar. Se resaltó, incluso, que al darle alcance la víctima aquella refirió que no tenía nada de él, lo que también resulta indicativo de que registraba en su memoria lo acontecido momentos antes.

Advierto así que el razonamiento desarrollado en la sentencia resulta suficiente para sostener que la investigada se encontraba en condiciones de autodeterminarse en base a la comprensión de la criminalidad de hecho y, en consecuencia, que resulta merecedora de reproche.

Por lo demás, la valoración de este concepto se encuentra conectada en la sentencia con otras evidencias.

Al respecto, luce acertada la consideración en el fallo acerca de que la oficial de policía Villalba declaró que al momento de la requisa, que implicó una marcada cercanía con la persona demorada, no notó en ella aliento étlico; por el contrario, dijo que estaba consciente y, en

forma coincidente con lo señalado por el damnificado, negó su intervención en el hecho.

Cabe señalar una vez más que dicha valoración que efectuaron los sentenciantes de estas contundentes pruebas, y que resulta adecuada desde mi punto de vista, no logró ser desvirtuada por la defensa en el recurso interpuesto.

Con relación a la versión de los testigos del procedimiento policial, Rolando Foderá y Santiago Joaquín Vega Lopino, quienes manifestaron que la encartada parecía estar bajo efectos de alguna sustancia –dado que gritaba, se movía bastante y arrastraba las palabras–, lo cierto es que tampoco señalaron haber percibido aliento etílico. Tampoco se desprende de esos relatos que, aun cuando Orieta Brunchi hubiera consumido bebidas alcohólicas con antelación al hecho, se encontrara transitando un episodio de intoxicación aguda que determine su incapacidad para ser culpable.

He de señalar, por último, que no resultan relevantes en el sentido indicado las apreciaciones efectuadas por la defensa con relación a las fotografías de la imputada ni al hecho de haberse identificado con su apellido materno, pues esos argumentos de ninguna manera son suficientes para contradecir el válido cuadro expuesto por los distinguidos magistrados que emitieron la sentencia. En este aspecto, además, debe hacerse notar que la utilización del apellido materno, lejos de constituir un indicio de confusión por intoxicación, parece ser una medida utilizada por la imputada en otras detenciones, pues así surge del informe del Registro Nacional de Reincidencia obrante en su legajo de personalidad.

Por las razones expuestas debe ser rechazado este agravio y, en consecuencia, el recurso de casación presentado; sin costas (arts. 471, 530 y 531).

IV. Considero, en cambio, que merece ser atendido el agravio vinculado con la interpretación de la figura prevista en el art. 166 inciso 2 del Código Penal, pues creo que en este aspecto específico el rendimiento de la evidencia mencionada en párrafos anteriores impide categorizar normativamente al instrumento empleado en el hecho como

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 48064/2014/TO1/CNC1

un arma, en términos de la ley sustancial, más allá de toda duda razonable. Entonces, por estricta aplicación del principio *in dubio pro reo* contenido en el artículo 3 del código de fondo entiendo que debe excluirse del caso la aplicación de esa figura agravada.

Al analizar el concepto y alcance de *arma* como elemento del tipo legal, Tozzini comienza por señalar que “en el derecho español parece un concepto de antiquísimo arraigo al estar contemplado en la ley 7, título 33 de la Partida 7^a, que admitía en la palabra «armas», no tan sólo los «escudos, e las lorigas, e las lanças, e las espadas e todas las otras armas con que los omes lidian, *mas aun los palos, e las piedras*» (...) Aquí se puede advertir ya un concepto que no se detiene en los artificios de creación humana, sino que se extiende también a los elementos que están en la naturaleza. Vimos, además (...), que en el art. 2, inc. 2, del Proyecto de Tejedor el arma cobraba autonomía, pues agravaba el delito al que «robe empleando armas, o en despoblado o camino público», y al que Tejedor ponía un cierto límite, al exigir que «por la palabra armas empleada en este artículo y otras disposiciones del presente Código se entiende todo *instrumento con el cual se puede inferir una herida corporal capaz de poner en peligro la vida*” (C. A. Tozzini, *Los delitos de hurto y Robo*, Depalma, Bs. As., 1995, p. 299).

Añade, a continuación, que “(e)n general se admite el criterio laxo de que «arma» es todo elemento que aumenta de cualquier modo el poder ofensivo del hombre, el cual ni siquiera concuerda con el admitido, para la voz «arma», por la Real Academia Española, en su Diccionario de la Lengua, que es muchísimo más preciso, pues se circunscribe a los instrumentos o máquinas *destinadas* a ofender o defenderse. (...) Oderigo afirmaba que «arma es todo adminículo apto para ofender o dañar, *cualquiera sea su destino* (...), *aunque su poder ofensivo sea ocasional* (...), siempre que por las circunstancias pueda estimarse que ha sido *llevada expreso para cometer el robo o que, al menos, ha sido utilizado para tal fin*. Para Núñez (*Derecho Penal Argentino*, T. V, Ed. Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1967, p. 240), arma es «tanto el objeto destinado para la defensa y ofensa (arma propia), como el que eventualmente, por su poder ofensivo, puede utilizarse para ese fin (arma impropia). Por su

parte, Soler (*Derecho Penal Argentino*, Tipográfica Editora Argentina, T. IV, Bs. As., 1970, p. 267) dice con alguna mayor precisión que, «por arma, debe entenderse tanto aquel instrumento *específicamente destinado a herir o dañar* a la persona como cualquier otro objeto que sea transformado en arma por su destino, *al ser empleado como medio contundente*». Explica que esa concepción “ha llevado a excesos en la aplicación de la ley penal –v. gr. , esgrimir un pequeño banco de madera, un zapato, la hebilla de un cinturón y ¡hasta una simple y normal aguja hipodérmica!-, con los cuales se ha olvidado, entre otras cosas, que ya el robo es un hurto agravado por el ejercicio de violencia sobre las personas y que, como consecuencia, el robo agravado una vez más por el empleo de un arma requiere, para la aplicación de esta segunda agravación, de una mayor precisión en el contenido de la calificante (...) Creemos que lo que más ha dado lugar a confusiones en esta materia es la subordinación, consciente o inconsciente, que se hace del concepto «arma» a la idea de *dar muerte a otro y de la aptitud eventual para ello*, sin tener en cuenta que aquí el bien jurídico otorga a este elemento del tipo características precisas, que están en conocimiento del autor y de la víctima, que le crean a ésta un peligro vital inmediato y la incapacitan para cualquier intento de defensa o de huida, permitiéndole al ladrón desapoderarla de sus bienes sin oposición (...) Por tanto, el concepto de «armas» debe otorgarse únicamente a todo artificio que, concretamente utilizado en cada caso, haya *creado un peligro vital, tan real y de efecto inmediato para la víctima*, como para haberla privado de toda posibilidad de reacción o evasión efectivas. Este peligro es ponderable mediante un juicio *ex ante*, no *ex post*, y con independencia del resultado a que se llegó con el robo (...). En suma, consideramos incluidas en la voz legal «arma» de toda nuestra legislación específica, y, en particular, en nuestro C. Penal, *están todos los instrumentos fabricados por el hombre y destinados a herir de modo de poner la vida en riesgo real, y en el mismo momento de su empleo, y los similares que resulten objetivamente aptos para ello, y que la ley prohíbe tener o portar sin autorización previa o causa justificada*” (ob. cit., pp. 300/308). De acuerdo a esta definición el recordado profesor opina que son armas “las arrojadizas, las picas, lanzas y flechas, y como manuales, los cuchillos, los floretes, las dagas, los

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 48064/2014/TO1/CNC1

puñales, los machetes, las mazas, las cachiporras, las manoplas, el “nunchaku”, los bastones puntiagudos, y los segundos son los instrumentos con punta o filo, como las navajas, las tijeras, punzones e instrumentos semejantes que tengan hojas de más de seis centímetros, podaderas, picos, hoces, trinchetes, leznas, hachas, garfios, cinceles, compases, destornilladores (...) En cambio, no son armas para la aplicación de esta agravante, por no ser aptos para herir vitalmente y en el mismo momento de su empleo (...) los elementos sin filo ni punta o los que tengan menos de cuatro centímetros de largo, las azadas, azadones...” (pp. 308 y 309).

Donna, por su parte, sostiene con relación al concepto en cuestión, que “(n)uestro Código, cuando agrava la pena del robo cometido con armas, se refiere tanto a las armas propias como a las impropias, y así lo ha entendido toda la doctrina, aunque sin hacer un esfuerzo para determinar un concepto dogmático de arma. Nótese que el proyecto Tejedor definía el arma como «todo instrumento con el cual se puede inferir una herida corporal capaz de poner en peligro la vida», pero en la nota, como resumen de los textos antiguos, considera que «el arma tenía su carácter, no tanto por la materia que la forma, como del uso al que se destina; todo lo que puede dañar: *omne quod nocendi causa habetur*, todos los objetos con los cuales se puede matar o herir, pueden convertirse en armas»” (cf. E. A Donna, *Derecho penal, parte especial*, T II-B, 2ª edición actualizada, 2ª reimpresión, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 213 y citas).

Formuladas tales aclaraciones, que resultan desde mi punto de vista adecuadas para la interpretación de la norma, creo que en este caso, contrariamente a lo sostenido por el voto de la mayoría, los dichos de la víctima no resultan suficientes para tener por acreditada en esta instancia que la tijera utilizada por la imputada fuera apta para producir un peligro efectivo para la vida o para afectar gravemente la salud de la víctima como lo requiere el tipo agravado.

Considero, conforme el marco interpretativo enunciado, que una tijera puede ser categorizada como arma en términos del art. 166 inciso 2

párrafo 1 CP; pero debe demostrarse en el caso concreto que, que por sus características físicas y modo de empleo posee la entidad señalada.

Así como en el caso del robo con arma de fuego (párrafo 2 de la norma) se requieren las experticias necesarias para acreditar la idoneidad del instrumento y de su carga, en casos como el que ahora estudiamos es pertinente exigir que la acusación pruebe que se han reunido los extremos fácticos que justifican la aplicación de la figura agravada; sobre todo teniendo en cuenta el considerable aumento que se operará en la escala penal aplicable.

En este caso el instrumento fue descrito en el acta de secuestro de fs. 5 como una “tijera plegable metálica con una longitud de 15 cm. Aproximadamente”; sin embargo, el único informe pericial realizado sobre aquella, se limitó a establecer que se procedió a “(..) inspeccionar una (1) tijera de metal plegable de procedencia china sin valor comercial y mal estado de conservación” (v. fs. 10).

En definitiva, sólo se cuenta con un informe pericial *de visu* que en modo alguno resulta suficiente desde mi punto de vista para acreditar la aptitud ofensiva del elemento –ya que, por lo demás, la imagen obrante en la causa de ningún modo permite colegir su capacidad vulnerante–; por el contrario, se genera un margen considerable de duda que, por las consideraciones expuestas y conforme a las desarrolladas en el caso “Aristimuño, Jonathan Emmanuel s/ homicidio simple”, CCC 14087/2012/TO1/CNC1, de esta Sala, Rta. 28/12/16, Reg. n° 1038/16, y citas: J. Clariá Olmedo, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Marcos Lerner, Cba., 1984, tomo I, p. 234; P. Andrés Ibáñez, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, 1° ed. Hammurabi, Bs. As., 2009, p. 91; art. 14.2 PIDCyP, conforme la Observación General n° 32 del Comité de Derechos Humanos de la ONU y C.S.J.N. *fallos* 328:3399, “Casal”) –en cuanto a cómo deben interpretarse los conceptos de certeza y duda– impone excluir la aplicación al caso de la figura analizada, por aplicación del principio contenido en el art. 3 Código Procesal Penal de la Nación.

Ello sin perjuicio del impacto que, como circunstancia objetiva agravante, pueda tener en la dosificación punitiva, por el carácter intimidante y facilitador del robo.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 48064/2014/TO1/CNC1

En virtud de las consideraciones expuestas voto por hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto, casar parcialmente la sentencia recurrida, calificar el hecho por el que fue condenada Patricia Edith Orieta Brunchi como constitutivo del delito de robo y remitir el caso a otro Tribunal del fuero para que determine el monto de pena a imponer; sin costas (arts. 471, 530 y 531 CPPN).

V. Propongo por último rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 12 CP, pues a mi modo de ver no logra demostrar que la aplicación de la norma en este caso en particular le genere un agravio actual y concreto en punto a las restricciones al ejercicio de la patria potestad y a la administración de los bienes. Todo ello se acuerdo al desarrollo efectuado en el caso “Ruiz” (Reg. n° 654/2015) y a sus citas: Alberto Bianchi, *Control de constitucionalidad*, Editorial Abaco, Bs. As., 2002, Tomo 1, p. 274 y ss.; Esteban Imaz y Ricardo Rey, *El Recurso Extraordinario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 70, a los que me remito.

No conmueve esta decisión el hecho de que su aplicación no haya sido recabada por la acusación ni la invocación del interés superior del niño, en la medida en que la presentación presenta el déficit enunciado.

Tampoco debe perderse de vista que la Corte Suprema de Justicia se ha expedido recientemente sobre el tema (cf. c. CSJ 3341/2015/RH1, “González Castillo, Cristián Maximiliano y otro s/ robo con arma de fuego”, Rta. 11/5/17 –Fallos: 340: 669–; 1598/2016/CSJ, “Callejas, Viviana y otros si recurso de casación”; CCC 53377/2009/9/CSJ, “Paniagua, Claudia Javier y otros s/ legajo de casación”; FPA 91002379/2013/TO1/CSJ, “Bailla, Elda Liliana y otro s/ infracción ley 23.737 (art. 5 inc. c)”; FBB 7566/2014/TO1/CFCI-CSJ, “Roldán, María Daniela y otros si infracción ley 23.737”; FCT 2245/2014/TO1/CSJ, “Coronel, José Rafael s/ infracción ley 23.737 (art. 5 inc. e) y atentado contra la autoridad”, resueltas estas, todas 31/10/17) y, efectuando una interpretación armónica de la disposición legal de la que se trata, de la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad y del Código Civil y Comercial de la Nación, ha reconocido su vigencia.

En ese sentido, ha expresado:

“6°) Que tal como lo ha afirmado el recurrente, los argumentos esgrimidos por el *a quo* en modo alguno logran poner de manifiesto que las consecuencias legales impuestas a los condenados a penas privativas de la libertad superiores a tres años puedan ser calificadas como un trato inhumano o contrario a la dignidad del hombre. Aun si se deja de lado la discusión de derecho común relativa a si la accesoria impugnada constituye una «pena» en sentido estricto o una mera «consecuencia» de carácter tutelar que acompaña a las penas más graves, las razones dadas por el sentenciante para calificar a la injerencia en cuestión como «indigna» no resultan convincentes. Antes bien, ellas se apoyan solo en valoraciones particulares de los magistrados que divergen de las que fueran plasmadas por el legislador en la normativa en examen. De este modo, el *a quo* se ha apartado del criterio constante de este Tribunal, de conformidad con el cual la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia, y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la *última ratio* del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduzca a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (conf. doctrina de Fallos: 319:3148; 328:4542; 329:5567; 330:855; 331:2799, entre muchos otros)”.

“7°) Que en esta misma dirección, la decisión apelada pone en cuestión los criterios de política criminal y penitenciaria establecidos por el legislador sin aportar una justificación convincente con relación a su incompatibilidad con la Constitución Nacional. En este sentido, corresponde recordar que la ley 24.660, de «Ejecución de la pena privativa de la libertad», tuvo como uno de sus objetivos primordiales adecuar la legislación penitenciaria a los nuevos estándares en materia de derechos de los penados, tal como lo señaló este Tribunal entre otros, en Fallos: 327:388 (conf. esp. considerando 17 del voto mayoritario). Dentro de este esquema, a partir de dicha ley, no solo no surge objeción alguna con relación al artículo 12 del Código Penal, sino que en ella explícitamente se reglamentó cómo debía proveerse a la representación del condenado en los términos de dicha regla (conf. loc. cit. artículo

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 48064/2014/TO1/CNC1

170). Asimismo, y con el claro objetivo de evitar que la consecuencia examinada pudiera obstaculizar de algún modo el reingreso a la vida social del penado, la ley referida ordena que las inhabilitaciones del artículo 12 del Código Penal queden «suspendidas cuando el condenado se reintegrare a la vida libre mediante la libertad condicional o la libertad asistida» (conf. loc. cit. artículo 220)”.

“8º) Que en consonancia con lo señalado por el señor Procurador Fiscal ante esta Corte en su dictamen, aun cuando al momento del dictado de la sentencia sub examine el Código Civil y Comercial de la Nación todavía no había entrado en vigencia, resulta oportuno destacar que el texto del nuevo ordenamiento civil revela la subsistencia de la decisión legislativa en favor de asignar efectos a la regla del artículo 12 del Código Penal. Así, al regular las restricciones al ejercicio de los derechos y deberes del progenitor condenado, la nueva normativa sustituye el artículo 309 del código civil derogado, y establece, en análogo sentido, que «El ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure (...) b) el plazo de la condena a reclusión o prisión por más de tres años (...)» (conf. artículo 702 inc. b, Código Civil y Comercial de la Nación)”.

“Del mismo modo, en lo atinente a las restricciones a la capacidad para la administración de los bienes, si se tiene en cuenta que el nuevo marco normativo les ha asignado un carácter estrictamente excepcional (conf., especialmente, artículos 31 y sgtes. del Código Civil y Comercial de la Nación), difícilmente pueda sostenerse la argumentación de la cámara con relación al carácter cruel, indigno o infamante de la curatela a la que queda sujeto el penado”.

Por ello, voto por rechazar el recurso intentado en este aspecto.

IV. En virtud de lo expuesto propongo al acuerdo: **I.** Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, casar parcialmente el punto dispositivo II de la resolución recurrida, calificar el hecho por el que fue condenada Patricia Edith Orieta Brunchi como constitutivo del delito de robo, y remitir el caso a otro Tribunal del fuero para que determine el monto de pena a imponer; sin costas. **II.** Rechazar, en lo restante, el recurso de casación interpuesto

por la defensa, sin costas (arts. 470, 471, 474, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Mario Magariños dijo:

-I-

En primer término, comparto las consideraciones efectuadas por el colega Jantus en punto a la valoración probatoria realizada por el tribunal *a quo* y, en consecuencia, a la correcta fijación de los extremos fácticos que fueran materia de condena en lo que respecta a la materialidad del desapoderamiento mediante violencia y la intervención en el suceso ilícito de la señora Patricia Edith Brunchi, así como también a la capacidad de culpabilidad de la nombrada al momento del hecho, por lo que debe confirmarse la sentencia impugnada en este aspecto. Ello es así en tanto la decisión recurrida muestra una conclusión fundada y razonable sobre estos puntos, de conformidad con las pautas establecidas por esta cámara en los precedentes “Cajal” —reg. n° 351/2015— y “Meglioli” —reg. n° 911/2016— (ver los votos del juez Magariños).

Ahora bien, a diferencia de lo sostenido por el colega preopinante, los magistrados de la anterior instancia también examinaron y valoraron de forma detenida, objetiva y precisa la prueba reunida en el proceso e incorporada al debate para afirmar la potencialidad intimidatoria y lesiva del instrumento empleado durante el desapoderamiento.

En este sentido, en lo que aquí interesa, el *a quo* ponderó la declaración brindada durante el debate oral y público por el damnificado, el señor Sergio Javier Fernández Lugea, quien sostuvo que en esa ocasión la acusada le exhibió una tijera —a la que describió como “plateada, pequeña, afilada, muy puntiaguda”—, y la apoyó en su cuello, ocasionándole una marca en esa parte de su cuerpo.

Asimismo, la reconstrucción fáctica de este aspecto del suceso no se respaldó exclusivamente en el testimonio de la víctima, sino que, por el contrario, el *a quo* ponderó otros elementos de prueba, y consideró que éstos lo corroboraban.

En tal sentido, los jueces del juicio valoraron el acta de secuestro confeccionada al momento del secuestro de dicho elemento, obrante a

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 48064/2014/TO1/CNC1

fs. 5 e incorporada por lectura al debate oral y público, donde fue descripto como una “tijera plegable metálica con una longitud de 15 cm. aproximadamente”, así como también la fotografía de fs. 11, su exhibición durante el debate oral y público, y la declaración del señor Pablo Sebastián Cerrudo, inspector de la Policía Federal Argentina, quien refirió que fue desplazado al lugar del hecho por un llamado realizado al sistema de emergencias del 911, y que en esa oportunidad el damnificado le describió lo sucedido refiriendo que la acusada, y otro sujeto que no fue identificado, “le pusieron un elemento puntiagudo en el cuello”.

Por lo expuesto hasta aquí, se observa que en la sentencia se ha realizado una correcta valoración de las pruebas obrantes en el proceso, que permitieron al *a quo* fijar esa reconstrucción fáctica con un grado de certeza que supera toda duda razonable y, en consecuencia, arribar a una fundada conclusión acerca de la materialidad del hecho y de la responsabilidad de la señora Brunchi, razón por la cual corresponde confirmar la decisión recurrida en este aspecto.

-II-

Con relación al agravio vinculado a la calificación jurídica otorgada por los jueces del juicio al suceso que correctamente se tuvo por probado, considero acertada la subsunción típica asignada a la conducta desplegada por la acusada en la figura de robo agravado por el uso de armas (artículo 166, inciso 2º, del Código Penal).

Al respecto, resultan aplicables las consideraciones que realicé en el precedente “Cufre” —reg. n° 540/2016 (ver el voto del juez Magariños)—, pues la circunstancia que permite agravar la figura del robo por el empleo de un arma es el mayor riesgo para la vida y la integridad física de la víctima, así como el mayor grado de intimidación que se genera con la utilización de esa clase de elemento, y resulta evidente que una tijera plegable metálica, de aproximadamente 15 cm. longitud, como aquella cuyo empleo tuvo correctamente por acreditado el tribunal *a quo* en la sentencia impugnada, reúne estas características.

En cuanto a la posibilidad de que esto pueda importar una aplicación analógica in *malam partem*, corresponde recordar aquello que

señalé en el precedente “Rejala Rivas” —reg. n° 809/2016 (ver el voto del juez Magariños)— en relación con el error en el criterio que asimila interpretación y aplicación analógica de la ley (sólo esta última prohibida por el principio constitucional de legalidad) y olvida el acuerdo unánime, vigente en la actualidad, en punto a que “el juez siempre tiene que elegir entre diversas posibilidades de significado, y esa actividad creadora que se realiza según determinadas reglas es lo que se denomina interpretación” (Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, trad. de la 2ª edición alemana de Diego Luzón Peña y otros, Civitas, Madrid, 1997, p. 148). Para un desarrollo *in extenso* sobre la diferenciación entre la tarea de interpretación de la ley asignada al juez y la prohibición de aplicación analógica de la ley penal, corresponde remitirse a los fundamentos del precedente citado más arriba.

Por lo expuesto, el sentido y la razón de ser de la agravante en cuestión se presentan con certeza y precisión suficientes, y aparece así adecuadamente aplicada en el caso por el tribunal oral interviniente, motivo por el cual debe confirmarse también en este aspecto la sentencia impugnada.

-III-

Respecto del cuestionamiento efectuado por el recurrente a la decisión del *a quo* de aplicar, sin que haya mediado solicitud del representante del Ministerio Público Fiscal al finalizar el debate oral y público, lo dispuesto en el artículo 12 del Código Penal, corresponde señalar que la pretensión relativa a que, en punto a la aplicación de las normas penales de fondo, debe regir un sistema conforme al cual la decisión jurisdiccional se encuentre vinculada y limitada por la opinión de ese funcionario, ciertamente no encuentra apoyo en ninguna norma del derecho positivo vigente.

Pretender lo contrario, esto es, que la decisión sobre el derecho que en cada caso corresponda aplicar a los hechos dependa en alguna medida del acusador y no del juez, significa lisa y llanamente ignorar que las normas penales de fondo forman parte del derecho público y, por consiguiente, que no pueden ellas concebirse como disponibles o subordinadas a la voluntad de las partes intervinientes en el proceso. Ello

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 48064/2014/TO1/CNC1

es algo que ni siquiera se verifica en el ámbito de lo que podría denominarse estrictamente como proceso de partes, pues inclusive el derecho privado reconoce la existencia de normas ajenas en su aplicación a los intereses individuales de los actores procesales, en tanto se trata de aquellas reglas de orden público que, aun en ese ámbito, tutelan intereses supraindividuales.

En este marco, entender que un magistrado se encuentra atado a lo postulado por el representante del Ministerio Público Fiscal, importaría además un quebrantamiento de la exigencia de sometimiento exclusivo a la ley, que alcanza a cada juez en favor de los ciudadanos sometidos a su jurisdicción. Tal exigencia, deriva de la garantía de independencia impuesta por virtud del principio republicano de división de poderes, así como de la garantía fundamental del juez natural (artículos 1, 18 y 33 de la Constitución Nacional).

Ello se condice, a su vez, con lo que he sostenido, de modo reiterado, entre otros, en el precedente “Ullua” —reg. 605/2016 (ver el voto del juez Magariños)—, así como en un trabajo de doctrina (“Estado de Derecho, interpretación y aplicación de la ley penal (pública) frente a las pretensiones de ‘un proceso adversarial’”, en *La infracción a la ley penal como conflicto de orden público*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, pp. 54 y ss.), donde expliqué que: “[l]a voluntad general expresada a través de la ley se orienta así a fijar *standards* de valoraciones e intereses comunes para la sociedad y, por lo tanto, las normas penales poseen la finalidad de estabilizar esas valoraciones de modo objetivo y con carácter general”, al tiempo que “[l]as características institucionales de imparcialidad, independencia y vinculación exclusiva a la ley de las que se encuentra investido sólo el poder jurisdiccional, de acuerdo con la distribución de incumbencias establecida por la propia Constitución Nacional, determinan la legitimidad única y excluyente del juez en la función de selección, interpretación y aplicación de la ley penal para la resolución de cada caso particular”.

En definitiva, por los motivos expuestos, corresponde rechazar el agravio del recurrente sobre este punto.

Por otro lado, en cuanto al rechazo del pedido de declaración de inconstitucionalidad de la norma referida, resuelto en la sentencia impugnada, se advierte que el recurso interpuesto carece de un requisito insoslayable de admisibilidad, pues, como bien señala el juez Jantus, la defensa no se ha ocupado de demostrar qué agravio o perjuicio concreto le genera a su asistida la aplicación de las consecuencias previstas en el artículo 12 del Código Penal. Por el contrario, la exposición del recurrente se limitó a referir que esa norma resulta contraria a una serie de derechos y principios fundamentales, sin explicar la aplicación concreta de éstos al caso bajo análisis, lo cual determina la inadmisibilidad del planteo.

-IV-

Por todo lo expuesto, corresponde: I) declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad interpuesto; II) rechazar el recurso de casación interpuesto; sin costas (artículos 470 y 471, ambos *a contrario sensu*, 475, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Luis M. García dijo:

1. En lo que concierne al agravio por inobservancia del art. 34, inc. 1 CP y a la crítica de la valoración probatoria efectuada por el *a quo*, adhiero en lo sustancial al punto III del voto del juez Jantus.

2. La defensa del imputado ha alegado en su recurso de casación errónea aplicación de la ley sustantiva, en cuanto el *a quo* ha considerado que el empleo en la ejecución del robo de la tijera secuestrada e incorporada en la audiencia del juicio satisface el supuesto de agravación por el empleo de armas, según el art. 166, inc. 2, primer párrafo, CP.

En la decisión de este punto he de disentir con la solución que propone el juez de primer voto y adheriré al voto del juez Magariños, sin perjuicio de lo cual efectuaré algunas precisiones.

He dicho antes de ahora en el caso “*Cordero, Facundo Ernesto Nahuel*” (causa n° 31287/2014, rta. el 30/10/2015, reg. n° 605/2015) que el supuesto de hecho de la agravación requiere establecer el alcance de un elemento descriptivo que denota un objeto físico. Al no tratarse de un elemento descriptivo de carácter normativo, sino de carácter natural, la interpretación exige partir del sentido literal de un término que

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 48064/2014/TO1/CNC1

pertenece al lenguaje natural. El fin de protección de la norma sólo puede cumplir una función correctora del alcance literal, evitando aplicar la ley cuando una interpretación literal de elementos descriptivos abarcase supuestos en los que la punición agravada excede aquel fin de protección. A la inversa, no podría recurrirse al fin de protección de la norma para incluir supuestos que caen fuera del límite semántico del elemento descriptivo, porque ello constituiría una analogía prohibida por el art. 18 CN.

La pretensión de la defensa parte de un apego a un concepto de arma que sólo toma en cuenta la finalidad del constructor o fabricante del objeto, y no la finalidad del que la emplea para un destino. No se explica por qué es la finalidad del que construye el objeto la que debe primar sobre la decisión de emplear el objeto destinándolo a herir o matar a una persona, o a poner en peligro concreto su integridad corporal o su vida. La preferencia por una concepción que se apega a lo literal del concepto, y no a la mente o concepción del constructor, se decide mirando la cuestión desde el fin de protección de la norma.

La razón de la agravación reposa en que el agente comete el robo empleando un instrumento que aumenta su poder ofensivo, con riesgo para la integridad corporal o la vida del sujeto pasivo. No se trata sólo de constatar las características constitutivas del objeto, sino de examinar también su modo concreto de empleo, pues es éste el que define si tal riesgo se ha creado. En síntesis, lo que constituye al empleo de un instrumento en arma es su capacidad objetiva para aumentar el poder ofensivo del agente, y su empleo concreto usando de esa capacidad ofensiva. De modo que la elección y empleo de un instrumento para incrementar la capacidad humana de causar daños corporales y afectar la integridad física y la salud, y la constatación de que el instrumento tiene objetivamente capacidad para provocar un daño o afectación de ese tipo, define el alcance de la agravante del inc. 2º, del art. 166, CP; en esta figura compleja se castiga más severamente el injusto más grave, consistente en un mayor grado de peligro para la vida, integridad física o salud de la víctima.

De allí se sigue que no es el objeto por sí mismo, sino éste según su modo de empleo el que determina la aplicación de la figura agravada. Desde esta perspectiva deben entenderse comprendidas en el concepto de arma no sólo los objetos diseñados y contruidos con la finalidad específica de herir o matar personas, sino también cualquier otro objeto que por sus características constitutivas sirva para herir o matar. En los dos casos, se requiere además que el objeto sea empleado de un modo idóneo con la finalidad inequívoca de aumentar el poder ofensivo del agente creando al menos un riesgo concreto para la integridad corporal o la vida.

Al examinar ese riesgo concreto, son pertinentes ciertas distinciones en las que la caracterización del robo por su comisión con arma se define por el concreto empleo del elemento que permite concluir que ha existido un objetivo incremento del poder ofensivo del agente, resultando insuficiente para ello la amenaza genérica de su uso, constitutiva de la intimidación de la figura básica.

En síntesis, la agravación del art. 166, inc. 2, primer párrafo, CP no radica simplemente en que el agente se vale de un poder de intimidación aumentado por el empleo o la exhibición de un objeto idóneo para herir, dañar o aumentar su poder ofensivo, pues la intimidación ya forma parte de una de las formas alternativas del supuesto de hecho objetivo de la figura básica del art. 164 CP, sino que radica en el hecho de que mediante el empleo de ese objeto crea un peligro concreto para la vida, la salud o la integridad corporal del sujeto pasivo del despojo. En síntesis, el empleo del objeto por el agente crea un peligro concreto que se ve aumentado, superando el poder ofensivo de sus propios músculos, energías o habilidades.

La pretensión de la defensa no ofrece criterios operativos, pues si el elemento se define como arma investigando si ha sido diseñado o construido para herir o matar a otro, entonces resultan difíciles de salvar las inconsecuencias a las que el criterio lleva.

Más aún, tampoco da respuesta a ciertos dilemas, porque no ofrecería una explicación satisfactoria acerca de por qué un arco y flechas diseñados y contruidos para defender un burgo de un ataque, o para

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 48064/2014/TO1/CNC1

guerrear, han de ser calificados como armas, y por qué no deberían ser calificados de tales los arcos y flechas contruidos para usos deportivos o de caza de animales. Ni a partir de qué momento la piedra filosa del paleolítico pudo haber trasmutado al carácter de arma, en forma de maza o hacha. Ni cuál es la razón de distinguir entre un lanzallamas bélico y un soplete de acetileno, o entre un cuchillo producido para menaje de cocina, y otro de similares características contruido para defensa o ataque, ni explica por qué un garrote concebido y contruido como elemento de ataque caería bajo la calificación de arma, mientras que la manipulación de una botella, a modo de garrote, aplicándola como elemento contundente sobre la cabeza, esto es, como elemento de ataque, no habría de estar comprendido en esa calificación. Lo mismo cabe objetar en punto a cuál sería la diferencia entre el uso de un estilete concebido y contruido en el medioevo para dar el “golpe de gracia” y el uso de una tijera de hojas de punta aguda a modo de estilete.

Argumenté entonces que la discusión aparece enturbiada por el empleo de una distinción entre armas “propias” e “impropias”. Las armas no son propias ni impropias, son objetos de los que se sirve el hombre, instrumentalmente, para atacar o defenderse, o si se quiere, para herir o matar. Es el empleo de esos objetos destinándolos a ese fin el que los califica como armas. La naturaleza pone, sin embargo, un límite: no pueden ser tildados de armas los objetos que por su naturaleza o su modo de empleo no son idóneos para herir o matar, aunque el que las emplea las destine a ese fin.

Esta concepción conduce a examinar las características objetivas del elemento elegido como instrumento para la ejecución del robo, y en particular, sus potencialidades para producir daños corporales, y en segundo lugar, el modo concreto de empleo.

En este caso se ha tenido por probado que, Sergio Javier Fernández Lugea fue abordado por Patricia Edith Brunchi y le exhibió una tijera de metal plegable cuya punta apoyó sobre su cuello, al tiempo que le decía “dame todo lo que tenés”. Las características de punta aguda de las tijeras están documentadas en la reproducción de imagen de fs. 11, y además la tijera había sido introducida al juicio dando posibilidad de su

examen directo por las partes y el Tribunal. Su capacidad punzante no puede ser discutida.

De modo que, establecido que en la ejecución del robo se empleó ese elemento que tenía idoneidad suficiente para herir, y que se lo empleó de manera peligrosa para la integridad corporal de la víctima, al apoyar sus puntas sobre el cuello del damnificado, el empleo de ese elemento ha concretado, sin duda, el riesgo concreto para la integridad corporal que está en la base la figura agravada del art. 166, inc. 2, primer párrafo, CP pues el acometimiento no se ha agotado en la pura intimidación.

Concluyo así que el *a quo* no ha incurrido en errónea aplicación de esa disposición.

3. En cuanto a la aplicación del art. 12 CP y a su impugnación de constitucionalidad coincido con la opinión de los jueces Jantus y Magariños.

3.1. Observo que la defensa se queja de que el fiscal no había requerido en su acusación la imposición de las consecuencias accesorias enunciadas en esa disposición, y que argumenta que el *a quo* se ha excedido violando el contradictorio y el derecho de defensa en juicio, que la ley no es disponible para las partes, en este caso, para el fiscal, de modo que la imposición de una pena privativa de libertad por más de tres años acarrea *ipso lege* la imposición de las consecuencias accesorias a la pena regladas en el art. 12 CP, para lo que no es presupuesto un requerimiento expreso del acusador público. El texto legal es a este respecto inequívoco y no deja lugar a margen de apreciación ni al Ministerio Público ni a los jueces: “La reclusión y la prisión por más de tres años *llevan como inherente ...*”.

3.2. En subsidio la defensa ha impugnado de inconstitucionalidad esa disposición. Alega que la privación temporal de la patria potestad y la inhabilitación civil del condenado tienen un carácter punitivo que sostiene es contrario al principio de proporcionalidad y a lo que llama “principio de resocialización”, que afectan aspectos de la vida de la persona vinculados a su dignidad. Sostiene que esas son privaciones de derechos “que ninguna relación guardan con el contenido del injusto, ni

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 48064/2014/TO1/CNC1

con la culpabilidad del autor por el hecho ilícito cometido”, ni “tampoco se justifican en la finalidad de reforma y readaptación social del condenado”. Observo que ninguna impugnación ha dirigido contra la disposición en cuanto la inhabilitación absoluta accesoria además priva a los penados de los derechos políticos. El límite de la jurisdicción de la Sala se rige en este caso según art. 445 CPPN.

Establecido el límite del recurso, sobre el punto me remito a mi voto como juez de la Sala 1 de esta Cámara en el caso “*Miranda, Lucas Enrique y otros*” (causa n° 8757/2014, rta. el 19/9/2017, reg. n° 885/2017) en el que recogí la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentada en la sentencia del caso publicado en Fallos: 340:669 (“*González Castillo, Cristian Maximiliano y otro*”).

En esa sentencia la Corte ha considerado infundada la opinión que califica a las consecuencias legales del art. 12 CP como trato inhumano o contrario a la dignidad del hombre (consid. 6), evocando su conocido criterio fundamental según el cual la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia, y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduzca a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (*ibídem*). Destacó que, puesto que la impugnación ponía en cuestión los criterios de política criminal y penitenciaria establecidos por el legislador se requería de una justificación convincente con relación a su incompatibilidad con la Constitución Nacional (consid. 7).

La Corte también abordó las disposiciones pertinentes de la ley 24.660, de “Ejecución de la pena privativa de la libertad”, que tuvo como uno de sus objetivos primordiales adecuar la legislación penitenciaria a los nuevos estándares en materia de derechos de los penados, y relevó que “a partir de dicha ley, no solo no surge objeción alguna con relación al artículo 12 del Código Penal, sino que en ella explícitamente se reglamentó cómo debía proveerse a la representación del condenado en los términos de dicha regla (conf. *loc. cit.* artículo 170), subrayando que

con el claro objetivo de evitar que la consecuencia examinada pudiera obstaculizar de algún modo el reingreso a la vida social del penado, la ley referida ordena que las inhabilitaciones del artículo 12 del Código Penal queden “suspendidas cuando el condenado se reintegrare a la vida libre mediante la libertad condicional o la libertad asistida” (art. 220).

Y finalmente también confrontó las consecuencias del art. 12 CP con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ahora en vigencia, cuyo texto declaró revela la subsistencia de la decisión legislativa en favor de asignar efectos a la regla del artículo 12 del Código Penal, según lo reglamenta el artículo 702 inc. b, del primero, en punto a la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, y los arts. 31 y siguientes en punto a la capacidad para la administración de los bienes, con un carácter “estrictamente excepcional” (consid. 8).

En síntesis con remisión a los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (Punto I, “Aspectos valorativos”: “Constitucionalización del derecho privado”), la Corte Suprema advirtió que “no puede perderse de vista que la reforma legislativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación tiene entre sus finalidades primordiales propender a la adecuación de las disposiciones del derecho privado a los principios constitucionales y, en particular, a los tratados de derechos humanos y derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad, lo cual necesariamente incluye tanto las disposiciones en materia de restricciones a la capacidad como la mejor protección del interés superior del niño” (confr. consid. 9).

El recurrente no se ha hecho cargo de ofrecer fundamentos concretos y razonados que superen el criterio de la Corte, lo que tampoco se subsana con las alegaciones hechas en el plazo de oficina por la Defensora Pública que actúa ante esta Cámara pues ellas se reducen a proponer que los términos empleados en los arts. 702, inc. c, y 700, inc. 2, CCyC tienen un significado distinto al que le ha asignado la Corte Suprema, lo que en todo caso no remite a una cuestión constitucional, sino a un argumento legal sobre la subsistencia de la decisión político criminal del legislador.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 48064/2014/TO1/CNC1

Observo también que aquella defensora ha introducido en el plazo de oficina un nuevo fundamento del agravio. Alega ahora que la privación temporal del ejercicio de la patria potestad afecta el interés superior del niño (art. 3 CDN), y constituye una pena prohibida porque trasciende la persona del condenado (art. 5.3 CADH), al tiempo que es incompatible con el art. 195 de la ley 24.660, que autoriza la convivencia de las madres con sus hijos, lo que afectaría el principio de igualdad (art. 16 CN).

Esta ampliación de fundamentos se contesta desde tres puntos de vista. Primero, porque no se hace cargo de identificar de qué modo concreto la privación del ejercicio de una autoridad legal afecta a algún hijo de la condenada Patricia Edith Brunchi, en particular, qué medidas de protección especial no podría adoptar la madre por haber sido privada temporalmente del ejercicio de la patria potestad. Segundo, porque el art. 5.3 que declara que se infiere sin esfuerzo que la declaración de que “la pena no puede trascender de la persona del delincuente” prohíbe sanciones colectivas que alcancen a personas no declaradas culpables del delito. Como lo ha declarado la Comisión IDH, “se encuentra especialmente prohibida la extensión de *sanciones* a la familia del presunto responsable del delito” (confr. Comisión IDH, informe 1/95, caso 11.006, “*Alan García c. Perú*”, informe anual 1994, 07/02/1995), sin embargo, no puede evitarse que ciertos efectos de la pena sean perjudiciales a terceros, de modo que es necesario demostrar que ese perjuicio constituye una verdadera pena al tercero, demostración que en el caso no se ha satisfecho.

Y por fin, porque la defensa confunde privación del ejercicio de la patria potestad con los derechos del niño o niña a convivir con sus padres y no ser separados de éstos (art. 9.1 CDN). La privación temporal del ejercicio de la patria potestad no acarrea *per se* esa separación. A lo que cabe agregar que la defensa ni siquiera ha demostrado acabadamente que se hubiese operado tal separación respecto de algún hijo o hija por razón de este proceso ni, en su caso que esta separación no se ha operado por su situación de detención – que sería conciliable con el art. 9 CDN si se diesen los supuestos de sus incisos 1 ó 4-. En definitiva, no

ha demostrado que se haya operado una separación por una errónea aplicación del art. 12 CP.

De tal modo, que ninguna de las líneas argumentativas ha sustanciado la concurrencia de un agravio de naturaleza constitucional.

4. A la luz de estas consideraciones adicionales, concuro al rechazo del recurso de casación interpuesto por la defensa de Patricia Edith Brunchi y voto por confirmar la sentencia recurrida de 4 de julio de 2016, en todo cuanto ha sido motivo de impugnación.

Así voto.

En virtud del acuerdo que antecede, por mayoría **la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal RESUELVE:**

RECHAZAR los recursos de casación e inconstitucionalidad presentados por la defensa de Patricia Edith Orieta Brunchi y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la sentencia recurrida; sin costas (arts. 470, 471 –ambos a *contrario sensu*–, 474, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Por intermedio de la Oficina Judicial de esta Cámara, regístrese, notifíquese a las partes intervinientes en esta instancia, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y devuélvase al tribunal de procedencia, donde deberá notificarse personalmente a la imputada.

Sirva lo proveído de atenta nota de envío.

PABLO JANTUS

MARIO MAGARIÑOS

LUIS M. GARCÍA

-en disidencia parcial-

Ante mí:

PAOLA DROPULICH
SECRETARIA DE CAMARA

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 48064/2014/TO1/CNC1