



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

"G C, C M. y otro s/robo con arma fuego - aptitud
disparo no acreditada".
CSJ 3341/2015/RH1

Suprema Corte:

I

El Tribunal Oral en lo Criminal n° 18 de esta ciudad –en lo que aquí interesa– condenó a C M G C a la pena de seis años y seis meses de prisión, accesorias legales, multa de dos mil pesos y costas, por ser coautor de robo calificado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada, reiterado en dos oportunidades, en concurso real con tenencia de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal en calidad de autor, y al unificar esa sanción con una anterior elevó el *quantum* de la pena de prisión a ocho años y seis meses. También condenó a J M G C por juzgarlo coautor del delito de robo calificado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada, reiterado en dos oportunidades, y le impuso la pena de cinco años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas.

Contra esa sentencia la defensa de los nombrados interpuso recurso de casación y, concedido que fue, tomó intervención la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal. En la etapa prevista por el artículo 465 del Código Procesal Penal la asistencia letrada planteó agravios que no habían sido introducidos al motivar la impugnación, los cuales, no obstante ser tardíos y sobre la base de los fundamentos que expresó el *a quo*, fueron tratados en su pronunciamiento. Entre ellos, el referido a la invalidez constitucional del artículo 12 del Código Penal que, al ser admitido favorablemente

por la mayoría, ha suscitado la apelación federal del representante del Ministerio Público cuya denegatoria dio lugar a la presente queja.

II

La cuestión federal así planteada por esa vía –cuya procedencia formal es admisible con arreglo a Fallos: 329:6002– resulta sustancialmente análoga a la que ha sido motivo de dictamen por esta Procuración General al expedirse el 10 de junio de 2004 *in re* “More, Silvestre – por inf. ley 23.737” (expte. M 1375.XXXIX), donde se concluyó en sentido adverso al adoptado en la sentencia recurrida. Ese temperamento fue reiterado en numerosos expedientes, tal como se detalló en el similar del 16 de noviembre de 2007 *in re* “Paredes, José Roberto y otros s/ recurso de inconstitucionalidad” (expte. P 614.XLIII). Sin embargo, al dictar sentencia en el primero de esos casos la mayoría de V.E. no se expidió sobre el fondo del asunto al considerar ausente el requisito de superior tribunal; mientras que en el segundo –también por mayoría– juzgó que el agotamiento de la pena había tornado abstracta la cuestión, a excepción del doctor Petracchi que en disidencia y no obstante esa circunstancia, estimó vigente el agravio de la defensa y se pronunció en favor de la constitucionalidad del artículo 12 del Código Penal con remisión al dictamen (ver Fallos: 329:117 y 331:2309, respectivamente).

En tales condiciones y en beneficio de la brevedad, corresponde dar nuevamente por reproducidos –en lo pertinente– los fundamentos y conclusiones del primero de esos dictámenes, cuya copia auténtica acompaño con el presente en razón de no haber sido incorporado al publicarse ambas sentencias de V.E. Asimismo, la



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

“G C , Ci M. y otro s/robo con arma fuego - aptitud
disparo no acreditada”.
CSJ 3341/2015/RH1

necesidad de un pronunciamiento expreso de la mayoría de la Corte sobre la materia –aspecto aludido en el segundo de ellos, que sí se encuentra publicado en la colección de Fallos– se mantiene, a mi modo de ver, aún vigente dada la reiteración de planteos análogos en estos autos y en los expedientes CSJ 211/2014(50-L)/CS1 “López, Ana María”, CSJ 3340/2015/RH1 “Ribles Rible, Marcos Carmelo” y CSJ 3354/2015/RH1 “Méndez, Matías”, en los cuales también me expido en el día de la fecha.

A los argumentos expuestos en esos antecedentes, que no obstante el tiempo transcurrido siguen siendo aplicables incluso en cuanto a la inobservancia del temperamento restrictivo que rige para adoptar una medida de tal gravedad (Fallos: 330:2981 y sus citas), estimo pertinente añadir las siguientes consideraciones en tanto abonan el criterio en favor de la validez constitucional de la incapacidad civil accesoria prevista en el artículo 12 del Código Penal.

III

En primer lugar, cabe señalar que el Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por ley 26.994 del 1° de octubre de 2014 (publicada en el Boletín Oficial del 8 de octubre siguiente) y vigente desde el 1° de agosto último (ley 27.077), armoniza con uno de los aspectos de la norma que el *a quo* declaró inconstitucional. En efecto, al igual que el artículo 309 del Código Civil hoy derogado, su artículo 702, inciso b), prevé que “el ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure ... el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años”, restricción que –en lo

referido a la privación de la patria potestad— coincide con la del cuestionado artículo 12.

Si bien se trata de una regla de derecho común que ha mantenido la vigencia de ese aspecto de la incapacidad civil accesoria a la condena penal superior a tres años, la circunstancia de estar contenida en una ley recientemente sancionada por el Congreso y en la misma dirección que el artículo 12 del Código Penal cuya constitucionalidad se objeta en el fallo apelado, permite afirmar que la voluntad del legislador al respecto no ha variado, pues no cabe suponer su falta de previsión o inconsecuencia y la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 325:1731; 326:1339, entre otros). Esta observación adquiere mayor entidad si se considera que —en el ámbito de su competencia— “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’” (Corte Interamericana de Derechos Humanos *in re* “Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, sentencia del 28 de agosto de 2014, Serie C n° 282, párrafo 471 y sus citas de nota 497), razón por la cual cabe suponer que al sancionar la ley 26.994 el Congreso descartó que sus términos suscitaran controversia al respecto.

No paso por alto que esa obligación —que procede incluso *ex officio*— también incumbe a este Ministerio Público y al



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

"G C C M: y otro s/robo con arma fuego - aptitud
disparo no acreditada".
CSJ 3341/2015/RH1

Poder Judicial (Corte Interamericana de Derechos Humanos *in re* "Caso Mendoza y otros vs. Argentina", sentencia del 14 de mayo de 2013, Serie C n° 260, párrafo 221 y sus citas de nota 294; y Fallos: 330:3248, considerando 21; y 331:2691, considerando 7° del voto del doctor Petracchi). Sin embargo –en coincidencia sustancial con el Fiscal General recurrente– estimo, sobre la base del control de convencionalidad efectuado por esta Procuración General tanto al dictaminar en los precedentes indicados en el apartado II como en esta oportunidad, que el precepto legal que aquí ha sido cuestionado no menoscaba derechos fundamentales.

Es que la allí aludida incapacidad de hecho relativa inherente a la condena a pena privativa de la libertad superior a tres años permite, a su vez, resguardar al hijo –sin perjuicio de las previsiones de la ley 24.660 que también se refieren al asunto– de las limitaciones prácticas y concretas que ella genera inevitablemente al progenitor condenado para el ejercicio –no respecto de la titularidad– de los deberes y derechos que implica la responsabilidad parental, tales como "cuidar del hijo, convivir con él ..." o atender su "cuidado personal", entendido como "los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo" (arts. 646 y 648 del Código Civil y Comercial de la Nación). Cabe recordar que esa responsabilidad de los padres respecto del hijo se rige –entre otros principios– por el "interés superior del niño" (art. 639 ídem).

Por lo demás, no se advierte –ni ha sido desarrollado en la sentencia recurrida– de qué modo se alteraría esa situación fáctica en el supuesto de quedar firme la

inconstitucionalidad declarada, pues esas limitaciones para ejercer aquellos derechos y obligaciones, como así también los referidos a la administración y disposición de bienes, seguirían, no obstante, existiendo en los hechos y para su remedio debería acudirse –tal como prevé el artículo 12– al mismo régimen de curatela de la ley civil.

IV

En abono de lo dicho, es pertinente destacar que incluso la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 9 regula diversos supuestos en que el niño es separado de sus padres. Su apartado n° 4 se refiere a los casos en que esa separación “sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte ... de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño ...”. Es ilustrativo mencionar que, al interpretar ese precepto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró –si bien en referencia a una hipótesis diversa a la de autos– que “el derecho a la vida familiar de la niña o del niño no supera *per se* la facultad soberana de los Estados Partes de implementar sus propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos. Al respecto, cabe señalar que la propia Convención sobre los Derechos del Niño también contempla la posibilidad de separación familiar a raíz de la deportación de uno o ambos progenitores” (“Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, antes mencionado, párrafo 417 y su cita de nota 472 con invocación de la Opinión Consultiva OC 21/14, párrafo 274).



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

"G C C M: y otro s/robo con arma fuego - aptitud
disparo no acreditada".
CSJ 3341/2015/RH1

Esta jurisprudencia de la Corte Interamericana, que invocó en esos términos esa norma de la Convención sobre los Derechos del Niño, resolvió en torno al inciso 1° del artículo 17 – Protección a la Familia– del Pacto de San José de Costa Rica, y, por lo tanto, debe servir de guía para su aplicación en el ámbito interno pues refleja las “condiciones de vigencia” de este último (Fallos: 315:1492; 318:514; 321:3630, entre otros). En consecuencia, admitido con ese alcance que la aplicación del artículo 9 citado no afecta la vida familiar del niño que protege el Pacto, es posible sostener que la privación del ejercicio de la responsabilidad parental que contempla el derecho interno argentino para una situación que también implica la separación de padres e hijos –como es el caso de los condenados a reclusión o prisión por más de tres años– no menoscaba la garantía que impide que la pena trascienda “de la persona del delincuente”, prevista en la Convención Americana (art. 5.3), sino que tiende a la continuidad –durante ese tiempo– de la vigencia efectiva de los principios que rigen aquélla, es decir, la protección, desarrollo y formación integral de los hijos menores de edad no emancipados (art. 638 del Código Civil y Comercial de la Nación). De este modo, respeta el criterio con el cual la Convención permite restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades que reconoce, pues se aplica sobre la base de una ley fundada en razones de interés general y con el propósito para el cual ha sido establecida (art. 30).

Una inteligencia similar a la expuesta, ha sido realizada por V.E. al aplicar aquel artículo 9.4 en juicios de extradición donde su procedencia importó la separación de padres e hijos (Fallos: 333:927 y su cita).

En refuerzo de lo expuesto, cabe observar que la Convención sobre los Derechos del Niño exhibe una notable razonabilidad en torno a los límites que el interés superior del niño encuentra ante situaciones de esa naturaleza derivadas de la aplicación de la ley. Frente al argumento referido a la afectación de ese interés que produciría la vigencia del artículo 12 del Código Penal, corresponde advertir que aun cuando el artículo 3.1 del aludido instrumento impone que en todas las medidas concernientes a los niños que –entre otros– tomen los tribunales, debe atenderse a su interés superior, el artículo 37, inciso “b”, también contempla –como último recurso y durante el período más breve que proceda– el supuesto de detención, encarcelamiento o prisión de un niño; por su parte, el inciso “a” de esa norma admite su prisión perpetua con posibilidad de excarcelación. En consecuencia, si no obstante aquel interés superior se ha previsto la privación de la libertad del propio menor, cabe concluir –como de modo implícito surge del artículo 9.4– que es tolerable la eventual afectación que, hallándose en libertad, pueda causarle –como se pretende en el *sub judice*– la restricción ambulatoria que sufra uno de sus padres o ambos, sin que ello implique que la pena trascienda a los hijos, máxime ante la vigencia de las normas de derecho interno que –como se verá– tienden a morigerar los posibles perjuicios.

V

En efecto, las consecuencias que respecto de los hijos menores pueda causar la privación de la libertad de los padres han sido limitadas en la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

“G C C M y otro s/robo con arma fuego - aptitud disparo no acreditada”.
CSJ 3341/2015/RH1

Libertad n° 24.660, complementaria del Código Penal. Así: (i) su artículo 220 suspende todas las inhabilitaciones del artículo 12 del Código Penal “cuando el condenado se reintegrare a la vida libre mediante libertad condicional o la libertad asistida”; (ii) en lo referido a la relación madre-hijo su artículo 32 prevé –al igual que el artículo 10 del Código Penal– que “el juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria ... f) a la madre de un niño menor de cinco (5) años ...”; (iii) su artículo 195 agrega que “la interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años ...”, previéndose incluso la organización de un jardín maternal; (iv) entre los motivos para conceder salidas transitorias –que pueden acordarse, al igual que el régimen de semilibertad, a partir de la mitad de la condena para las penas temporales sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal– se contempla “afianzar y mejorar los lazos familiares y sociales” (arts. 16.II.a y 17.I.a) lo cual es aplicable sin distinción de género.

En tales condiciones, a lo que cabe añadir las normas que regulan la curatela (arts. 138 a 140 del Código Civil y Comercial de la Nación) por expreso mandato del artículo 12 del Código Penal, que incluyen las de la tutela en caso de tener hijos menores la persona condenada, es posible sostener que el derecho interno ha buscado atenuar el alcance de aquella restricción en general y, en lo referido al ejercicio de la responsabilidad parental, ha tendido al mantenimiento de la unidad familiar en la mayor medida posible en el marco de la ejecución de una condena efectiva firme. De esta manera, observa sin arbitrariedad los requisitos que la Corte Interamericana indicó en la Opinión Consultiva OC 21/14, *supra*

citada: (i) legalidad; (ii) idoneidad, en tanto persigue un fin legítimo acorde a la Convención; (iii) necesidad, pues dentro de las medidas posibles no existe otra menos gravosa e igualmente efectiva; y (iv) proporcionalidad, pues restringe en el menor grado posible el derecho protegido en función de su objetivo (párrafos 275 y siguientes, y sus citas).

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, es pertinente señalar que además de las “Reglas de Tokio” que fueron invocadas al dictaminar *in re* “More” (apartado VI), con posterioridad se ha expedido en igual sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de los “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, aprobados mediante la resolución 1/08. En lo que aquí interesa y en consonancia con el criterio de validez de la incapacidad civil accesoria del artículo 12 del Código Penal, el principio II establece que “Toda persona privada de libertad ... tendrá derecho, además, a conservar sus garantías fundamentales y ejercer sus derechos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley, y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad”.

Precisamente, lo referido en los apartados anteriores permite advertir que las restricciones de derechos cuya validez se ha cuestionado en el fallo apelado cumplen de modo cabal con ambos requisitos; sin que, en consecuencia, sea posible predicar que afecten el interés superior del niño o puedan implicar una irrazonable restricción a la responsabilidad parental o al derecho de propiedad que



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

“G C C M y otro s/robo con arma fuego - aptitud
disparo no acreditada”.
CSJ 3341/2015/RH1

reconoce el artículo 17 de la Constitución Nacional, pues se trata, en definitiva y de conformidad con los citados instrumentos internacionales, de una manifestación de la regla que enseña que los principios, garantías y derechos reconocidos por nuestra Constitución Nacional no son absolutos y están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio –artículos 14 y 28– (Fallos: 214:612; 289:67; 304:1293; 305:831; 308:1631; 310:1045; 311:1132; 325:11, entre muchos otros).

VI

La situación normativa descripta –tanto de derecho interno como del derecho internacional humanitario– documenta que se encuentra ausente el requisito de estricta necesidad que es dable exigir a un tribunal de justicia para la realización de un acto de suma gravedad como el del *sub examine*, en el que cabe agotar todas las interpretaciones posibles de una norma antes de concluir en su inconstitucionalidad, pues se trata de un remedio extremo que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley con la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella, dado que siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular, cuya banalización no puede ser republicanamente saludable (Fallos: 328:1491).

La aplicación de este criterio en las condiciones expuestas, se debe, además, a que no corresponde juzgar el acierto o la conveniencia del medio arbitrado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones para alcanzar el fin propuesto, ya que el control de

constitucionalidad que incumbe a los jueces excluye tal examen (Fallos: 324:3345; 325:645, entre otros).

Finalmente y al igual que en los precedentes “More” y “Paredes”, en el fallo impugnado tampoco se ha invocado qué perjuicio concreto pueda irrogar a C M G C o a J M G C la aplicación de la incapacidad civil accesoria, pues en oposición a lo que se consideró en el primer voto de la mayoría del *a quo*, donde se aludió a la ausencia de gravamen actual en tal sentido, en el segundo sólo se mencionó que la defensa señaló que su asistido –no se indica cuál– tiene hijos a su cargo y que ello compromete el interés superior del niño (ver fs. 13 vta. y 17, respectivamente). Esta deficiencia, tanto del planteo como del fallo, también concurre a descalificar lo resuelto, máxime tratándose una decisión que importa la declaración de invalidez constitucional de una ley (Fallos: 310:211 y 789; 326:1885 y sus citas).

Sólo resta puntualizar que el temperamento que postulo no importa desatender en modo alguno la consideración humanitaria y digna a la que toda persona privada de la libertad tiene derecho al igual que su familia, valores que no pueden dejar de compartirse tanto en virtud de las normas que se han invocado como por tratarse de principios por los que corresponde velar a este Ministerio Público (arts. 1º y 9º, incisos “c” y “d”, de la ley 27.148), sino interpretar el artículo 12 del Código Penal con estricto arreglo a los criterios enunciados.



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

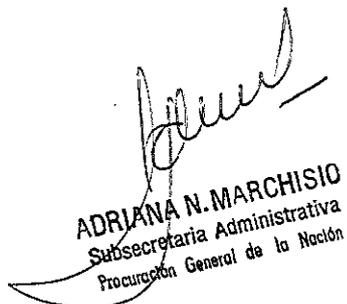
"G C , C M) y otro s/robo con arma fuego - aptitud
disparo no acreditada".
CSJ 3341/2015/RH1

Por ello y los demás fundamentos expuestos por el Fiscal General a fojas 31/6, mantengo la queja de fojas 39/43 y solicito a V.E. que tenga por acompañada la copia del dictamen del 10 de junio de 2004 en los autos "More, Silvestre", declare procedente el recurso extraordinario, revoque el punto dispositivo IV de la sentencia apelada y ordene el dictado de una nueva conforme a derecho.

Buenos Aires, 30 de octubre de 2015.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación