

Incidente n° 1 – Imputado: Z , Víctor Manuel s/incidente de recurso extraordinario.

FMP 23692/2015/TO1/19/1/1/CS1.-



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e:

–I–

De las constancias de la causa surge que Víctor Manuel Z fue condenado a la pena de seis años de prisión, multa de doscientos veinticinco pesos, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de tenencia ilegítima de estupefacientes con fines de comercialización, agravado por haber intervenido más de tres personas para cometerlo (artículos 5, inciso «c», y 11, inciso «c», de la Ley 23.737), y que la incidencia que suscitó esta vía recursiva se relaciona con el pedido de rehabilitación que su defensa efectuó para que pudiera votar y, subsidiariamente, de inconstitucionalidad de los artículos 12 y 19, inciso 2°, del Código Penal y del artículo 3, inciso «e», del Código Electoral Nacional (Ley 19.945).

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, a cargo de la ejecución de la pena, resolvió no hacer lugar a la rehabilitación, por no adecuarse a lo normado en los artículos 5, 12 y 19 del Código Penal, y rechazar el planteo de inconstitucionalidad introducido.

Esta decisión fue impugnada por la defensa de Z a través de un recurso de casación e inconstitucionalidad, que fue concedido.

La Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió, por mayoría, hacer lugar al recurso interpuesto por la defensa oficial de Víctor Manuel Z , revocar la resolución recurrida y declarar la inconstitucionalidad del artículo 19, inciso 2 °, en función del artículo 12 del Código Penal, y del artículo 3, inciso «e», del Código Nacional Electoral, en relación con el derecho al voto de Víctor Manuel Z .

Contra ese pronunciamiento, la fiscalía interpuso recurso extraordinario federal, que fue concedido.

–II–

En el escrito que contiene su apelación federal, el fiscal recurrente se agravió, en primer lugar, por considerar que el planteo había sido tardío, en tanto la condena de Z y, consecuentemente, la inhabilitación absoluta, se encontraban firmes cuando fue introducido, de modo que lo resuelto afectaba el principio de intangibilidad de la cosa juzgada.

A ello añadió, en segundo término, que no existía al momento de dictarse el pronunciamiento impugnado un interés jurídico inmediato o directo que diese lugar a una controversia actual o concreta, y que justificase la jurisdicción del *a quo*, por lo que resultó prematuro y conjetural expedirse sobre el planteo de inconstitucionalidad formulado por la defensa de Z .

Por último, y con cita de precedentes del *a quo*, cuestionó la decisión objeto de impugnación por considerarla arbitraria y contraria al principio hermenéutico, sentado por V.E., con arreglo al cual la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico y solo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional, lo que no ocurre en el caso por tratarse la inhabilitación electoral discutida de una de las restricciones admitidas por los instrumentos internacionales y la Norma Fundamental.

Incidente n° 1 – Imputado: Z , Víctor Manuel s/incidente de recurso extraordinario.

FMP 23692/2015/TO1/19/1/1/CS1.-



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

–III–

El recurso intentado es formalmente admisible, toda vez que ha sido puesta en cuestión la inteligencia de normas federales y la resolución ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ellas (artículo 14, incisos 1° y 3°, de la ley 48).

Por lo demás, cabe recordar que, por hallarse en discusión el contenido y alcance de normas de derecho federal, V.E. no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o del tribunal *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado de acuerdo con la inteligencia que réctamente le otorgue (Fallos: 320:1602; 323:1406 y 1566, entre otros).

Cabe aclarar que, contrariamente a lo que parecen sugerir los jueces del voto mayoritario, hasta el momento no se cuenta con un pronunciamiento de la Corte Suprema sobre la cuestión aquí debatida. Así lo pienso pues en la causa “Orazi” (Fallos: 345:50), dada la firmeza que había adquirido la declaración de inconstitucionalidad resuelta por la Cámara Nacional Electoral en los términos del precedente “Procuración Penitenciaria de la Nación”, el máximo Tribunal aclaró que su jurisdicción había quedado limitada exclusivamente a revisar si la pauta temporal establecida por esa cámara para que el Congreso Nacional cumpliera con la sentencia dictada garantizaba adecuadamente el derecho a la tutela judicial efectiva del actor. No hubo, por lo tanto, un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, que había quedado previamente ya firme y consentida.

–IV–

La declaración de inconstitucionalidad de los artículos 12 y 19, inciso 2°, del Código Penal y del artículo 3, inciso «e», del Código Electoral Nacional,

resuelta por el *a quo*, se basa en razones que, desde ya adelanto, no pueden ser compartidas por este Ministerio Público Fiscal.

Así, el *a quo* destacó la trascendencia que poseen para la vida democrática los derechos electorales y su condición universal. Pero resulta claro que esas profusas consideraciones, a las que nada cabría objetar, no brindan suficiente sustento a la decisión que allí se adoptó, pues de la innegable importancia de esos derechos no se deriva que sus titulares no puedan ser privados de ellos a título de sanción penal. En efecto, la inhabilitación electoral priva a quien la sufre del ejercicio del derecho al voto que es trascendental para la vida democrática. Pero también el derecho a la libertad tiene la misma o incluso más trascendencia y, sin embargo, su privación como consecuencia de la imposición de una pena expresamente la admite nuestra Norma Fundamental (artículo 18). Por el contrario, el propio artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, referido a los derechos políticos, luego de declarar la vigencia del derecho a votar y ser elegido, aclara expresamente que la ley puede restringir su ejercicio, entre otras razones, precisamente “por condena, por juez competente, en proceso penal”.

Fuera de discusión lo anterior, apelando al test de razonabilidad, se aduce que no sería posible identificar ninguna finalidad pública cuya consecución pudiera hacer razonable la inhabilitación para votar de las personas condenadas en juicio penal. Así lo hace el *a quo* y también la Cámara Nacional Electoral en el caso que se cita en el pronunciamiento impugnado. En efecto, en la causa CNE 3451/2014/CA1, “Procuración Penitenciaria de la Nación y otro c/Estado Nacional – Ministerio del Interior y Transporte s/amparo – Acción de Amparo Co-



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

lectivo”, resuelta el 24 de mayo de 2016, el tribunal electoral llegó incluso a señalar que el representante del Estado Nacional “no ha explicado cuál es la finalidad que persigue al prohibir en forma genérica el voto de las personas condenadas”, es decir, que “no se conoce cuál sería el fin público que se intenta satisfacer con dicha medida, por lo que está ausente el primer requisito que la Constitución Nacional y los tratados internacionales de su jerarquía exigen [...] para la privación de un derecho esencial como el de votar”.

Sin embargo, tampoco encuentro que esta línea argumentativa sea idónea para sustentar una declaración de inconstitucionalidad, pues pierde de vista que la inhabilitación (absoluta) es una de las penas del artículo 5 del Código Penal, es decir, una privación de derechos que regula como pena nuestra legislación penal (artículo 19 del Código Penal) y, como tal, del mismo modo que sucede con las penas privativas de libertad, no precisa más justificación para su admisibilidad constitucional que la que surge de las teorías de la pena que legitiman al Derecho Penal. Brevemente: así como sería inadmisibles condicionar la constitucionalidad de las penas privativas de la libertad (reclusión y prisión) a la persecución de un fin público adicional, así también lo es hacerlo respecto de la pena de inhabilitación, en este caso, electoral.

Lo dicho no implica desconocer la máxima según la cual la persona encarcelada goza de todos los derechos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de la libertad, cuya aplicación llevó a la Corte a declarar la inconstitucionalidad de las restricciones al secreto de la correspondencia de los condenados previstas en la Ley Penitenciaria Nacional y en su reglamentación (Fallos: 318:1894 [“Dessy”]).

En efecto, obsérvese que, a diferencia de lo que ocurría en “Dessy”, no se trata de resolver aquí qué derechos pueden ser legítimamente restringidos como consecuencia de la ejecución de una pena privativa de la libertad. Lo que está ahora en discusión es si el legislador puede constitucionalmente establecer penas que no consistan en la privación de la libertad, sino en la privación de otros derechos como, en el caso, el de votar.

Y la respuesta afirmativa es evidente como lo demuestra la existencia de las penas de multa, inhabilitación (en la parte que no ha sido objeto aquí de cuestionamiento) y decomiso que se hallan previstas como pena principal, única o conjunta, y también accesoria, en numerosas disposiciones del código y la legislación complementaria. Se priva al condenado de la libertad, pero también en cierta medida de su propiedad o el ejercicio de otros derechos sin ningún otro fundamento adicional (como sucede también con la privación del derecho electoral) al que legitima la imposición de las penas en general, tal como incluso sucede con la sanción prevista en el inciso 4º del artículo 19 del Código Penal que ha sido objeto de análisis en el caso de Fallos: 344:391. Es decir, las teorías de la pena justifican la imposición no sólo de la privación de la libertad sino también de la privación de cualquier otro derecho que el legislador decida establecer como pena conjunta o accesoria.

Evidentemente estas consideraciones valen, asimismo, para la cita que en su apoyo efectúa el *a quo* de los precedentes de Fallos: 327:388 (“Méndez”) y 334:1216 (“Romero Cacharane”), y también a la invocación del mandato de reinserción social de la Ley 24.660 y de las Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de los Reclusos (págs. 16 y 23 de la sentencia), en tanto referidos también

Incidente nº 1 – Imputado: Z , Víctor Manuel s/incidente de recurso extraordinario.

FMP 23692/2015/TO1/19/1/1/CS1.-



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

a las condiciones de ejecución de una pena privativa de la libertad y no a la admisibilidad constitucional de una pena de inhabilitación.

Adviértase, asimismo, que tampoco resultan aplicables al caso las consideraciones vertidas en el precedente “Mignone” (Fallos: 325:524), pues en él no se hallaba en discusión la legitimidad de una pena (como en el caso aquí en análisis), ni tampoco la admisibilidad de la restricción de un derecho so pretexto de la ejecución de una pena privativa de la libertad (como en “Dessy”), sino la exclusión del padrón electoral de personas procesadas, es decir, sin condena, por la mera circunstancia de hallarse en detención provisional.

Mas aún, tanto en “Dessy” como en uno de los votos concurrentes que integraron la sentencia “Mignone”, en apoyo de la inconstitucionalidad resuelta se afirmó que “nada hay en el Código Penal, ni en ninguna otra norma, que imponga como pena a un condenado la privación absoluta del derecho constitucional al secreto de sus comunicaciones. Esto es, el modo de ejecución de las penas no puede revestir el carácter de una condena accesoria que no corresponda a las aplicadas en las sentencias que emanan del Poder Judicial, ni a la pena establecida por la ley para el delito de que se trate”. Es decir, a diferencia de los supuestos considerados en esas sentencias, en el *sub lite* sí hay una norma en el Código Penal que impone como pena al condenado una inhabilitación electoral (artículos 12 y 19, inciso 2º, del Código Penal), aplicada en una sentencia emanada del Poder Judicial.

Sin perjuicio de la improcedencia de reclamar como condición de legitimidad de una pena de inhabilitación una justificación distinta a la que suministran las teorías de la pena a las sanciones penales en general, lo que bastaría ya

por sí sólo para descalificar la declaración de inconstitucionalidad pronunciada, cabe señalar que la doctrina penal ha ofrecido desde antaño una fundamentación específica para la inhabilitación electoral prevista en los artículos 12 y 19, inciso 2º, del Código Penal, que los propios tribunales que se inclinan por la inconstitucionalidad consideran admisible como justificación para restringir los derechos políticos en los términos del artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de V.E.

En cuanto al fundamento específico para la previsión de esta clase de pena (principal o accesoria) para ciertos delitos, se ha señalado, en efecto, que la privación del derecho electoral por el tiempo de la condena –incluida en la inhabilitación absoluta– atiende principalmente a razones de indignidad que el legislador considera presentes bien por la naturaleza del delito (por ej., arts. 214 [traición], 261 [peculado], 268 (2) [enriquecimiento ilícito], 269 [prevaricato] del Cód. Penal) o bien por su gravedad (y, consiguientemente, también de la pena [art. 12 del Cód. Penal]) (cf., entre otros, De la Rúa, Jorge, Código Penal Argentino, Parte General, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1997, ps. 269 y ss.; Núñez, Ricardo, Tratado de Derecho Penal, t. II, Parte General, 2ª ed., Lerner, Córdoba, 1988, ps. 431 y ss.; Herrera, Julio, La reforma penal, Librería e Imprenta de Mayo, Buenos Aires, 1911, p. 97).

Estas razones de indignidad que, como se verá, son admitidas tácitamente por los tribunales –en principio– como fundamento posible de una restricción legal de los derechos electorales, son rechazadas, sin embargo, cuando se trata de la inhabilitación de los artículos 12 y 19, inciso 2, del Código Penal, declarada inconstitucional. El argumento con que se intenta justificar esa exclusión

Incidente nº 1 – Imputado: Z , Víctor Manuel s/incidente de recurso extraordinario.

FMP 23692/2015/TO1/19/1/1/CS1.-



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

(referido a su carácter genérico y automático) si bien se halla mencionado en la sentencia impugnada (pág. 22), está desarrollado *in extenso* en el precedente ya citado de la Cámara Nacional Electoral “Procuración Penitenciaria de la Nación”. Y puesto que se trata, este último, de un fallo trascendente emanado del superior tribunal nacional electoral, que se ha convertido entretanto en un referente en la materia y ha sido invocado por el *a quo* en sustento de su pronunciamiento, estimo conveniente, al abordar este punto, referirme en detalle a la argumentación contenida en él, para así, de este modo, examinar todas las aristas del tema federal en cuestión.

Como se ha adelantado, también la Cámara Electoral en su sentencia admite que un fundamento de esta índole bien puede legitimar la privación de derechos políticos. En primer lugar, considera que ello es posible en relación con el sufragio pasivo, pues “el derecho a ser elegido aparece estrechamente ligado a una determinada concepción de la representación; precisamente, porque se espera de los elegidos cualidades singulares, se les exigen condiciones distintas y más estrictas que las que se requieren para el ejercicio del sufragio activo” (conf. cons. 5º).

Sin embargo, los jueces extienden luego esa posibilidad también a la faz activa en relación con ciertos delitos que, a su juicio, así lo ameritarían. Concretamente, aceptan que “resulta factible que en ciertos casos el legislador pueda considerar justificada la aplicación de la pena accesoria de inhabilitación (v.gr. en delitos de corrupción, crimen organizado, lavado de activos, malversación de fondos públicos, defraudación contra la administración pública, entre otros) ...”

(cons. 14°), es decir, aceptan que la indignidad podría en estos delitos legitimar la privación del derecho a votar, que en los demás casos descalifican.

Y para justificar este tratamiento diferenciado aducen que aquello que objetan es que “las disposiciones cuestionadas imponen restricciones genéricas y de carácter automático, que no guardan relación con la situación penal del condenado. Se trata de inhabilitaciones aplicables por la sola condición de ser ‘condenado o sancionado’, sin mérito de los hechos y circunstancias de cada caso, con lo cual adquieren un carácter represivo adicional a la sanción penal impuesta”. Y agregan que “corresponde aclarar que lo que aquí se juzga no es la pérdida de derechos políticos como sanción autónoma, que bien puede resultar de la aplicación de una pena de inhabilitación en sede judicial –v.gr. por la comisión de delitos electorales o como sanción particular– conforme también existen ejemplos en el Derecho comparado. Lo que en el caso se reputa inconstitucional es la denegación del derecho a voto como pena accesoria automática, sin vinculación alguna con la situación del condenado. Una limitación de este carácter, con las particularidades mencionadas, implica una restricción indebida al derecho al sufragio que este Tribunal no puede cohonestar, pues –como se ha dicho– el sufragio es ejercido en interés de la comunidad política –a través del cuerpo electoral– y no en el del ciudadano individualmente considerado” (cons. 14°).

Así se advierte que, so pretexto de una reglamentación irrazonable que no es tal, lo que ha hecho la cámara es imponer su criterio por sobre la decisión del legislador en una cuestión opinable que admite más de una solución y que, en todo caso, tal como ha sido regulada, cuenta con aceptación de la doctrina penal.



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

En efecto, como se puede apreciar, en contra de lo que al inicio de su resolución afirmaban, los magistrados terminan por conceder que hay un fundamento para la restricción del derecho a votar electorales en el caso de los condenados. Sólo discrepan con el alcance que con base en ese fundamento decidió el legislador; concretamente, en que una condena a más de tres años de prisión o reclusión pueda ser vista como un acontecimiento grave que habilite la privación de ese derecho por causa de indignidad. En esto se resume la posición asumida en el fallo, pues ni es cierto que se trate de una pena “automática, sin vinculación alguna con la situación del condenado”, en tanto responde siempre a la gravedad del delito y de la pena, ni tampoco lo es que la supuesta falta de “mérito de los hechos y circunstancias de cada caso” sea necesariamente para los jueces causa de invalidación necesaria de cualquier otra restricción de derechos electorales (no, claramente, como se dijo, cuando se trata de la faz pasiva del derecho al sufragio). Dicho sea de paso, no es posible soslayar, por lo demás, que la posición de los magistrados importa, asimismo, un cuestionamiento general a la valoración del legislador penal que considera graves las penas de privación de libertad de más de tres años y utiliza ese criterio para la regulación de otros importantes institutos (arts. 26 y 76*bis* del Cód. Penal).

Desde esa perspectiva, puede advertirse con claridad que más que a una cuestión constitucional, el fallo responde a la preferencia de las propias soluciones por sobre las plasmadas en la *lex lata*, lo que resulta aún más evidente cuando se observa que de los delitos que mencionan como ejemplos que, según la opinión de los jueces, justificarían la privación del derecho a votar (cons. 14º),

casi ninguno de ellos tiene prevista esa clase de pena de inhabilitación (cf., por ej., arts. 174, 210 y ss., 256 a 258*bis*, 260, 303 del Cód. Penal).

Sólo queda por mencionar, por un lado, que aplicada la pena de inhabilitación absoluta por los jueces en los estrictos términos y supuestos establecidos en el Código Penal y dentro de los marcos previstos para ello en función de los parámetros legales y las circunstancias del caso concreto (artículos 40 y 41) no hay tampoco agravio alguno desde el punto de vista de los principios constitucionales del Derecho penal material, en particular, de los principios de legalidad y culpabilidad, que pudieran justificar una declaración de inconstitucionalidad.

En definitiva, opino que no es correcto examinar la constitucionalidad de la inhabilitación para votar cual si aquello que estuviese en discusión fuese qué derechos pueden ser legítimamente restringidos como consecuencia de la ejecución de una pena privativa de la libertad. Se trata, antes bien, de una pena que tiene sustento legal en los artículos 5, 12 y 19, inciso 2º, del Código Penal, que además de participar del fundamento que asiste a las penas en general, reconoce también uno específico recogido desde antaño por la doctrina y la jurisprudencia, incluso –como se ha expuesto– la que promueve la inconstitucionalidad. Y la regulación que ha hecho el legislador de esa inhabilitación, con base en esos fundamentos y en la gravedad del delito y de la pena impuesta, se mantiene dentro del marco de lo razonable y, consiguientemente, de lo establecido en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que expresamente las autoriza “por razones [...] de condena, por juez competente, en proceso penal”. En cualquier caso, una discrepancia con el alcance de esa reglamentación, como la que transmiten en sus fallos el tribunal electoral y también el *a quo*, no

Incidente nº 1 – Imputado: Z Víctor Manuel s/incidente de recurso extraordinario.

FMP 23692/2015/TO1/19/1/1/CS1.-



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

habilitaban, según conocida y ya mencionada jurisprudencia de V.E., la declaración de inconstitucionalidad decidida en el *sub lite*.

Por último, en tanto la declaración de inconstitucionalidad dictada incluyó también al artículo 3, inciso «e», del Código Electoral Nacional, que recoge la inhabilitación establecida en las disposiciones cuestionadas del Código Penal, valen también a su respecto *mutatis mutandis* las consideraciones desarrolladas en el presente

–V–

Por las razones expuestas, mantengo el recurso extraordinario.

Buenos Aires, 23 de mayo de 2023.

Firmado digitalmente por: CASAL
Eduardo Ezequiel
Fecha y hora: 23.05.2023 14:37:25