

Cámara Federal de Casación Penal

REGISTRO N° 24.302

//la Ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 11 días del mes de noviembre de 2014, se reúne la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por la doctora Ana María Figueroa como Presidente, y los doctores Juan Carlos Gemignani y Luis María Cabral como Vocales, a los efectos de resolver sobre el recurso de casación interpuesto por los doctores Leopoldo Antonio Martín Ríos y Alejandro Matías Aramayo, en representación del imputado Rubén Ángel Deheza Fernández, contra la sentencia obrante a fojas 20 y vta, fundamentada a fojas 21/27 vta. de esta causa registrada bajo el N° 16.070, caratulada: "Fernandez Deheza, Rubén Ángel s/recurso de casación", de cuyas constancias **RESULTA:**

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Mendoza, provincia homónima, en lo que aquí interesa, condenó a Rubén Ángel Deheza Fernández a la pena de cuatro años de prisión y multa de \$ 225 Pesos, con accesorias legales y costas por encontrarlo autor penalmente responsable de la infracción al artículo 5º, inciso "c" de la ley 23.737.

Contra ese pronunciamiento los doctores Leopoldo Antonio Martín Ríos y Alejandro Matías Aramayo interpusieron recurso de casación a fojas 29/37 vta., el que fue concedido a fojas 39 y vta.

2º) Que la defensa del condenado fundó su recurso en las previsiones de ambos incisos del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación en tanto consideró que la sentencia dictada no observa las reglas procesales referidas a la motivación de la sentencia y se ha aplicado erróneamente la ley sustantiva en lo atinente a los elementos necesarios para tener por configurada la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

A tales consideraciones agregó que la vía recursiva intentada garantizaba el derecho a acceder a una

doble instancia.

En relación a la prueba ponderada por el Tribunal Oral descalificó el testimonio brindado por Pablo Fabián García Giordano en tanto afirmó haber escuchado al imputado decir que la droga le pertenecía y que se apodaba "Romario", pues este hecho no fue plasmado en el acta que documentó el allanamiento. Agregó que este testigo manifestó no haber podido distinguir las características físicas del sujeto que realizaba los movimientos típicos de las transacciones de drogas. Idénticos reparos le mereció la declaración prestada por Nelson Alfredo Bravo Cortez -quien ofreció una versión similar- y Jorge Alejandro Hidalgo Báez -quien dijo reconocer a Deheza como el observado en las tareas de inteligencia y refirió que dedujo que vivía en el lugar allanado porque allí encontró el carnet de conducir y una tarjeta que contenía ese domicilio, mas no surge nada de estos elementos en el acta labrada en el allanamiento-.

Subrayó que su asistido proporcionó un domicilio diverso del allanado y explicó que a éste concurría sólo para visitar a sus hijos, que nunca se le imputó el comercio de estupefacientes sino su tenencia, que de las filmaciones y tareas de vigilancia previas al allanamiento no surgía que fuera él quien vendía estupefacientes y que negó la propiedad de la droga, todo lo cual conduce a la absolución de su pupilo.

Hizo reserva del caso federal.

3º) Que en el término fijado por el artículo 465, cuarto párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación la fiscal general Dra. Irma Adriana García Netto solicitó que se rechace el recurso de casación incoado por cuanto, a su modo de ver, los argumentos introducidos por la parte no resultan atendibles desde que pretende dar indebida preeminencia de unos medios de prueba sobre otros. Respecto de la tenencia del material estupefaciente recalcó que resultaba admisible su tenencia por más de una persona y descartó que en el caso

Cámara Federal de Casación Penal

impere un estado de duda que imponga la absolución.

4º) Que, superada la etapa prevista en el artículo 468 del Código Procesal Penal de la Nación, el Tribunal pasó a deliberar (art. 469 del C.P.P.N.).

Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Juan Carlos Gemignani, Luis María Cabral y Ana María Figueroa.

El señor juez doctor Juan Carlos Gemignani dijo:

I. A fin de dar respuesta a los agravios traídos a estudio de este Tribunal se impone mencionar que mediante la sentencia puesta en crisis, de conformidad con la plataforma fáctica establecida en el requerimiento de elevación a juicio y con sustento en el material probatorio colectado en autos, se tuvo por acreditado que "...día 15 de septiembre del 2010, en el domicilio ubicado en el Barrio Santa Teresita, Manzana "I", casa "21", Las Heras, Mendoza, personal policial secuestró sustancias estupefacientes y demás elementos relacionados a su ilegítima tenencia, cuya propiedad y señorío pertenecían a Rubén Ángel Deheza Fernández y a Débora Sabrina González Muller. Además (...) ha logrado establecerse-inequívocamente-que Débora Sabrina González Muller realizó, ese mismo día, un acto de venta de estupefacientes en perjuicio de Maximiliano Adrián Viale Álvarez. (...) la materialidad del ilícito investigado demuestra que el domicilio consignado se encontraba sospechado de estar inmerso en maniobras relacionadas con la ilegal venta de sustancias estupefacientes y que -por esa razón- la autoridad prevencional había decidido efectuar tareas de inteligencia con el objeto de profundizar la investigación y poder acceder a una información más detallada. Por tal razón, conforme dieron cuenta los testimonios de los oficiales García Giordano, Bravo Cortes e Hidalgo Báez y tal como se observa del contenido de la nota n° 8486 de la Policía Federal Argentina de fs. 13/15, los actuantes habían podido identificar que era un

masculino el que efectivamente hacía los típicos movimientos de venta de estupefacientes –descrito como un sujeto de unos 30 a 35 años de edad, de contextura robusta, pelo negro, tez blanca y tatuajes y por tal razón fue que se había decidido solicitar la pertinente orden de allanamiento para irrumpir en el lugar. (...) en relación al procedimiento realizado, tengo por probado que el día 15 de septiembre de 2010, en un horario cercano a las 19:15 horas, (...) un sujeto de sexo masculino acudió al domicilio vigilado, fue atendido por una mujer de contextura física delgada y pelo rubio –a posterior identificada como Débora Sabrina González Muller- realizó un pase de manos, esperó que ella ingresara al domicilio y en breve saliera nuevamente, efectuó un segundo pase de manos y, finalmente, se retiró presuroso del lugar. (...) el visitante fue aprehendido e identificado como Maximiliano Adrián Viale Álvarez y (...) de su requisita personal se logró incautar un envoltorio que contenía sustancia en polvo –cocaína- en su interior, el que, particularmente, presentaba idénticas características a los hallados en el interior de la vivienda allanada. (...) otro grupo de numerarios ingresó al domicilio ubicado en el Barrio Santa Teresita, Manzana “I”, casa “21” de Las Heras y logró secuestrar –aproximadamente- 150 gramos de cocaína, junto-también- a elementos de corte y dinero en efectivo. (...) en una alacena ubicada en la cocina comedor, se halló una bolsa con la inscripción “pampers” que contenía sustancia blanquecina –cocaína- en su interior; en el baño se incautó un envoltorio con sustancia de color blanca –cocaína- en su interior y en la habitación matrimonial –debajo de una almohada- se secuestró idéntico tipo de envoltorio y sustancia. Además, también del registro de la morada se dio con el hallazgo de un rallador de metal y de una cuchara con restos de sustancia blanquecina, de 20 blíster vacíos de Folcodal 75, de un blíster de 15 pastilla blancas de Denver Farma 5 mg, de cuatro cajas vacías de Folcodal 75 cinarizina, de cuatro recortes de nylon y de un

Cámara Federal de Casación Penal

tupper con sustancia blanca que contenía almidón. Finalmente, también pudo establecerse que Rubén Ángel Deheza Fernández tenía consigo un billete de \$ 100, un billete de \$ 5 y catorce billetes de \$ 2. Por su parte, la pericia química practicada por el Gabinete Científico de la Policía Federal Argentina, concluyó que el estupefaciente secuestrado se correspondía con el clorhidrato de cocaína...".

II. Como se adelantó al principiar la presente decisión, la actividad defensiva se ha centrado en descalificar la prueba tenida en cuenta por el tribunal de grado para tener por acreditado el hecho que se le endilga a Deheza Fernández, pretendiendo darle a sus objeciones un alcance definitorio de corte favorable a su asistido.

Ahora bien, tal como lo sostuvo el fiscal general ante esta Alzada los argumentos defensas tan solo traducen una mera disconformidad con la forma en que fue resuelto el caso. En efecto, las críticas efectuadas a las declaraciones testimoniales mencionadas por la parte carece de la entidad que procura otorgarle ya que los hechos probados por aquéllas admiten ser acreditados por este tipo de pruebas sin que afecte su valor la circunstancia de que los datos aportados por los testigos no se hayan plasmado en el acta labrada con motivo del allanamiento. Precisamente el escuchar a los diversos protagonistas del registro domiciliario practicado en autos se obtienen detalles que exceden aquéllos consignados en el instrumento labrado en la oportunidad por los preventores. Y es del caso apuntar que no se han verificado en sus discursos contradicciones que desautoricen la credibilidad de sus relatos, ni se ha instalado siquiera alguna duda acerca de la identidad del investigado en orden a la *notitia criminis* y el finalmente condenado.

En punto a los embates defensas contra la aplicación de la figura de tenencia con fines de comercialización por las que el a quo condenara a su asistido

el tribunal consideró concluyentes las pruebas que sustentaban dicho encuadramiento legal.

En cuanto a la intención del encausado en relación al destino de la droga cabe mencionar que "La subjetividad de un ser humano, ya *per definitionem*, nunca le es accesible a otro de modo directo, sino siempre a través de manifestaciones, es decir, de objetivizaciones que deben ser interpretados en el contexto de las demás manifestaciones concurrentes, dicho de otro modo, los actores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del derecho: como personas" (JAKOBS, Gunter; Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho penal funcional, Madrid, 1996, p. 50).

Así pues, debe primar la consideración de las circunstancias objetivas por sobre la exigencia finalista de la "ultraintención" de comercio como elemento distintivo del tipo penal del artículo 5º inciso "c" de la ley 23.737, en la medida que facilitaría la tarea no sólo del acusador, sino también del imputado en orden a conocer de modo concreto cuales son los elementos que el juzgador tuvo en cuenta para fallar de determinada manera.

En ese sentido, se ha visto acreditada la tenencia del material a partir del resultado del procedimiento llevado a cabo por las fuerzas policiales y el informe pericial que da cuenta de la ilicitud de las sustancias. A ello, se sumaron los elementos de convicción que se desprenden de las tareas de inteligencia previas, la constatación de un acto de compraventa coetáneo al allanamiento, la cantidad de droga incautada, la presencia de sustancias usualmente destinada a su "estiramiento o corte", el dinero conformado por billetes de baja denominación hallado en poder del encartado, el rallador de metal y la cuchara con restos de sustancia blanca encontrados en la vivienda.

Cámara Federal de Casación Penal

Así las cosas, del análisis global de los elementos reunidos, se desprende que la decisión del tribunal en tanto consideró que la detentación del material estupefaciente acreditada en la presente por parte del imputado tenía un destino de comercio, ha sido correcta y por tanto debe ser homologada, puesto que se vio corroborada en elementos objetivos que así lo determinaron.

A ello cabe agregar que a los fines de la detentación de la sustancia prohibida no resulta exigencia ineludible que el imputado habite en el lugar allanado donde se encontraba el estupefaciente pues a los fines de la figura penal en reproche basta que la sustancia se encuentre bajo su esfera de custodia –extremo comprobado en autos–, de manera que las críticas efectuadas a la sentencia en estudio en lo referente a este aspecto tampoco han de prosperar (Conf. C.F.C.P., Sala IV, causa n° 1141/2013 "Cambria, Mario Alejandro s/rec. de casación", rta. el 25/04/14, reg. N° Registro n° 682.14.4; causa N° 16627 "Salinas Palacio, Juan Alejandro s/rec. de casación", rta. el 28/03/14, reg. n° 434.14.4; causa n°15713 "Bustos, Ramón A. y otros s/rec. de casación", rta. el 4/07/13, Registro n° 1204.13.4; Causa n° : 314/13, "Castro Contreras, José Adalberto y otros s/rec. de casación", rta. el 20/12/13, Registro n° 2562.13.4, entre otros).

Ad abundantiam, y tal como lo he sostenido al expedirme en la causa nro. 16.293 del registro de la Sala IV de este tribunal, caratulada: "BETKER, Diego Emilio s/recurso de casación"; resuelta el 15 de agosto del año dos mil trece, registrada bajo el N° 1473.13.4, la extensión de la pena de prisión escogida por el *a quo* –cuya magnitud no supera la solicitada por la parte acusadora– se adecua a derecho en la medida en que el *quantum* punitivo guarda estrecha relación con la finalidad que otorgó a esa especie de sanción, a saber: la estabilización del precepto penal infringido –"La pena hay que definirla positivamente: es una muestra de la vigencia de la

norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino con la estabilización de la norma lesionada [...] Resumiendo: misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales" (Günther Jakobs, "Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, págs. 9 y 14).

III. Desechados así los cuestionamientos canalizados en el recurso en examen no puedo dejar de señalar que –con arreglo a los alcances conferidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en orden a la declaración oficiosa de inconstitucionalidad de una norma al pronunciarse *in re* "Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Ángel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/demanda contencioso administrativa" M.102.XXXII.M.1389.XXXI, rta. el 27-09-2011, Fallos: 324:3219; "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", rta. el 27-11-2012, Fallos: 335:2333, entre otros- he de agregar que el artículo 12 del Código Penal establece que "La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. **Importan además la privación mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por acto entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces**" - el destacado me pertenece y constituye la parte del artículo que considero inconstitucional-.

Con este objetivo, habré de efectuar las siguientes consideraciones, a saber:

a) Que el origen de esta norma se encuentra en el artículo 101 del código Tejedor que estipulaba que la pena de

Cámara Federal de Casación Penal

presidio conllevaba la inhabilitación absoluta para cargos públicos por el tiempo de la condena y por la mitad más. En el código de 1886 se conservó la sanción en el inciso 1° del artículo 63 intercalando la frase "y para el ejercicio de los derechos políticos, activos y pasivos". **Las fuentes de dicha normativa se remontan a la muerte civil** que estaba prevista en el libro 2°, título 18 de la Partida Cuarta, el artículo 18 del código francés (texto según reforma del año 1832), el artículo 16 del código napolitano, el artículo 53 del código español del año 1822 y el artículo 7 del código de Baviera. Finalmente, cabe destacar que Tejedor siguió sobre este punto al código español del año 1850, cuyo artículo 52 había atenuado la muerte civil. (cfr. acerca de la evolución histórica de este instituto, Zaffaroni, Raúl Eugenio, et.al., "Derecho Penal-Parte General" y sus citas, 2 da edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 981)-el destacado en negrita me pertenece-.

b)Que nuestra Corte Federal tiene dicho que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas tienen -en principio- presunción de validez, ya que la declaración de inconstitucionalidad de una norma por parte de los tribunales de justicia constituye un acto de suma gravedad que ha sido considerado desde antaño como "última ratio" del orden jurídico, debiendo ejercerse dicha facultad con carácter restrictivo y sólo cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta, incompatible e inconciliable con ésta (Fallos: 306:325, entre muchos otros).

En este mismo orden de ideas, nuestro más Alto Tribunal ha decidido que las leyes deben interpretarse y aplicarse procurando la armonización entre éstas y teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan de tal manera que no entren en pugna unas con otras y no se destruyan entre sí, por lo que debe adoptarse el sentido que las concilie y deje a todas con valor y efectos (Fallos: 307:519, entre muchos otros).

c) Sentadas dichas pautas interpretativas y luego de un examen integral de la normativa en juego, entiendo que debe declararse la inconstitucionalidad del artículo 12, segunda y tercera disposición, del Código Penal por ser incompatible no sólo con nuestra Carta Fundamental, sino también con los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos que conforman el denominado bloque de constitucionalidad federal (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Es así que, debo adelantar que desde mi personal perspectiva la norma en cuestión implica que bajo una mirada eminentemente paternalista el legislador impuso solapadamente una verdadera sanción de naturaleza retributiva y no una mera consecuencia del encierro, la cual no se compadece con los postulados del Estado social y democrático de derecho que emerge de nuestra Ley Suprema.

Ello así, toda vez que el rol del Estado dentro de nuestra arquitectura constitucional debe ser de carácter fraterno y no paternalista –como el de la norma en examen–, debiendo ser especialmente cuidadoso de no inmiscuirse dentro del ámbito de autonomía personal de cada individuo que se encuentra protegido constitucionalmente (art. 19 de la Constitución Nacional).

Asimismo, no puede soslayarse el impacto que sobre nuestro derecho interno han tenido los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos a que hace referencia el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, lo cual ha traído como consecuencia no sólo la expresa previsión de algunos derechos y garantías que antes en forma general y algo confusa se los encasillaba como “derecho implícitos” en el artículo 33 de nuestra Carta Magna, sino también una verdadera ampliación del catálogo de derechos y garantías mínimas que rigen en materia penal (cfr. a modo de ejemplo, el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Cámara Federal de Casación Penal

Es decir, que advierto que la existencia de estos nuevos paradigmas en materia de derechos humanos necesariamente repercuten en nuestro derecho penal doméstico y me llevan a realizar un análisis del artículo 12 del código de fondo que resulte ajustado a los mismos.

d) A esta altura de mi voto, debo adelantar que desde mi óptica personal el artículo 12, segunda y tercera disposición, del Código Penal, debe ser declarado inconstitucional por no ser respetuoso de nuestra Constitución Nacional, ni de los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos constitucionalizados (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

En primer lugar, habré de referirme a **la privación del ejercicio de la patria potestad** que según la norma debe imponerse a los condenados que se encuentren privados de su libertad por más de tres años, como consecuencia de la imposición de la inhabilitación absoluta prevista en el artículo 12 del código sustantivo.

Sobre este particular, observo que esta parte de la norma conlleva a un innecesario agravamiento de la pena impuesta por resultar indigna, inhumana y degradante. Además, produce efectos claramente estigmatizantes y contrarios a la resocialización del condenado, dándose de bruces con la voluntad del constituyente de garantizar una protección integral de la familia como pilar básico de nuestra sociedad política (art. 14 bis, última parte, de la Constitución Nacional). Es que, impedir a una persona privada de su libertad por más de tres años de su derecho de decidir acerca de la crianza de sus hijos, resulta contrario al tratamiento humanitario y al respeto a la dignidad humana que deben observarse durante la ejecución de la pena (arts. 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 10.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Políticos y Civiles).

La norma en examen, tampoco resulta compatible con el

deber que incumbe a los padres respecto de sus hijos menores y es por ello que, el Estado debe proporcionar los medios para que los progenitores puedan cumplir con dicha responsabilidad legal a fin de otorgar a los menores un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (arts. 12 y 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 11.2 y 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 17.1 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y arts. 27.1, 27.2 y 27.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Asimismo, el artículo 12 del código sustantivo debe ser analizado a la luz del objetivo previsto en el artículo 3.1 "in fine" de la Convención de los Derechos del Niño que postula que en las decisiones en materia minoril debe atenderse siempre al "interés superior del niño" (cfr. sobre este último punto, Báez, Julio C., "El artículo 12 del Código Penal y la Constitución Nacional", Revista de Derecho Penal y Criminología, año IV, número 5, junio 2014, pág.109 y sigtes).

Sobre este tópico, no puede pasarse por alto que la pena posee carácter personal y privar a un condenado del ejercicio de la patria potestad implica hacer trascender los efectos de la punición de los padres a los hijos al encontrarse impedido alguno de sus progenitores o ambos de poder elegir como debe ser su crianza de acuerdo al proyecto de vida elegido por ellos (cfr. art. 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Así las cosas, la mera circunstancia de que una persona condenada se encuentre privada de su libertad no le impide como padre ejercer los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, no sólo sobre la persona de sus hijos, sino también sobre sus bienes, ello en orden a su protección en general y a su educación, todo ello mientras éstos continúen siendo menores y no se hayan emancipado (art. 265 del Código Civil).

Cámara Federal de Casación Penal

Sin perjuicio de todo lo reseñado, a mi entender el único caso en que la norma cobra virtualidad es cuando los hijos menores de edad hayan sido sujetos pasivos de una acción delictiva por alguno de los padres (cfr. Zaffaroni, Raúl Eugenio, ob. cit. supra, pág. 986).

En segundo término, en orden a la privación mientras dure la pena **de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por acto entre vivos**, también adelanto que ello resulta contrario a nuestra Ley Fundamental. Y así lo es, en virtud de que dicha interdicción implica lisa y llanamente la eliminación de la voluntad del sujeto penado, quedando prácticamente equiparado a los efectos legales con la categoría jurídica de los sordomudos o de los dementes, siendo ello evidentemente frustratorio de un razonable ejercicio de su derecho de propiedad (art. 17 C.N.).

Además, eventualmente podría darse la incongruencia de que "...el condenado acceda a la libertad condicional y siga inhabilitado al no haber expirado el tiempo de la condena..." (cfr. Báez, Julio C., "Los condenados penales y la administración de sus bienes, en Guersi, Carlos- Weigarten Celia (directores)".El derecho de propiedad. Un tratamiento transversal", Nova Tesis, Buenos Aires, 2008, págs. 115/117).

En conclusión, el artículo 12 del código de fondo también atenta contra la dignidad de las personas en cuanto tales y trae como consecuencia al igual que la otra sanción-inhabilitación mencionada un efecto estigmatizante, mortificante y contrario a la resocialización que vulnera el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 18 de la Constitución Nacional. Ello así, toda vez que colocar a una persona detenida bajo el régimen de la curatela de la legislación civil, privándolo de la administración de sus bienes y de disponer de ellos por acto entre vivos, resulta una norma de neto carácter ilegítimo y

autoritario que violenta el techo ideológico de nuestra Constitución Nacional, el cual posee indubitable naturaleza humanitaria.

El único caso en que cobraría relevancia esta pena accesoria sería el resultante de una real incapacidad del penado para ejercer la administración de sus bienes, con el consiguiente perjuicio que para el patrimonio de éste o el de su grupo familiar ello podría traer aparejado.

En esta misma línea de pensamiento, creo imprescindible puntualizar que teniendo en cuenta el Estado social y democrático de derecho que estructura nuestra Carta Fundamental y los Pactos Internacionales *supra* mencionados, el artículo 12, segunda y tercera disposición, del Código Penal debe ser declarado inconstitucional, ya que de no ser así dejaríamos vigente **-más allá de los dos casos de excepción destacados-** una norma que se asemeja a una suerte de "muerte civil morigerada", que a su vez produce una mortificación innecesaria al penado y que afecta no sólo sus eventuales actividades comerciales, sino se contrapone con la estabilidad que deben tener los lazos familiares y con la protección del interés superior de los niños.

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de casación articulado y declarar la inconstitucionalidad del artículo 12 del Código Penal, dejándose sin efecto su aplicación en la sentencia apelada respecto de todos los condenados (art. 441 del C.P.P.N.).

El señor juez doctor Luis María Cabral dijo:

I. Adhiero al voto que antecede. Sin perjuicio de ello considero oportuno señalar lo que sigue.

II. En relación a la alegada inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal, sabido es que el análisis sobre la constitucionalidad de una norma es una de las facultades más delicadas del ejercicio de la jurisdicción; y que, por su gravedad, debe estimarse como la última "ratio" del orden

Cámara Federal de Casación Penal

jurídico (Fallos 305:1304), pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos que la Constitución Nacional prevé, gozan de presunción de legitimidad y sólo son susceptibles de ser cuestionadas en su constitucionalidad, cuando ellas resultan manifiestamente irrazonables o consagran una iniquidad ostensible.

Es por ello que nuestro máximo Tribunal requiere no sólo el ejercicio prudente y sobrio de la atribución conferida a los jueces en la materia, sino, también, que el planteo efectuado al respecto ofrezca una adecuada fundamentación en auxilio a los fines pretendidos (Fallos 226:688; 242:73; 300:241, 1087, entre otros).

A la luz de tales principios, si se tiene en cuenta que la parte interesada en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera ésta contraría la C.N. (Fallos 307:1983), y que el control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador (Fallos 253:362; 257:127; 308:1631, entre tantos otros), debe necesariamente concluirse que el planteo que se examina no está debidamente fundado.

En efecto, el impugnante sólo enunció de manera genérica y sin sujeción a las concretas circunstancias de sus pupilos, que el art. 12 del C.P. contradice diversas normas de rango constitucional que ya fueron citadas al momento de resumir sus agravios, y citó diversos precedentes jurisprudenciales cuya similitud fáctica con el presente caso no fundamentó. Ese razonar en nada justifica que se adopte la excepcional decisión pretendida por la defensa pues luce ausente la prueba de la inconstitucionalidad alegada, que, como marca la CSJN, debe ser acreditada por la parte que la pide.

Así, no ha quedado plasmado en el recurso cuál es el derecho afectado concretamente respecto de la situación de que reclama la declaración de invalidez de la norma dictada por el

Congreso Nacional en el ejercicio de sus atribuciones propias y exclusivas.

Reitero, entonces que para que proceda la invalidez constitucional pretendida, el gravamen aducido no puede resultar general y abstracto, sino concreto y actual; máxime respecto de una norma que contempla diferentes situaciones limitativas como lo es el art. 12 del C.P.

Sin perjuicio de lo hasta aquí dicho, considero que en caso de que se pruebe a lo largo de la ejecución de la pena que efectivamente se está produciendo la restricción de algún derecho determinado que controvierte la normativa constitucional que hoy se invoca en abstracto, sólo en ese caso la cuestión, debidamente fundada, podría resurgir.

En suma, voto por el rechazo del recurso de casación, con costas. Tal es mi voto.

La señora jueza doctora Ana María Figueroa dijo:

1º) Con relación a los agravios referidos a la arbitraria valoración de la prueba en la sentencia cuestionada, entiendo que las conclusiones a las que arribó el *a quo* constituyen la derivación necesaria y razonada de la prueba incorporada al debate y de la aplicación del derecho vigente al caso concreto, sin que las críticas que formula la defensa logren conmovier lo resuelto como acto jurisdiccional válido.

Al respecto considero que el *a quo* ha efectuado una fundada y razonable valoración de la totalidad de las constancias de la causa, sustentando jurídicamente la atribución del hecho endilgado al encausado sobre la base de un plexo cargoso prudentemente valorado, de una adecuada subsunción legal del suceso traído a estudio, y de un análisis ajustado a derecho sobre el grado de participación que le cupo a Rubén Angel Fernandez Deheza en el ilícito traído a estudio.

En ese sentido los señores magistrados analizaron los dichos volcados por los testigos del procedimiento –tanto el personal policial como los testigos civiles– respecto a la

Cámara Federal de Casación Penal

identificación de Fernandez Deheza como quien también detentaba la droga con la finalidad de comercializarla –junto a Débora Sabrina González Muller-, sin que la circunstancia de que sus declaraciones no hayan estado incluidas en la respectiva acta labrada, obsten a la validez de tales pruebas.

En función de lo señalado y de la ponderación que de la totalidad de la prueba efectuó el tribunal sentenciante, considero que corresponde rechazar el agravio traído a estudio en este sentido por la defensa.

2º) En punto a la inconstitucionalidad de lo dispuesto en el art. 12 del CP que introduce el juez que vota en primer término, habré de efectuar las siguientes consideraciones:

a) En primer término, cabe recordar que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable, debe hacerse lugar a la inconstitucionalidad. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (C.S.J.N., Fallos 226:688; 242:73; 285:369; 300: 241,1087; 314:424).

Asimismo, el Superior Tribunal de la Nación ha señalado que el legislativo es el único órgano de poder que

tiene la potestad de valorar conductas, constituyéndolas en tipos penales reprochables y decidir sobre la pena que estima adecuada como reproche a la actividad que se considera socialmente dañosa (C.S.J.N. Fallos: 209:342). Ha consignado en tal sentido que *"resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas, y asimismo, y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estime pertinente"* y que *"sólo quienes están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada"* (Fallos: 314:424 "Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas - causa n° 6491").

Además, ha reconocido que es ajeno al control judicial el examen sobre la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (C.S.J.N. Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341; 314:424). Se trata pues de las llamadas cuestiones o actos políticos, propios de los poderes políticos -Legislativo y Ejecutivo- y que por tanto no son justiciables, por ser actos discrecionales de aquellos. Sostener que todos los actos o cuestiones -aún las políticas- son justiciables sería establecer el gobierno de los jueces, cosa inaceptable para el sistema republicano que nos rige.

Cabe asimismo recordar, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido como principio que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos 302:973), y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos 299:167), así es que los jueces no pueden sustituir al legislador sino que deben aplicar la norma como éste la concibió (Fallos 300:700); las leyes deben interpretarse

Cámara Federal de Casación Penal

conforme el sentido propio de las palabras que emplean sin violentar su significado específico (Fallos 295:376), máxime cuando aquel concuerda con la aceptación corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos 312:311, considerando 8º), evitando darle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo la unas por las otras y adoptando, como valedero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos 1:297, considerando 3º; 312:1614; 321:562; 324:876, entre otros).

La exégesis de la ley requiere la máxima prudencia cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho, o el excesivo rigor de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción (Fallos 303:578 y B. 4143. XXXVIII, "Blum, Nicolás Ricardo y Cartagena, Juan Manuel s/causa nº 4052").

En el mismo sentido, y como el derecho penal representa la última línea de defensa en contra de la lesión de valores jurídicos fundamentales y es tarea del legislador articular los lineamientos generales de la política criminal, la apreciación que realiza el legislador involucra una esfera de decisión política sobre la que no cabe modificación por parte de los jueces, ya que representa facultadas específicas de aquél sobre la política criminal, la que solo tendría lugar en el caso de que se lesionen garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional o Tratados Internacionales en que la República sea parte (cfr. causa nº 7976, Sala I, "Montano, Alberto Abel s/recurso de inconstitucionalidad", reg. nº 10.338, rta. el 18/4/2007).

b) Fijado dicho marco, habré de recordar cuanto sostuve al analizar la constitucionalidad de lo dispuesto en el artículo 12 del código sustantivo, al emitir mi voto *in re*: "López, Yésica Guadalupe s/recurso de casación",", causa nº

17.357, reg. nº 23.436, rta. el 23/04/2014.

Allí sostuve que las accesorias legales que prevé dicha, sólo tienen como objetivo proteger al condenado de los perjuicios y dificultades que pueden provenir de su incapacidad de hecho derivada del encierro, no revistiendo penalidad punitiva.

En ese sentido ha sostenido esta Cámara que dicha medida constituye una incapacidad de hecho relativa, pues la misma *"no se dicta contra el incapaz, sino a favor suyo, como remedio para paliar la inferioridad de su situación"*, dado que *"la incapacidad del condenado sólo se extiende a los actos que él mismo no puede realizar eficazmente, pero que es dable efectuar por medio de un representante, lo que muestra el sentido protector de la incapacidad"* (causa nº6499, "Sánchez, Graciela Noemí s/recurso de inconstitucionalidad", Sala I, rta. 24/2/2006, reg. nº 8547).

El condenado no pierde su capacidad jurídica sino simplemente su capacidad de hecho en los casos que el artículo establece, es decir, la patria potestad, de la cual no se lo priva sino que se la suspende hasta tanto cese el encierro, correspondiendo su ejercicio al otro padre conforme lo prevé el Código Civil (arts. 264 y 304 del C.C.) y la administración de sus bienes y el derecho a disponer de ellos por actos entre vivos, respecto de lo cual dispone que el condenado quedará sujeto a la curatela establecida en el Código Civil para los incapaces. Esas incapacidades representan una restricción material para el condenado de realizar por sí mismo determinados actos jurídicos, para lo cual se prevé la designación de un curador a fin de salvaguardar sus intereses.

Pues como he mencionado, el fin de la norma es el de auxiliar al condenado a pena privativa de la libertad frente a su imposibilidad de ejercer determinados actos ante los que se encuentra en situación desventajosa por su encierro.

Al respecto, es dable señalar que esta Cámara tiene

Cámara Federal de Casación Penal

dicho que "para sostener que esa norma del código sustancial resulta inconstitucional deberá acreditarse en el caso concreto de qué manera la norma somete al causante o su familia a humillaciones o atenta contra el respeto a la dignidad de su persona; o de qué forma se opone a la finalidad esencial de readaptación social de los condenados. Por ende, si el afectado no denuncia una turbación a su dignidad personal o familiar (como podría ser la imposibilidad de cumplimiento de un deber o derecho propio de la patria potestad) o el libre ejercicio de sus derechos patrimoniales por la aplicación del mencionado artículo, no se presenta oportuno que el Estado, a través de uno de sus órganos de poder, deba de forma indeterminada y genérica conjeturar esa vulneración en el caso concreto y de allí colegir la inconstitucionalidad de la norma" (Sala IV, causa n° 5805 "Jerez, Carlos Alberto s/recurso de inconstitucionalidad", reg. n° 7990.4, rta. el 27/10/06), extremo que la defensa no ha efectuado en el presente caso, al haber sido introducido el planteo por parte de uno de los jueces de esta Sala.

Por lo expuesto, la norma prevista en el art. 12 del C.P. no conculca los arts. 10 del P.I.D.C. y C. y el 5, ap. 6, de la C.A.D.H. -ambas convenciones incorporadas a la C.N. según art. 75 inc. 22-, como tampoco resulta lesivo del art. 18 de la C.N., pues la incapacidad civil allí dispuesta no implica la pérdida de la patria potestad o de otros derechos, sino que simplemente establece la suspensión de éstos mientras dure la incapacidad por el encierro.

Tampoco afecta la norma en análisis el fin de la pena -la resocialización- conforme lo dispone el art. 1° de la ley 24.660 por el hecho de que se limite el ejercicio de ciertos derechos mientras dure su condena con la intervención de un curador, a efectos de su tutela, siendo éste quien realice los actos necesarios para su resguardo, puesto que no podrá ejecutarlos por sí quien se encuentre privado de su libertad.

3º) Sobre la base de las consideraciones expuestas, voto por rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Fernandez Deheza, con expresa imposición de costas en esta instancia. Tal es mi voto.

Por ello, el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE:**

RECHAZAR el recurso incoado. Con costas (artículos 471 -a contrario sensu-, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese y oportunamente, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordadas Nº 15/13 y 24/13, C.S.J.N.), a través de la Secretaría de Jurisprudencia de esta Cámara. Remítase la presente causa al tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

Fdo.: Ana María Figueroa, Juan Carlos Gemigniani, Luis María Cabral. Ante mí: Javier E. Reyna de Allende, Secretario de Cámara.