

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 26448/13 STJ

SENTENCIA Nº: 140

CONDENADA: L. A.M.

DELITO:

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN (EJECUCIÓN DE PENA)

VOCES:

FECHA: 07/10/13

FIRMANTES: BAROTTO - PICCININI - APCARIAN - MANSILLA - CERDERA
(SUBROGANTE) EN ABSTENCIÓN

//MA, de octubre de 2013.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Sergio M. Barotto, Liliana L. Piccinini, Ricardo A. Apcarian, Enrique J. Mansilla y Francisco Antonio Cerdera este último por subrogancia-, con la presidencia del cuarto de los nombrados y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “Incidente rec. de casación de la Dra. Laura PÉREZ c/resolución de inconstitucionalidad art. 12 C.P. en Expte. 727-JE 10- 11 N \L., A.M. s/Ejecución de pena\ s/Casación” (Expte.Nº 26448/13 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 439 del Código Procesal Penal, con el planteo de la siguiente:-----

CUESTIÓN

----- ¿Es procedente el recurso deducido?-----

VOTACIÓN

El señor Juez doctor Sergio M. Barotto dijo:-----

-----1.- Antecedentes del caso:-----

-----1.1.- Mediante Sentencia de fecha 4 de abril de 2013, el Juzgado de Ejecución Penal Nº 10 de General Roca resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal en cuanto importa para el condenado, en el caso concreto para A.M.L. y mientras dure la pena-, la privación de la patria potestad, de la administración de los bienes y del

derecho de disponer de ellos por actos entre vivos.- - - - -

-

-----1.2.- Contra lo decidido, la señora Fiscal de Cámara

///2.- doctora Laura Pérez interpuso recurso de casación, que fue concedido por el Tribunal de origen y luego declarado admisible por este Superior Tribunal.- - - - -

----- Así, se dispuso que el expediente quedara por diez días en la Oficina para su examen por parte del Ministerio Público Fiscal, y además se dio intervención a la Fiscalía General y a la Defensoría General.- - - - -

-----1.3.- A fs. 33/36 vta. presentó su dictamen la entonces Fiscal General subrogante doctora Adriana Cecilia Zaratiegui, donde sostuvo el recurso deducido y solicitó que se revocara la resolución recurrida y se fijara doctrina legal respecto de la constitucionalidad del art. 12 del Código Penal.- - - - -

-----1.4.- El día 10 de septiembre de 2013 se llevó a cabo la audiencia prevista por los arts. 435 y 438 del rito, a la que comparecieron la señora Defensora General doctora María Rita Custet Llambí y el señor Fiscal General doctor Marcelo Álvarez, así como la imputada A.M.L.- - - - -

----- El titular del Ministerio Público Fiscal alegó que sostenía el recurso que interpuso la Fiscal de Cámara. Hizo una reseña de los agravios y refirió que la resolución cuestionada carecía de fundamentos, pues solo se hacían vagas referencias a la normativa convencional afectada. Añadió que de la lectura del fallo en cuestión se desprende que solo tiene motivación aparente, pero no hay ni un solo fundamento concreto ni una explicación razonada para la trascendencia que tiene una declaración de inconstitucionalidad. Insistió en que tiene una mención genérica, pero no explica de qué modo el art. 12 contraría

///3.- las normas convencionales o constitucionales que cita.- - - - -

- - - - -

----- Luego expresó que este Superior Tribunal ha desarrollado la trascendencia jurídica de una declaración de inconstitucionalidad, que debe ser cuidadosamente aplicada; en tal sentido, si se relacionan la limitadísima posibilidad del Poder Judicial para declarar inconstitucionalidades y la falta de motivación advertida, la consecuencia debe ser la revocación de lo decidido.- - - - -

----- Sin perjuicio de lo anterior, en cuanto al contenido y la finalidad del art. 12 del Código Penal, expresó que debía establecerse si este importa un plus a la condena y si pueden darse razones a lo resuelto, cuestión que rechazó. Agregó que el referido art. 12

no implica un plus sancionatorio contrario al fin resocializador de la pena, sino que solo fija una incapacidad de hecho, restrictiva y limitada al tiempo que dura la privación de la libertad y solo respecto de los puntos que la norma alude, además de que es relativa.-

----- Explicó que, por la privación de libertad, la persona no puede ejercer por sí determinados actos, por lo que no resulta denigrante ni cruel, y tiene por objeto poner en pie de igualdad a la persona que tiene la incapacidad de hecho derivada de la privación de libertad.- -----

----- Mencionó la casi unanimidad de la doctrina respecto de su postura y planteó que quienes sostienen que se trata de una incapacidad de derecho y absoluta, con cita de Zaffaroni, constituyen una postura minoritaria, y además que del Código Penal comentado de Baigún y Zaffaroni (Tº I, //4.- págs. 156 y ss.) surge que es una incapacidad de hecho relativa.- -----

----- En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recordó que no se ha expedido en concreto pero tampoco ha cuestionado el art. 12 del Código Penal en las oportunidades en que le dio tratamiento. Asimismo, hizo referencia a fallos en los que la Cámara Nacional de Casación Penal se pronunció por la validez de la norma, a lo que suma que existen dictámenes del Procurador General de la Nación a favor de su constitucionalidad, e hizo referencia al de la causa “More, Silvestre”.- - - - -
-

----- En cuanto al argumento relativo a la existencia de una cuestión de género, sostuvo que no lo advierte, pues la forma de cumplimiento de la condena fue por prisión domiciliaria, y se revocó por un accionar propio de la condenada, por lo que existió una perfecta consideración de tal circunstancia.- -----

----- Señaló que el texto y las consecuencias del art. 12 no repugnan el plexo normativo constitucional y convencional, y que las Reglas de Tokio y la Convención Americana sobre Derechos Humanos permiten la existencia de reglas accesorias como las tratadas, por lo que solicitó que se haga lugar a la casación.- -----

----- A su turno, la doctora Custet Llambí hizo referencia a que, por su situación de vulnerabilidad por violencia de género, se dispuso que la imputada fuera internada en El Maruchito, de modo que no hubo incumplimiento de su parte respecto de las condiciones de la prisión domiciliaria.- - -

----- Reseñó las situaciones que involucraron a su pupila

///5.- hasta el nacimiento de su bebé, y narró que ella decidió una guarda provisoria a cargo de su cuñada, por las condiciones del establecimiento penitenciario. Planteó que se dio una serie de circunstancias que están plasmadas en el expediente y son demostrativas de su vulnerabilidad. También refirió que a partir de la guarda y de la denuncia penal contra el padre del niño, A.L. comenzó a tener problemas de contacto con su hijo. Asimismo, sintetizó lo actuado hasta la intervención del Defensor de Menores e Incapaces.-----

----- En cuanto a la cuestión de derecho, señaló que no era menor la que se debate. Sostuvo que disienta con la Fiscalía General en cuanto a la imposibilidad de declarar la inconstitucionalidad y mencionó el control de convencionalidad y su relación con el art. 12 del Código Penal.-----

----- En tal sentido, hizo un análisis del artículo y consideró que limita derechos personalísimos, además de que incluye conceptos perimidos. Explicó que se trata de derechos de los padres y del niño y entiende que no es una incapacidad de hecho, sino una negación de capacidad jurídica. Si fuera de hecho, prosiguió, el Estado debería proveer una apoyatura para el ejercicio de derechos, y añadió que la norma en cuestión hace un paralelismo entre el insano y el privado de libertad. Razonó en forma análoga sobre aquellas personas que padecen una discapacidad específica en donde se presume la capacidad y la restricción debe ser limitada según cada caso. Insistió en que debe haber sistemas de apoyo, pero no de sustitución y

///6.- representación.-----

----- Por lo argumentado, consideró que la sentencia se ajusta a derecho e hizo un buen análisis de la hipocresía del derecho para tratar estos casos.-----

----- Asimismo, mencionó el expediente civil, donde no se le permite a la imputada ser parte, por lo que planteó la violación del derecho a la igualdad. Argumentó que deben darse supuestos de igualdad real para una persona vulnerable, y que la imputada está en condiciones de opinar y decidir varias cosas en relación con su hijo. Reiteró que no sabe cuál es la incapacidad de hecho, y sostuvo que no se entiende que por el afán de proteger se restrinjan derechos.

----- Posteriormente aludió a su contestación del recurso que se agregó al expediente luego de la audiencia- y alegó que el art. 12 del Código Penal viola el principio de intrascendencia de la pena, ya que esta trasciende a su hijo, lo que violenta la normativa constitucional y convencional. Especificó que vulnera el derecho penal de acto, así como la libertad y la dignidad del condenado, y constituye

una injerencia abusiva en la vida privada y familiar. A lo anterior sumó que la normativa criticada no tiene una justificación seria y razonable, en tanto remite a penas de más de tres años y no menores.- - - - -

----- Insistió en que la imputada lucha por su vinculación con el hijo y que se ha desconocido el interés superior del niño. También expresó que en el caso se da una cuestión de género, pues se le impide el maternaje a su pupila, quien sufre en demasía.-

----- Por último, sostuvo que es una buena oportunidad para
///7.- que el Superior Tribunal se expida sobre este tipo de restricciones y desarrolle el control de convencionalidad, implementando un derecho penal ajustado a los derechos humanos.- - - - -

----- Reiteró que la resolución era fundada y debía ser confirmada, con remisión a su dictamen.- - - - -

----- Antes de finalizar la audiencia la imputada A.M.L. señaló que era capaz de decidir por su hijo, o con quién está este, y que el tratamiento psicológico la declaraba apta para ello, añadiendo que tiene 7 y 8 en conducta.- - - - -

----- Narró que ha mandado hábeas corpus al Juez de Menores, que su hijo no puede pagar; que estuvo dos días con su hijo en El Maruchito, pero que él no podía estar ahí, porque su hijo se merece jugar, y es un nene lindo e inteligente. Agregó que estaba sufriendo, y que quiere decidir que su hijo esté con buena gente, que tenga una buena educación, y que no quiere que mañana esté en una cárcel. Reiteró que está haciendo todo lo posible para estar con su hijo, que quiere decidir por él y que se siente capaz de hacerlo.- - -

----- Así, los autos han quedado en condiciones para su tratamiento definitivo.- - - - -

-----2.- Agravios del recurso de casación:- - - - -

----- La señora Fiscal de Cámara reseña los argumentos de la decisión recurrida, a la que considera arbitraria, y señala la falta de fundamentación que surge como consecuencia de que no se demuestran las razones por las cuales el art. 12 entra en crisis con las normas del bloque de constitucionalidad invocadas, ni la repugnancia que

///8.- habilitaría su declaración de inconstitucionalidad, con cita de precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.- - - - -

----- Refiere que la inhabilitación prevista en la norma aludida constituye una incapacidad de hecho, restrictiva y limitada a determinados actos y al tiempo que dure

la pena, es decir, que suspende ciertos derechos mientras dure la condena de encierro, sin suprimir los derechos civiles, por lo que no afecta las normativa de jerarquía constitucional mencionada.-----

----- Menciona jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal (causa “ESCUADERO”), y dictámenes de la Procuración General de la Nación (en particular, en causa “MORE, Silvestre”) favorables a su postura.-----

----- Hace referencia también a los fines tuitivos de la norma, más aún cuando se prevé el mecanismo para la representación mediante la curatela, y señala que la inhabilitación accesoria no puede ser considerada una pena inhumana o degradante, además de señalar que la sentencia no acredita cómo se configuran las estigmatizaciones a las que se hace referencia.-----

----- Por otra parte, advierte que no se demuestra la cuestión de género pretendida, que además no estima presente en autos.-----

----- Por todo lo expuesto, solicita que se case y revoque la sentencia recurrida y se establezca doctrina legal con respecto a la constitucionalidad del art. 12 del Código Penal.-----

-----3.- Dictamen de la Fiscalía General:-----

///9.-- En su dictamen, la Fiscalía General sostiene la totalidad de los agravios recursivos, a los que estima suficientes. Coincide en que el Juez ha realizado una interpretación extrema y excesiva y ha desarrollado una postura o tendencia ampliamente abolicionista y garantista para pretender decretar una inconstitucionalidad infundada y estirada, que hace que sus razonamientos pierdan solvencia y convicción.- -

----- Destaca que la determinación judicial por la inconstitucionalidad constituye la última ratio del control judicial, y que en autos se acredita la inexistencia de una repugnancia manifiesta y arbitrariedad que la justifique, por lo que concluye que es inválida la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal.-----

----- Ratifica el criterio de la recurrente en cuanto a que la inhabilitación accesoria no puede constituir una pena o plus punitivo que equivalga a la muerte civil del condenado, sino que corresponde afirmar que constituye una inhabilitación de hecho relativa razonablemente dispuesta en función de la situación de encierro que el condenado se encuentra atravesando, que podrá variar según los avances y progresos propios del cumplimiento de la pena. En consecuencia, no constituye una pena vedada por la Constitución Nacional o Provincial ni por el bloque constitucional de tratados

internacionales.- - - - -

----- En conclusión, solicita que se revoque la sentencia recurrida y se determine doctrina legal sobre la constitucionalidad del art. 12 del Código Penal.- - - - -

-----4.- Dictamen de la Defensoría General:- - - - -

///10.-- La señora Defensora General señala que la recurrente cita como base de sus agravios un fallo de la Sala I del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires que se fundamenta en un paradigma proteccionista perimido, que en nada condice con el actual reconocimiento de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes.- - - - -

----- Cuestiona el paralelismo que realiza el art. 12 del Código Penal entre la “incapacidad” de hecho por razones de salud mental y la “incapacidad” causada por el hecho del encierro, al que considera fundado en razones del viejo “paternalismo” estatal supresor de derechos, lo que lleva a analizar la evolución que ha tenido el reconocimiento de derechos a personas que “de hecho” por razones de salud mental se encuentran limitadas en su capacidad jurídica.- -

----- Sostiene que, en el marco de los derechos humanos, el concepto de incapacidad es un concepto perimido y se ha reconocido el derecho a la titularidad y capacidad jurídica del ser humano por su sola condición de tal.- - - - -

----- Luego hace referencia a la normativa convencional relativa a esta temática y al reconocimiento de derechos a las personas con discapacidad y a su capacidad plena de ejercerlos por sí mismas.- - - - -

----- Destaca entonces que, si la tendencia actual propende a reconocer la capacidad jurídica de las personas con padecimientos mentales, no puede dejar de reconocérsele al resto de las personas, entre ellas las personas privadas de libertad.- - - - -

- - - - -

----- Señala que el reconocimiento de las personas como

///11.- sujetos de derechos no admite el modelo de sustitución y sí excepcionalmente el modelo de “apoyo” para el ejercicio de los derechos, además de que la titularidad de los derechos la tiene la persona, aun en aquellos casos en que su ejercicio deba contar con apoyo de otras.- - - - -

----- Manifiesta que en el caso de A.L. no hay ningún impedimento para que ejerza los derechos emergentes de la patria potestad (en términos actuales, “responsabilidad parental”). Entiende que, aun cuando la guarda de su pequeño hijo como desmembramiento del conjunto de deberes y derechos emergentes de la responsabilidad

parental- haya sido otorgada a la hermana del progenitor, es su defendida quien jurídicamente es titular del ejercicio del conjunto de dichos derechos y deberes en su calidad de progenitora del niño. Para sostener su reclamo, hace referencia a diversos estudios que analizan la temática, y afirma que es contrario a la dignidad humana que su asistida deba recurrir a un curador para reclamar judicialmente el derecho al régimen comunicacional con su hijo o cualquier otro derecho como madre.- - - - -

- - - - -

----- Sostiene que la limitación que impone el art. 12 del código de fondo deviene inconstitucional por cuanto la restricción jurídica trasciende la ambulatoria y expande sus efectos mas allá de la persona del condenado y hacia su familia, además de que no puede obviarse el interés superior del niño al resolver la cuestión. Alude al deber de los estados de limitar al máximo las injerencias arbitrarias en la vida de las personas y en sus relaciones familiares y al principio básico de que todo lo que no está prohibido está

///12.- permitido.- - - - -

----- Coincide con el Juez de Ejecución en que, en el caso, existe una cuestión de género que debe ser atendida: la maternidad y el efecto que de ella deriva, consistente en la voluntad de su defendida de asumir el rol de cuidado y crianza. Cita jurisprudencia y estudios al respecto y señala que la decisión que impide a su defendida ejercer su derecho como madre, como ella anhela, la afecta de manera desproporcionada por su condición de mujer y le genera una afectación psíquica y moral que quizá no padezca en esa magnitud un hombre-padre.- - - - -

----- Por último, señala que se conculca el derecho constitucional a la libertad y dignidad, ya que la pena debe limitarse a la restricción de la libertad ambulatoria, sin alterar los demás aspectos de la libertad personal. Reitera que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica y su capacidad de derecho, a un poder de disposición y un área de intimidad, e insiste en que la suspensión de la responsabilidad parental atenta contra el principio de igualdad. Además, afirma que no debe desconocerse que la ejecución de la pena privativa de la libertad tiene como fin la resocialización del condenado, y cita normativa que contempla tales derechos.- - - - -

-

----- Por todo lo expuesto, solicita el rechazo del recurso y la confirmación de la sentencia impugnada.- - - - -

-----5.- Análisis y solución del caso:- - - - -

-----5.1.- Una atenta lectura de la decisión impugnada, que declara la

inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal, permite advertir que el a quo utilizó la herramienta

///13.- jurídica más extrema que tenía a su alcance sin brindar fundamentos de suficiente peso jurídicos ni fácticos- que permitieran evidenciar que la medida adoptada era imprescindible en el caso.- - - - -

----- Resulta importante recordar, antes de ingresar al análisis de lo decidido, que este Superior Tribunal ha reiterado que “la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional al que solo puede recurrirse como última ratio del sistema (Fallos 322:1349)” (Conf. Se. 206/12 STJRNSP, entre otras).- - - -

----- Ha explicado además que “\no se encuentra en crisis la circunstancia de que cualquier Juez de la República pueda y deba- ejercer el llamado control de constitucionalidad o de convencionalidad de las normas, incluso de oficio, en cada caso concreto en que le corresponda decidir, pero también resulta necesario recordar que toda declaración de inconstitucionalidad de una norma que pudiera surgir luego de efectuado dicho control- debe ir acompañada de una adecuada y exhaustiva fundamentación, que permita descartar previamente todas las interpretaciones posibles de la norma cuestionada que pudieran implicar la compatibilidad de ella con la normativa supralegal y así confirmar su validez. Ello porque tal declaración de inconstitucionalidad resulta «... la `última ratio´ del sistema pues `la inconsecuencia o la falta de previsión jamás se supone en el legislador...´» (Se. 98/03 y Se. 169/03 STJRNSP, entre otras)....- - - - -

- -

----- “\En efecto, este Superior Tribunal ya ha sostenido reiteradamente que «la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional y debe ser

///14.- considerado como una última ratio de orden jurídico, por lo que cabe agotar todas las interpretaciones posibles antes de concluir en un pronunciamiento de ese tenor. La postura contraria 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 (CSJN, Fallos 226:688 y 314:438, entre otros)» (Se. 125/06 y Se. 133/06 STJRNSP, entre otras).- - - - -

----- “\Ese criterio ha sido afirmado de manera enfática por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha reiterado recientemente que «la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado

como ultima ratio del orden jurídico, por lo que requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto y sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional (conf. Fallos: 325:1922 y 330:855 y 5345, entre muchos otros)» (CSJN in re «CHEVRON SAN JORGE S.R.L.», C. 2126. XLI., sentencia dictada por unanimidad-el 01/11/11, considerando 10)\” (Conf. Se. 195/12 STJRNSP, con cita de la Se. 25/12 STJRNSP).-----

----- También ha especificado que se trata de “una herramienta que, por la gravedad institucional que conlleva, debe ser utilizada por los jueces de modo extremadamente prudente y fundado, por constituir la última ratio del

///15.- sistema, de modo que no puede ser decretada de manera eventual o abstracta ni con efectos meramente declarativos, sino cuando sea estrictamente necesaria y conducente para la resolución de la injusticia de un caso concreto” (Se. 76/12 STJRNSP).-----

-----5.2.- Ingresando en el análisis de la resolución impugnada, se advierte, en primer lugar, que el señor Juez de Ejecución no explica ni lo argumenta la defensa y menos aún se encuentra acreditado en el expediente- qué perjuicio concreto le estaba ocasionando a la condenada la aplicación de la norma tachada de inconstitucional o qué derecho o facultad se le estaba cercenando en ese momento que ameritara tan extrema decisión; además, no se demuestra que esa solución fuera la única forma de garantizar los derechos de la causante A.L.------

----- Así, no existe ningún argumento concreto que tienda a fundamentar tamaña decisión en alguna constancia de la causa, o que vincule los argumentos jurídicos proclamados por el magistrado con lo actuado en el expediente. Concretamente, la única referencia a la situación de L. que se efectúa en la sentencia puede leerse a continuación de la mención de la jurisprudencia invocada por la Fiscalía de Cámara, que establece que se trata de una incapacidad de hecho relativa, para ejercer ciertos actos, que tutela los derechos de los sujetos pasivos de la patria potestad y del mismo penado en torno a la temática de los bienes. Allí, el magistrado expresa: “¿De qué vale nombrar un curador a la Sra. L. si luego se le da participación en todo lo relativo a las cuestiones fundamentales que hacen al

///16.- ejercicio de la patria potestad?------

----- “L. pretende mantener en algún grado el ejercicio de la patria potestad sobre su hijo: ejercicio que se asemejará al de un padre no conviviente, pues se encuentra privada

de la libertad, pero que renace como el propio fallo lo reconoce en innumerables casos, existiendo formas más sencillas de proteger al interno que nombrándole un curador” (fs. 7 y vta. de este incidente).- - - - -

----- El primer párrafo citado es bastante confuso: pareciera que el magistrado entiende que el nombramiento de un curador (que en la causa, vale la pena recordarlo, había sido expresamente sugerido por la Defensoría de Menores e Incapaces -conf. fs. 199 del incidente de ejecución-) no impide que la nombrada participe de cuestiones relacionadas con el ejercicio de la patria potestad, sin que se advierta con claridad si acuerda o no con ello. Podría razonarse, por la conclusión a la que arriba en su sentencia, que el señor Juez de Ejecución no está de acuerdo con la designación de un curador para la condenada; sin embargo, el párrafo aludido también permite concluir que, se efectúe o no tal designación, la madre puede ejercer igualmente, de hecho, cuestiones relativas a su patria potestad con respecto a su hijo. De esto último puede concluirse que la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 del código sustantivo no solo no sería imprescindible, sino que ni siquiera sería necesaria, al menos con respecto al ejercicio de esos derechos de la condenada.- - - - -

----- El segundo párrafo también es llamativo, ya que admite, por un lado, que L. se encuentra en una situación

///17.- fáctica particular (privación de libertad) que no le permitirá ejercitar su patria potestad de modo pleno, y la asemeja a un “padre no conviviente”. Se trata de un argumento fáctico fuerte, que va en dirección contraria a la argumentación que desarrolla el magistrado en el resto del fallo de modo genérico, ya que precisamente ese dato de la realidad respalda la tesis no compartida por el sentenciante- que reconoce en el encierro, mientras dure, la causa de la limitación fáctica que impide el ejercicio de los derechos contemplados en la norma cuestionada.- - - - -

----- El Juez también agrega que existirían “formas más sencillas de proteger al interno que nombrándole un curador”, aseveración que da lugar a algunos cuestionamientos.- - - - -

----- En primer lugar, un dato no menor es que implícitamente está admitiendo que la designación de un curador es un modo de protección, entre otros que serían posibles.- - - - -

----- Observo, además, la manifiesta falta de fundamentación del punto, dado que el a quo no justifica a qué otras formas de protección hace referencia, supuestamente más sencillas, que habrían sido dejadas de lado en el caso.- - - - -

----- A ello se suma que no advierto que la supuesta complejidad de la opción de protección que adoptó el legislador pueda ser óbice suficiente para dejarla de lado, privilegiando otras supuestamente más sencillas que no solo no se mencionan en la decisión, sino que tampoco se alegan las supuestas ventajas que ameritarían darles preferencia (por ejemplo, su mayor efectividad, etc.).- - - - -

///18.-- Lo expuesto pone en evidencia que el magistrado opta por fulminar la validez constitucional de la norma aludida sin la prudencia requerida para dictar este tipo de pronunciamientos, pues no explica las razones que lo llevan a acudir a tan extrema medida, máxime cuando dio a entender que podría haber otras posibles, que tampoco detalla.- - - -

-----5.3.- Pero la falta de fundamentación demostrada guarda relación con otro aspecto que también evidencia la innecesariedad de acudir a la última ratio del sistema en este caso. Se trata, valga la redundancia, de la inexistencia de un verdadero “caso” o controversia, en el sentido de que ni de lo argumentado en la sentencia ni de las constancias del expediente surge que la aplicación de la norma estuviera obstaculizando directamente el ejercicio de algún derecho a la condenada, que las accesorias dispuestas en esa norma la estuvieran perjudicando de algún modo en ese momento y que por ello el magistrado debiera no solamente intervenir en resguardo de sus derechos, sino hacerlo imprescindiblemente de ese modo para modificar alguna situación violatoria de derechos. Nada se dice en ese sentido ni se desprende de la lectura del incidente de ejecución.- - - - -

----- Resulta necesario aclarar que es cierto que hay diversos escritos de la condenada en los que manifiesta su disconformidad por el escaso contacto con su hijo, dado que su guardadora actual tía del niño- no lo lleva a las visitas, a pesar del compromiso asumido. Se trata de una cuestión que deriva directamente de la situación fáctica de encierro en la que ella se encuentra, con las limitaciones a

///19.- las que alude el magistrado, pero no se comprueba ni se argumenta vulneración jurídica alguna. A ello se suma que la situación de guarda del menor se encuentra tramitando en el fuero de Familia, y que la condenada fue citada oportunamente ante el señor Juez de Familia doctor Víctor Ulises Camperi, quien será el encargado de dilucidar esta temática (fs. 274).- - - - -

----- En otras palabras, la declaración de inconstitucionalidad de la referida norma del Código Penal no es necesaria y, además, resulta abstracta, por ausencia de un caso o controversia judicial que pudiera habilitar su excepcional dictado.- - - - -

----- Al respecto, en la Sentencia 76/12 STJRNSP de este Superior Tribunal, con cita de jurisprudencia anterior y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se ha mencionado que es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones de derechos. También se hizo referencia a que “[e]l meollo de la injusticiabilidad de las cuestiones abstractas radica en varios principios; el primero, que la judicatura sólo administra justicia en causas judiciales; el segundo, que la cuestión abstracta demandaría un pronunciamiento también abstracto, es decir, extraño a un caso real y concreto; el tercero, que las sentencias no pueden ser inoficiosas ni inconducentes; el cuarto, que la pretensión del justiciable que originariamente da sustento a la causa tiene que subsistir al tiempo de resolverla” (conf. Germán J. Bidart Campos, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1987, pág. 151).-----

///20.-- En virtud de lo señalado, el señor Juez de Ejecución no estaba habilitado para declarar la inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal, ya que esa tacha no era necesaria ni conducente para garantizarle a la condenada algún derecho que pudiera habersele restringido, lo cual no fue alegado ni demostrado con arreglo a las constancias del expediente.-----

-----5.4.- Por otra parte, si la temática de la patria potestad se aborda solo de modo genérico en relación con la situación de A.L., con mayor razón se advierte la falta de fundamentación de la inconstitucionalidad declarada en lo que atañe a la administración de los bienes y el derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. Este aspecto también fue incluido en la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal, sin ningún tipo de referencia, ni siquiera genérica, respecto de la situación patrimonial de la condenada. De esta manera, es claro que la decisión impugnada resulta extra petita al incluir el aspecto patrimonial, no invocado ni fundamentado en el caso.- -

-----5.5.- Sin perjuicio de que todo lo expuesto es suficiente para revocar la decisión impugnada, lo cierto es que los argumentos sustanciales esbozados tampoco resultan adecuados, pues no demuestran en absoluto de qué manera las accesorias contempladas en el artículo en cuestión podrían resultar contrarias a los derechos de jerarquía constitucional que se invocan genéricamente en la sentencia.

----- Al hacer referencia al marco normativo (punto II.a de la decisión recurrida), el señor Juez de Ejecución afirma:

///21.- “Siguiendo el bloque convencional/constitucional que la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala como norte, entiendo que las normas respecto de las cuales corresponde confrontar el Art. 12 del Código Penal son las siguientes: art. 18 de la Constitución Nacional, art. 23 de la Constitución Provincial, art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Derecho a la Integridad Personal, Regla 60 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la ONU de 1957 Principio II de los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas.- - - - -

----- “En el caso particular de autos, asimismo, se debe agregar a esta normativa la relativa a menores y padres contenidas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer y la Convención Internacional sobre Derechos del Niño”.- - - - -

----- Sin embargo, a pesar de tal anuncio, en el desarrollo argumental que sigue el magistrado no dedica ningún párrafo a confrontar toda la normativa mencionada con el contenido del art. 12 del Código Penal. Esto es, no existen argumentos en la sentencia enderezados a explicar por qué el a quo considera que esa norma penal contradice cada una de las que enumera al establecer el marco normativo, déficit que se profundiza en algunos casos en que ni siquiera precisa a qué derechos ya que no individualiza artículos- de los

///22.- instrumentos internacionales consignados se está refiriendo (en particular, ello ocurre respecto de los siguientes: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y Convención sobre los Derechos del Niño).- - - - -

----- Solo podría tomarse en consideración un párrafo, también genérico, para intentar vincular el contenido de algunas de las normas referidas por el magistrado justamente las restantes, no las antes reiteradas- con el artículo tachado de inconstitucional, donde establece que “[c]aracterizado el art. 12 del CP como una pena accesoria, este ‘plus’ sancionatorio contrario al sentido resocializador de la pena, afecta la dignidad del ser humano, produce un efecto estigmatizante y carece de relación con el

hecho cometido, por todo lo cual entiendo que la norma es inconstitucional”.- - - - -

- - - - -

----- Sin embargo, el a quo no argumenta ninguna de tales aseveraciones, y menos aún se ocupa de apuntalar sus dichos con alguna referencia concreta del expediente, como podría ser, por ejemplo, que la condenada haya sido víctima de algún tipo de estigmatización.- - - - -

----- Es más, la lectura del legajo de ejecución hace incluso más necesaria la motivación omitida en la sentencia, ya que, por ejemplo, al momento de revocarse la prisión domiciliaria de la condenada decisión no impugnada por la defensa ni por el Ministerio Público Fiscal-, algunas de las

///23.- cuestiones consideradas por el señor Juez de Ejecución fueron precisamente las afectaciones en su proceso de reinserción social y las situaciones de riesgo para el niño, generadas a partir de diferencias entre L. y el padre del menor (conf. fs. 182 y vta. del incidente de ejecución), aunque también se observa la intervención de diversos familiares en el asunto. - - - - -

----- Así las cosas, no advierto cómo podría el encierro, lógica consecuencia de la revocación de la prisión domiciliaria, estar violando ahora el fin resocializador de la pena, el que, según el Juez, sí se vio afectado cuando estaba en libertad.- - - - -

- - - - -

----- Tampoco aprecio alguna posible afectación a la normativa “relativa a menores y padres” invocada sin más precisiones por el magistrado, cuando él mismo tuvo en cuenta las situaciones de riesgo en que se encontraba el niño cuando ambos padres estaban en libertad L. en realidad con prisión domiciliaria-, dado que actualmente ambos se encuentran detenidos.- - - - -

----- Además, el doctor Chirinos no brinda argumentos que permitan comprender qué incidencia habría tenido la cuestión de género en el caso, a la que estima “relevante para la resolución” (fs. 7 y vta.), sin hacer otra referencia a la temática ni vincularla con la situación de L.- - - - -

----- Por otra parte, tampoco explica el señor Juez de qué modo su postura podría favorecer una de las normas que él mismo cita, que justamente establece lo contrario. Me refiero concretamente al Principio II, relativo a la “Igualdad y no-discriminación” de los Principios y Buenas

///24.- Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (Resolución N° 1/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos),

que en su párrafo inicial establece: “Toda persona privada de libertad será igual ante la ley, y tendrá derecho a igual protección de la ley y de los tribunales de justicia. 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” (el subrayado no está en el original). Precisamente esto último es lo que ocurre con los derechos cuyo ejercicio suspende el art. 12 del Código Penal. - - - -

-----5.6.- En relación con el sentido expuesto, se ha explicado que la incapacidad de los penados no es una medida de represión, sino una consecuencia del encierro, y que estos padecen una incapacidad de hecho destinada a proteger a su persona y a su familia. Asimismo, se ha aclarado que la enumeración del artículo es limitativa, por lo que mantienen su capacidad para todos los demás actos de la vida civil. Por otra parte, al vincular el artículo mencionado con el art. 309 del Código Civil, se ha afirmado que la condena a la que alude el Código Penal lleva ínsita la suspensión del ejercicio de la patria potestad (Código Civil de la República Argentina explicado, Tº I, Doctrina, jurisprudencia y bibliografía, dirigido por Rubén Héctor Compagnucci de Caso... [et. al.], Rubinzal-Culzoni, 1ª edición, Santa Fe, 2011, págs. 149 y 830, respectivamente).- - - -

----- Se ha establecido que “es indudable que estamos frente

///25.- a una incapacidad de hecho, habida cuenta de la representación que - para suplirla - prevé la norma penal en examen a través de su remisión a las normas civiles sobre la curatela de los incapaces”. En cuanto a su fundamento, se ha dicho que “[n]uestra doctrina civilista, en seguimiento de la opinión de Orgaz, considera que tal situación tiene como fundamento la necesidad de proveer a la protección del penado y su familia, tanto en el manejo de sus bienes como en las relaciones paterno-filiales, frente a la imposibilidad material en que se encuentra para atenderlo en forma personal y adecuada” (Julio C. Rivera, Instituciones de Derecho Civil. Parte General, Abeledo Perrot, 2010, disponible en <http://www.abeledoperrotonline2.com>).- - - -

----- Si bien existe una postura doctrinaria minoritaria, civil y también penal, que entiende que su fundamento sería de carácter punitivo, en función de la gravedad de la condena, lo cierto es que, como lo ha explicado Soler, la ley contempla una situación de hecho que acarrea el encierro, y menciona que la intención del legislador es de naturaleza tutelar (con cita de la exposición de motivos de la Comisión especial de Diputados, que dice además que no es una pena, sino un accesorio indispensable), lo que se suma a que la ley enumera cuáles son esas incapacidades, por lo que se está en

una situación muy distante de las penas infamantes (Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1970, T° II, pág. 400).- - - - -

----- Incluso Zaffaroni, quien no acuerda con dicho fundamento por considerar que se trata de un pena accesoria,

///26.- señala que no caben dudas acerca de que las contempladas en la norma analizada son incapacidades de hecho, esto es, que privan del ejercicio de ciertos derechos, pero no de su goce, concluyendo que se trata de una incapacidad de hecho relativa (Eugenio Raúl Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal. Parte General, editorial Ediar, 1983, T° V, pág. 254.).- - - - -

-----5.7.- Al momento de resolver la cuestión medular del proceso (recuerdo: limitaciones al ejercicio de la patria potestad por parte de la Sra. A.M.L. respecto de su hijo menor de edad L.G.K, por aplicación del art. 12 segundo párrafo del Código Penal), traigo a colación también que, de acuerdo con la norma del art. 264 del Código Civil, la patria potestad no solamente es fuente de “derechos” a favor del progenitor, sino también de “deberes” (al texto de dicha disposición me remito, en mérito a la brevedad). Dichos deberes, a su vez y tal como sucede cuando alguien es deudor de alguna obligación, generan derechos a favor del acreedor de aquellos; en el supuesto de las obligaciones generadas por la patria potestad, el acreedor de las acciones concretas que correspondan es el hijo.- - - - -

----- En autos, aun teniendo en cuenta el preciso objeto de litigio que, deliberadamente, he recordado en el párrafo anterior, advierto que ninguno de los anteriores operadores judiciales que han intervenido en el tema ha tenido en cuenta al acreedor de las obligaciones que la señora A.M.L. tiene por “responsabilidad parental”, y que es su hijo L.G.K., aspecto que, a mi humilde entender, también debe ser ponderado al momento de decidir desde este Superior

///27.- Tribunal de Justicia. En efecto, no podría adoptarse una decisión en esta causa sin dejar de tener en cuenta que es derecho positivo nacional, con jerarquía constitucional, la Convención sobre los Derechos del Niño, que específicamente establece que los tribunales deben considerar de modo primordial el interés superior del niño en todas las medidas que les conciernan, especificando incluso que se debe asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, deberán tomarse todas las medidas legislativas y administrativas

adecuadas (conf. art. 3.1 y 3.2).- - - - -

----- Además, en aplicación positiva de ese tratado, se ha dispuesto normativamente que, “[c]uando exista conflicto entre los derechos e intereses de niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros” (cfme. Art. 3 último párrafo Ley 26061), conceptualización que es también recogida por el art. 10 último párrafo de la Ley D N° 4109 de la provincia de Río Negro. Se trata, en definitiva, de hacer primar hasta en su más pura esencia un principio rector en la materia: el velar por el “interés superior” del niño, niña o adolescente, haciéndolo prevalecer frente a otros intereses, aun legítimos (por ejemplo, los de los padres). En la causa, solo se ha procurado resguardar los derechos de la señora A.M.L. en cuanto a su ejercicio de autoridad materna -derechos absolutamente indiscutibles en cuanto a su necesidad de tutela-, pero ese

///28.- tratamiento no ha tenido en cuenta los derechos del menor L.G.K. que, reitero, es acreedor irrestricto de las obligaciones parentales que frente a él tienen su madre y su padre.- - - - -

----- En el marco de lo preexpuesto, fácil es advertir que un padre o una madre -como en el caso- que se encuentra privado de su libertad ambulatoria por el Estado tiene serias e inocultables limitaciones en cuanto a poder cumplir materialmente con esas obligaciones y en los múltiples aspectos que conlleva la vida de una persona -en general- y de un niño -en particular-. Aparece como una quimera que, declarada eventualmente la inconstitucionalidad parcial del art. 12 del Código Penal, se produzca una mutación tal, desde lo fáctico, que le permita a la señora A.M.L. cumplir cabalmente con todos los simples actos materiales o los complejos actos jurídicos que haga necesario concretar el débito que frente a su hijo tiene por imperio del art. 264 del Código Civil, en tanto continúe detenida en un establecimiento de ejecución penal. No pueden caber dudas en cuanto a que la naturaleza jurídica de la suspensión de la patria potestad (suspensión, no pérdida, de acuerdo con el juego armónico del art. 12 del Código Penal con el art. 309 del Código Civil) es la de constituirse en una “incapacidad de hecho relativa”, es decir, una imposibilidad temporal de ejercer por sí mismo ciertos derechos y, como expongo, de cumplir con ciertas obligaciones.- - - - -

----- Entonces, L.G.K. tiene derecho a que se lleven adelante respecto de su persona todos los actos materiales a través de los cuales se efectivicen -en la mayor plenitud y

///29.- en la medida de lo posible- las obligaciones que sus padres tienen a su respecto por imperio de la patria potestad. Ese derecho del menor debe primar sobre los intereses

de su madre y de su padre, por imperio constitucional (cfme. arts. 75.22 C.Nac. y 3.1. CDN). Y, en lo que aquí interesa, frente a las limitaciones evidentes que al respecto provoca el estado de detención estatal que pesa sobre su mamá, no cabe sino concluir que un representante legal de aquella debe llevar adelante los actos materiales referidos y que no puedan ser realizados por sí por la señora L. Es incontrovertible la necesidad de dicha representación legal -aun en la hipótesis de declaración de inconstitucionalidad del art. 12 C.P. o, es más, en supuesto de incluso inexistencia de una disposición de ese tipo- pues, de otra manera, nadie estará en condiciones de llevar adelante las conductas a que tiene derecho el menor y, así, se lesionarán -real o potencialmente- los derechos de los cuales es acreedor esa misma persona lo que, a su vez, implicará el no cumplimiento a su respecto de las normas constitucionales y de inferior jerarquía que antes he traído a colación, hecho que no puede ser permitido por ningún juez.- - - - -

----- En apoyo al orden de ideas que vengo exponiendo, destaco la opinión de Borda (Tratado de Derecho Civil. Parte General, La Ley, 13ª edición, Tº I, pág. 522), en cuanto enseña: “Se discute en doctrina cuál es el fundamento de la incapacidad civil de los penados. Según una primera opinión, la interdicción sería una pena accesoria de la principal. Esta concepción, que es un resabio de la muerte civil que se

///30.- imponía a ciertos condenados, ha sido sostenida por algunos tratadistas nacionales y por la mayor parte de los franceses. Según otra teoría, francamente prevaleciente en nuestro derecho, la interdicción de los penados obedecería a un propósito tuitivo que no solamente tiene en mira al condenado, sino también a su familia. Por nuestra parte, adherimos sin vacilación a esta última doctrina. La interdicción para realizar ciertos actos y la imposición de un curador, no son sino la consecuencia necesaria de la imposibilidad de hecho en que se encuentra el recluso para atender con eficacia sus intereses y para desempeñar normalmente la patria potestad”. Finalmente, hago mía aquella jurisprudencia que ha considerado, mutatis mutandis, que “[l]a suspensión en el ejercicio de la patria potestad no es una sanción al progenitor que incumple sus deberes familiares, sino una disposición que protege al menor” (Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de San Isidro Sala I, causa “B. de H., A. G. c. H. J. C.”, sentencia del 03/12/87, Rep. LL XLVIII-1232, sum. 9, DJ 1988-593).- - - -

-----6.- En definitiva, cabe concluir que la sentencia impugnada, además de resultar inconducente por inexistencia de un “caso” o controversia en los términos antes referidos, no demostrar el perjuicio ocasionado a la condenada e incluso resultar ultra

petita respecto de la temática patrimonial que incluye, no contiene argumentos suficientes que permitan demostrar que pudiera existir alguna incompatibilidad del art. 12 del Código Penal con las normas de la Constitución Nacional, la Constitución Provincial o los instrumentos internacionales que invoca, y menos aún

///31.- evidencia la necesidad de acudir a la solución extrema que propone, más precisamente, la última ratio del sistema, es decir, la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma.- - - - -

----- Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de casación deducido por la señora Fiscal de Cámara y revocar la sentencia impugnada. MI VOTO.-

- - - La señora Jueza doctora Liliana L. Piccinini dijo:- - - - -

----- He de adelantar mi coincidencia con las medulosas consideraciones y la propuesta realizada por el señor vocal que me precede en el orden de votación. Dicha coincidencia, tanto con el escrutinio de las actuaciones, la ponderación de los agravios y las razones dadas para arribar a la conclusión de que corresponde hacer lugar al recurso impetrado y revocar la sentencia en crisis, en rigor de verdad, bien me eximirían de aportar mayores fundamentos.- -

----- Sin embargo, la temática traída a conocimiento y decisión de este Cuerpo por vía casatoria, en la que se han alegado cuestiones tan caras y tan graves, como lo son: el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, la trascendencia de la pena, la cuestión de género; motivan a la suscripta a realizar algún aporte, con sincera intención clarificadora y además- en cumplimiento de la acabada función jurisdiccional, de colocar las cuestiones tratadas en su justo eje, evitando ulteriores desinterpretaciones que coloquen rótulos, tanto a los funcionarios del Ministerio Público que han intervenido, como a los Jueces, separándolos en bandos (progresistas y retrógrados/ respetuosos de los derechos humanos y desconocedores de los mismos, entre otras

///32.- calificaciones posibles).- - - - -

----- De manera tal que, la cuestión liminar, a los fines de sopesar el recurso incoado por el Ministerio Público Fiscal, y contrarrestado por el Ministerio Público de la Defensa, se finca en la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal, tal lo declarado por la sentencia del Juez de Ejecución traída a recurso.- - - - -

----- Previo a lo cual, no estará de más apuntar que en nuestro sistema de control de constitucionalidad, advertida la grosera inconstitucionalidad de una norma, por afectación de garantías consagradas y de naturaleza pétrea; hallase facultado cualquier

Juez a declarar la trasgresión de la Carta Magna en el caso concreto. Ello así, conforme lo claramente admitido por el cimero Tribunal de la Nación (in re: “MILL DE PEREYRA” en el año 2001 y más recientemente en autos “RODRÍGUEZ PEREYRA”, del 27/11/2012, que trae a colación el precedente “MAZZEO”, en el que habría enfatizado el control de convencionalidad).- - - - -

----- Dicha potestad, en lo referente al control relativo a nuestra Carta Provincial, fue dada a la luz mucho antes merced a lo dispuesto en su art. 196, que reconoce que dicho control pueda ser ejercido a petición de parte o de oficio por los magistrados, en juicio ordinario, quedando reservada la competencia originaria y exclusiva atribuida al Superior Tribunal de Justicia por el art. 207 del mismo plexo constitucional. Sistema que da acogimiento tanto al control difuso como al concentrado, deviniendo en un sistema mixto de control.- - - - -

///33.-- En este sentido se ha señalado: “El control de constitucionalidad debe someterse a ciertas reglas procesales y de fondo que han sido elaboradas por la jurisprudencia y la doctrina, aportándole modalidades de ejercicio; entre ellas, el principio de que quien alega la inconstitucionalidad debe probarla; que la declaración sólo procede cuando es absolutamente precisa, como última ratio del ordenamiento jurídico; que -en la medida de lo posible- las normas han de ser interpretadas en el sentido más favorable a su validez; y que no debe atribuirse a las mismas una inteligencia que trabe el ejercicio eficaz de las potestades de gobierno (Oyhanarte, Poder Político..., pág. 78, citado en Se. 10/04 STJRNSP). A lo que cabe agregar, que siempre es deber y facultad del Juez, frente al caso concreto. Nunca en abstracto.- - - - -

----- Así, lo primero que debe advertirse, tal como lo ha expuesto el colega preopinante, es que el Juez de Ejecución no estaba frente a un caso concreto que mereciera el análisis del prenotado art. 12 del Código Penal. Pues de la incidentación del cumplimiento de la pena que viene sufriendo la condenada, no surge -siquiera tímidamente- que fuere necesario transitar por el tamiz de la constitucionalidad de la normativa de fondo (léase art. 12 C.P.). Antes bien, para el observador atento de los avatares procesales de dicha ejecución, se ofrece como probable la construcción premeditada de determinadas circunstancias que permitiesen generar la apariencia del caso, a manera de experimentación. Lo cual, de verificarse, sería sumamente grave y a la vez desalentador para quienes nos manifestamos

///34.- deseosos de contar con una Magistratura aggiornada y consciente de sus potestades y de operadores del sistema en general, que breguen por la aplicación del

derecho como aportante de la mayor felicidad para el mayor número de individuos.- - -

----- Adviértase que la condenada se encontraba cumpliendo su condena en prisión domiciliaria y, ante situaciones violentas sufridas en dicho contexto, y presuntos desbordes de orden psicológico que indicarían posibilidades de autoagresión (fs.166), el Juez de Ejecución en lugar de dar intervención la autoridad sanitaria a los fines concretos de atención de la salud (léase: Hospital público/Área Salud Mental) y la evaluación de internación en ese ámbito, optó por trasladarla al establecimiento conocido comúnmente como “El Maruchito”. También, nótese que la propia interna fue quien solicitó que su pequeño hijo no permanezca con ella en el encierro, aduciendo que merecía jugar y disfrutar del medio libre. Lo cual, sin ningún otro tipo de intervención por parte de los operadores del sistema, le fue dado, disponiendo el mismo Juez de Ejecución, una guarda de hecho a favor de la tía paterna. Huelga decir que no resulta ser de su esfera competencial la definición de tales cuestiones. Finalmente, asido de un dictamen de la Defensoría de Menores, que mencionó la mágica palabra (“curatela”), otro operador del Ministerio Público de la Defensa en representación de la condenada, efectuó la presentación que encabeza este incidente, sin que de la misma surgiera el caso concreto.- - - - -

----- Por consiguiente, al análisis efectuado por el señor

///35.- Juez doctor Sergio Barotto, al que como ya adelanté adhiero, solo me permito variar el orden, en punto a lo siguiente: 1) no existía caso concreto sobre el cual pronunciarse en relación a la constitucionalidad y control de convencionalidad del art. 12 del Código Penal; luego- y por esa misma razón- el fallo carece de fundamentación lógica, razonada y legal. Ello es de por sí suficiente para descalificar la obra jurisdiccional, en tanto no ha sido fruto de la razonada aplicación del derecho. (art. 200 C.Prov.).- - - - -

----- Ciertamente es que no luce en la sentencia en crisis, una sola mención de los artículos que, adaptados al caso, demuestran la vulneración de las garantías que el derecho supranacional protege. Ello evidencia que no cumplimentó el sentenciante una de las premisas principales para proceder al dictado de tan trascendente determinación; esto es que, no cabe formular la inconstitucionalidad sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados, tal como antes se expresara.- - -

----- Entre los aparentes fundamentos del decisorio, algunos claramente

autocontradictorios, como lo pone en evidencia el voto precedente, el sentenciante ha declamado que existen “formas más sencillas de proteger al interno que nombrándole un curador” (fs. 7 y vta. de este incidente), sin arriesgar el anuncio de cuáles son las formas más sencillas. A lo que debe señalarse, que una de las más simples formas de permitir el ejercicio de los derechos y el verdadero acceso a justicia, es que las pretensiones del justiciable (aún del

///36.- privado de libertad, como en el caso) se canalicen y sean resueltas por los magistrados competentes y además- que los magistrados incompetentes realicen las acciones positivas y conducentes para que las cuestiones sean derivadas a quien tiene imperium en razón de la materia para decidir; evitando obstáculos, intromisiones, desgastes jurisdiccionales, expectativas infundadas y si se quiere- porque de ello se trata, evitando reales mortificaciones.- -

----- Ya la Fiscalía de Cámara al contestar el traslado que se le confirió ante la original petición de la Defensa de la condenada, habría deslizado la “singular” participación del magistrado realizando medidas ajenas a las estrictamente relacionadas con la ejecución de la pena. A lo cual se suma que la petición de la Defensa (fs.1/2 de este incidente) no alude, siquiera tangencialmente, a la problemática que aqueja a su asistida. Por lo que su libelo, bien podía servir para impetrar los derechos y su ejercicio tanto de Ana, como de Alicia o María. Es decir, de toda cuanta mujer privada de su libertad y madre existiere.-

- - - - -

----- Dogmático y genérico planteo, que sumado a la falta de autosuficiencia del presente incidente y a la decisión también genérica y dogmática traída a examen, ha motivado que este Cuerpo deba solicitar el incidente de ejecución de pena, para lograr conocimiento, previo a resolver.- - - - -

----- En otro orden, pero también relacionado con la competencia y el imperium del magistrado, es menester tener en cuenta que la pena cuya ejecución se controla, ha sido impuesta por otro Tribunal, la misma se encuentra firme, por ende, con fuerza de cosa juzgada. Esa condena impuesta por

///37.- el Tribunal de mérito que juzgó a A.L. y le impuso pena de prisión, accesorias legales y costas, es inmutable, salvo recurso de revisión. Debiendo aclararse que contra la misma, antes de su firmeza, también pudo resultar admisible el recurso de inconstitucionalidad. Como también loable, en el ejercicio de la defensa a ultranza, hubiere sido incorporar en el alegato o conclusiones finales de la Defensa frente al Tribunal de mérito, hasta de modo subsidiario, el reclamo de aplicación de los

principios de proporcionalidad y trascendencia mínima de la pena. Asimismo, y de compartirlo la Jefatura del Ministerio Público de la Defensa de Río Negro, cuadraría tener presente la recomendación de la señora Defensora General de la Nación, en cuanto ha instruido a los Defensores Públicos para que arbitren los medios necesarios para evitar la aplicación genérica y automática del art. 12 del Código Penal; actividad que -agrego y reitero- debe ser impetrada ante el Juzgador sentenciante e individualizante de la pena a imponer. Justamente, porque de compartir lo expresado por el Juez de la Corte Suprema, doctor Eugenio Raúl Zaffaroni, en la invocación del principio de proporcionalidad mínima entre injusto y pena, estará la llave de bóveda que permita a los Jueces ponderar (no automáticamente) sino sobre el caso concreto, que dicha incapacidad opere únicamente cuando se vincule con la naturaleza del hecho reprochado y no a toda cuanta transgresión al orden, que sea merecedora de pena mayor de tres años de encierro.- - - - -

----- Todo ello se menciona para evidenciar que en el sub examine nos encontramos ante una declaración de

///38.- inconstitucionalidad sin base concreta, que en modo alguno modificará, ni el mandato jurisdiccional ya dado en la condena firme, ni la vida de la condenada, tanto menos contribuirá al desarrollo y el cuidado del niño. En cuanto a este último sujeto de derechos, en quien repercute y trasciende el encierro de su madre, tal como el vocal preopinante lo resaltara, también existe normativa supraconstitucional a considerar, lo cual parece haber obviado la Defensa.- - - - -

----- Por último, cierto es que el Estado debe asumir la posición de garante frente al aseguramiento de los derechos de la persona privada de libertad, tal como lo remarca la señora Defensora General en su presentación, garantizando a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que, bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquellos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad. Como también cierto es que, la Defensa Pública está conformada por funcionarios/abogados del Estado, que brindan la asistencia técnica en los términos del art. 18 de la Constitución Nacional, y si para lograr (garantizando) -en el caso concreto- que su pupilo pueda hacer valer su disenso o su conformidad, venciendo la “capacidad relativa” que lo inhabilita para comparecer libremente a los estrados naturales, en los que pueda desconocerse o soslayarse su condición de madre, por el simple hecho del encierro; la herramienta está dada en el nombramiento de un curador. Sin ingresar en el debate

doctrinario en el que se discute si es o no interdicción

///39.- autorizada, si se está ante una medida de tutela o ante una pena accesoria; porque el hoy, aquí y ahora impone al Estado (y a sus operadores) “garantizar”, entonces el Estado cumple y garantiza el ejercicio de los derechos de la progenitora a que su voz y opinión sea considerada, merced a la actuación eficaz de la Defensa que procura el acceso a justicia. Máxime cuando, estando al Código de Procedimiento Civil y Comercial (art. 776), ello se logra sin forma de juicio- y a solicitud del Ministerio Público. A lo que se agrega que el art. 480 del Código Civil otorga al curador la condición de tutor de los hijos menores del sometido a curatela.- - - - -

----- En definitiva, retornando a lo inicialmente advertido, en el sub examine se advierte la inexistencia de caso que amerite el control de constitucionalidad, a lo cual se agrega la ausencia de fundamentación razonada y legal del resolutorio en crisis; razones estas más que suficientes para revocar íntegramente la sentencia traída a recurso. MI VOTO.-

----- Los señores Jueces doctores Ricardo A. Aparcian y Enrique J. Mansilla dijeron:- - - - -

----- Adherimos al criterio sustentado y a la solución propuesta por los doctores Sergio M. Barotto y Liliana L. Piccinini y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.- - - - -

- El señor Juez subrogante doctor Francisco Antonio Cerdera dijo:- - - - -

----- Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que me preceden en orden de votación, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -

///40.-

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

RESUELVE:

Primero: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a

----- fs. 12/17 de las presentes actuaciones por la señora Fiscal de Cámara doctora Laura Pérez.- - - - - Segundo: Revocar la sentencia dictada el 4 de abril del

----- corriente en estos autos por el titular del Juzgado de Ejecución Penal N° 10 de

General Roca.- - - - - Tercero: Registrar, notificar y oportunamente devolver los

----- autos.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 8

SENTENCIA: 140

FOLIOS: 1552/1591

SECRETARÍA: 2