

/// la Ciudad de Buenos Aires, a los 27 días del mes de abril del año dos mil doce, se reúnen los miembros de la Sala Tercera de la Cámara Federal de Casación Penal, doctores Eduardo R. Riggi, Liliana E. Catucci y Raúl R. Madueño bajo la presidencia del primero de los nombrados, asistidos por el Prosecretario de Cámara, doctor Walter Daniel Magnone, para dictar sentencia en la causa n° 13.452, caratulada: "Balbi, Federico Bienvenido y otros s/recurso de casación". Representa al Ministerio Público Fiscal el señor Fiscal General, doctor Raúl Omar Pleé, y las defensas oficiales de los procesados Federico Bienvenido Balbi, Rodolfo Jesús Villafañe y Nélide Alejandra Castro, a cargo de la Dra. Eleonora Devoto, y la de José Alberto Colazo, Dra. Mariana Grasso.

Efectuado el sorteo para que los señores Jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden: Catucci, Madueño y Riggi.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

La señora Juez, **Dra. Liliana E. Catucci**, dijo:

PRIMERO

Las presentes actuaciones llegan a conocimiento de este Tribunal a raíz de los recursos de casación interpuestos, *in pauperis forma*, por el procesado José Alberto Colazo fundado por la Defensora Pública Oficial Dra. Matilde Bruera (fs 2043 y 2082/2090); por el Dr. Martín Andrés Gesino, asistente estatal de Federico Bienvenido Balbi, Rodolfo Jesús Villafañe y Nélide Alejandra Castro (fs. 2058/ 2072); y por la Fiscal General (fs. 2073/2078 vta.), contra la declaración de inconstitucionalidad del artículo 12 del

Código Penal declarada por mayoría por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Rosario (fs. 2008/2034), que además **CONDENÓ**, en lo que aquí interesa, a Federico Bienvenido Balbi, a la pena de **cinco años y seis meses de prisión**, multa de mil pesos (\$ 1000), accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5°, inc. "c" de la ley 23.737); a José Alberto Colazo a la pena de **cinco años de prisión**, multa de quinientos pesos (\$ 500), accesorias legales y costas, como coautor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5°, inc. "c" de la ley 23.737); a Rodolfo Villafañe a la pena de **cuatro años de prisión**, multa de cuatrocientos pesos (\$ 400), accesorias legales y costas, como coautor penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5°, inc. "c" de la ley 23.737); a Nélide Alejandra Castro a la pena de **tres años de prisión**, en suspenso (art. 26 del Código Penal), al cumplimiento de determinadas reglas de conducta (art. 27 bis del cod. cit.) multa de trescientos pesos (\$ 300), accesorias legales y costas, como partícipe secundaria (art. 46 del C.P.) penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5°, inc. "c" de la ley 23.737).

Concedidos por el a quo los remedios intentados a fs. 2092/vta., el Fiscal General y las asistencias estatales los mantuvieron en esta sede a fs. 2113, 2114 y 2116, respectivamente.

Dada la extemporaneidad de la defensa particular de Antonio Tomás García y Pedro Daniel Aguilar para mantener el recurso de casación, fue declarado desierto por esta Sala (cfr. fs. 2126).

Durante el término de oficina, la Dra. Devoto, Defensora Pública Oficial y el Dr. Pleé, Fiscal General ante estos Estrados, ampliaron fundamentos (fs. 2130/2132 vta. y 2135/2142).

Celebrada la audiencia prevista por el artículo 468 del Código Procesal Penal de la Nación, el expediente quedó en condiciones de ser resuelto.

SEGUNDO:

Las defensas oficiales, introdujeron los agravios que se detallan a continuación, a tenor de ambos incisos del art. 456 del C.P.P.N. e hicieron reserva del caso federal (art. 14, de la ley 48).

Señalaron que el tribunal oral valoró de manera arbitraria la prueba, lo que denota la falta de fundamentación del fallo (art. 123 del C.P.P.N.), con afectación de las garantías de defensa en juicio y debido proceso legal.

a. La defensa oficial de Federico Bienvenido Balbi, Rodolfo Jesús Villafañe y Nélide Alejandra Castro, cuestionó la sentencia impugnada por haber basado la reconstrucción histórica de los hechos en las constancias escritas de la instrucción policial, emanadas de los propios interesados en el resultado, sin control judicial, ni de la defensa.

Criticó la incorporación por lectura de esos partes prevencionales que no pueden equipararse a una declaración testimonial (art. 391 del C.P.P.N.) y

carentes, por ende, de previsión normativa. Agregó que tampoco fueron ordenados judicialmente y en la etapa del juicio sólo se los ratificó.

Si bien no discutió la realidad de los allanamientos y del material secuestrado, señaló que la responsabilidad atribuida a Nélide Castro se sustentó en el procedimiento llevado a cabo en el kiosco de la calle Independencia 2345 de Villa Constitución, provincia de Santa Fe, sin que su asistida tuviera vinculación alguna con los elementos allí encontrados, hipótesis no soportada por prueba alguna; sólo se vio comprometida por ser pareja de José Alberto Colazo.

Asimismo, puso en duda la declaración del testigo Reche por haber hecho una descripción física ambigua de la habitante de la calle San Luis 11, y distinta de la realizada por la oficial Pait. Puso de manifiesto que Castro nunca fue vista en el kiosco donde fue hallado el estupefaciente.

Finalmente entendió que debía anularse la sentencia y absolver a su defendida.

Con relación a la pena aplicada a la encartada cuestionó el impugnante la ausencia de la significación jurídica de agravante de la extensión del peligro causado o de la naturaleza de los medios utilizados.

Respecto de Rodolfo Jesús Villafañe indicó que el nombrado nunca figuró en los partes policiales y que no se valoró la posibilidad de que su presencia en el lugar el día del allanamiento hubiera devenido de ser comprador ocasional o consumidor.

En relación a Federico Bienvenido Balbi, manifestó que no surge que estuviera involucrado en las

maniobras de comercio de estupefacientes de las testimoniales ni de los respectivos partes.

A su vez, en punto a la calificación escogida por el tribunal a quo, remarcó la falta de evaluación de las hipótesis ensayadas por la defensa en cuanto a que pudo tratarse de una tenencia simple o en subsidio una facilitación del lugar para que un tercero comercie (art. 10 ley 23.737).

Puso de resalto que el órgano jurisdiccional le aplicó a Balbi una pena superior a la solicitada por el fiscal de juicio que había sido de cinco años e impulsó la aplicación del mínimo legal.

Puso reparos acerca de que el dinero decomisado en su domicilio y el de la cuenta bancaria proviniera de las ganancias de la actividad ilícita, pues no existían pruebas determinantes de esa afirmación.

Sobre la base de lo expuesto la defensa oficial solicitó que se anule la resolución, y en subsidio, que se absuelva a sus defendidos.

b. La asistencia estatal de José Alberto Colazo fincó su agravio en la arbitraria valoración de la experticia, por haber sido realizada en violación al art. 258 del código de rito, por no haberse notificado a la defensa habiéndose privado en consecuencia de ejercer el debido control.

En subsidio, acotó que la cantidad de material estupefaciente secuestrado no era significativa porque estaba mezclada con otras sustancias no estupefacientes, a punto de que menos del 10% de las bolsitas incautadas alcanzaban la dosis umbral de donde la afectación al

bien jurídico es insignificante si se lo vincula con el comercio del material estupefaciente.

En torno a la pena impuesta a Colazo, la impugnante alegó el apartamiento del mínimo legal de manera arbitraria y sin dar fundamentos válidos, con omisión de considerar que el nombrado carece de antecedentes penales, colaboró con el proceso y tuvo un sincero arrepentimiento, tal como lo demostró en la audiencia de debate.

Pidió en consecuencia que se case la sentencia por error en la interpretación de las pautas que el código de fondo prevé para la individualización punitiva.

c. El representante del Ministerio Público Fiscal de la instancia anterior se agravió de la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 del C.P., por entender que se trata de una incapacidad civil de hecho, que de ninguna manera supone un trato infamante, inhumano e indigno como pretendió la defensa, sino que responde a un fin tuitivo que tiende a paliar la situación de inferioridad del condenado mientras dura el encierro.

En abono de sus dichos citó jurisprudencia del Más Alto Tribunal y de esta Cámara, en el sentido de que el art. 12 del C.P. no conculca los pactos ni las convenciones al que nuestro país adhiere, ni resulta lesivo del art. 18 de la C.N., como se asentó en la sentencia arbitrariamente.

TERCERO:

1. En primer término, cabe señalar que las asistencias estatales no cuestionaron los procedimientos

llevados a cabo por la prevención policial ni los allanamientos ordenados por el juez instructor sino el mérito que hizo el tribunal acerca de los partes policiales que dieron su origen.

El tribunal oral tuvo por cierto que la presente causa resultó de una investigación policial iniciada a raíz de una denuncia anónima, mediante la cual personal de la Dirección General de Prevención y Control de Adicciones de la Policía de la Provincia de Santa Fe y de la Delegación Zona Sur de la Unidad Especial de Asuntos Internos dependientes de la Subsecretaría de Seguridad Pública de la provincia de Santa Fe, realizó una investigación marcando lugares y siguiendo a personas sospechadas de integrar una línea de tráfico de estupefacientes, cuyo líder era Federico Balbi, y Antonio Tomás García (su sobrino) y José Alberto Colazo (su primo) colaboradores.

En el debate el funcionario policial Daniel Giménez declaró que constituido en la ciudad de Villa Constitución corroboró la información que surgía de la mentada denuncia y de las observaciones realizadas sobre los domicilios denunciados, y dio cuenta del desarrollo de "conductas presumiblemente compatibles con las previstas en la ley 23.737". Datos que fueron ampliados por la Inspector Silvina Pait que observó y fotografió una presunta maniobra de compraventa de estupefacientes en el domicilio donde habitaría Colazo -San Luís 11-.

En un nuevo parte, reconocido en el debate por Giménez, se dieron datos de Colazo, se individualizó el automóvil por él utilizado (VW Senda, dominio ABI-440) y se asentó la observación de un gran movimiento de

vehículos y personas que se desplazaban hacia el interior de la mencionada vivienda.

Paralelamente, comenzó una tarea de prevención, a cargo del cabo Valenzuela, ratificada durante el juicio quien dijo que a raíz de otra denuncia anónima se individualizaron dos domicilios de esa ciudad donde se vendería droga y se sindicaron como posibles responsables los parientes conocidos por "gordo Tomaso" y "Balbi", lo que fue corroborado.

Posteriormente, el juez de la causa acumuló los dos expedientes, las pesquisas continuaron y se determinó que la actividad la llevaba a cabo Balbi por medio de parientes y amigos quienes serían los encargados de la comercialización al menudeo de estupefacientes. Mediante los seguimientos se llegó hasta Pedro Daniel Aguilar quien participaría de la actividad ilícita.

A su vez, un nuevo informe, reconocido durante el debate por la Inspector Silvina Pait, dio cuenta que habiendo seguido a Colazo llegó hasta el kiosco de la calle Independencia 2345 en el cual se observó en un breve lapso el "paso de varios masculinos los cuales llamaban y eran atendidos por una mujer a la cual (sic) le daban dinero y ella les entregaba algo que inmediatamente guardaban en el bolsillo y se retiraban del lugar". El informe del 14 de noviembre de 2007 de Asuntos Internos que señaló que "el negocio podría ser una pantalla ya que no tiene ni cantidad ni variedad de mercadería para ofrecer" y refirió la presencia de una mujer que coincidía con las descripciones de quien resultó ser Nélide Castro, esposa de Colazo. Asimismo,

se describieron y se filmaron acciones compatibles con la venta en el lugar de droga (bolsitas que contienen algo blanco en su interior), que los adquirentes llevaban en su puño.

Un informe posterior, reconocido por el Cabo Valenzuela en el juicio, indicó que Tomás García habría trasladado en gran parte su accionar ilícito a otro inmueble de la misma localidad, donde se llevarían a cabo conductas similares compatibles con la venta de material estupefaciente.

A través de la pesquisa policial se determinó que el mencionado kiosco de Colazo era atendido por Carlos A. Galván, y se observó en el lugar la llegada de numerosos jóvenes "quienes pasaban su mano entre las rejas y la retiraban llevando lo comprado en el puño o guardándolo entre sus ropas".

El sentenciante consideró probado que Federico Bienvenido Balbi tenía material estupefaciente (358,032 grs. de cocaína) en su domicilio de la calle Mendoza 881 de Villa Constitución, fraccionado en dos trozos compactos y en "bochitas", listas para su comercialización, importante cantidad de dinero en billetes de baja denominación (\$10.700), una balanza digital marca "Tangent" con restos de cocaína sobre su superficie, una tijera, dos rollos de cinta de embalar color marrón, dos coladores con vestigios de la misma sustancia, e hilo similar al utilizado para atar las bochitas con estupefacientes.

Puso de relieve el fallo el resultado de las investigaciones realizadas por dos divisiones de la Policía Federal de Santa Fe que a través de los

sucesivos partes informativos confirmaban las maniobras de compra venta de estupefacientes en el lugar, probanzas que le permitieron demostrar la ultraintencionalidad de comercio de estupefacientes desplegado por el imputado.

La relevancia de los hechos acreditados y la relación de los coprocesados con ellos asentó la participación de Balbi y de Colazo en ese accionar ilícito.

En relación a Nélide Castro, se evaluaron en el fallo las deposiciones del testigo civil Mauro Reche, remisero al momento de los hechos, quien memoró que al menos en tres ocasiones llevó a Elena Marina Taboada hasta el domicilio de Colazo y Castro, ubicado en San Luís 11, con el objeto de adquirir allí estupefacientes, que vio que la pasajera consumía en el interior del vehículo de alquiler. Acotó que en dos oportunidades vio a Castro hacerle entrega de un envoltorio con sustancia blanca, lo que aunado a la información contenida en los partes de la prevención que la sindicaban como quien atendía el local, preferentemente de día, sumado a la directa observación de haber llevado a cabo maniobras típicas de comercialización de sustancias psicotrópicas cierran el cuadro probatorio. Se agregó que durante la noche era Galván quien atendía el local.

Datos coincidentes con el procedimiento llevado a cabo en el kiosco de la calle Independencia 2345 de Villa Constitución, donde se incautaron 304 envoltorios de cocaína con un peso de 280,007 grs., y dinero de cambio en una bolsa con inscripción

coincidente con la que contenía el material estupefaciente secuestrado.

El órgano de juicio, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, *ut supra* descriptas llegó a la conclusión de que tanto Castro como Galván tuvieron una participación secundaria en los hechos habida cuenta de que dependían de Colazo y su presencia no era imprescindible en el comercio ilícito que se desarrollaba.

La intervención del encausado Villafaña, en el hecho investigado se comenzó a probar a través de las tareas de inteligencia llevadas a cabo en el domicilio de la calle Echeverría 951 donde se comprobó la venta de estupefacientes, actos registrados en las filmaciones del lugar, en las que se pudo observar la llegada de personas que se retiraban instantes después con algo en una de las manos que también se lo llevaban a la nariz. Entre los concurrentes se individualizó a "Tomaso" García, consorte de causa.

Las secuencias del allanamiento quedaron ratificadas en el debate por Salcedo, testigo civil, por el oficial Valenzuela quien identificó a los inculcados y por el oficial Dávalos. Resultado positivo de esa diligencia fue el decomiso del estupefaciente en envoltorios anudados en sus extremos, que contenían una sustancia blanca, que pericialmente se comprobó que era cocaína de 119,707 grs. de peso con posibilidades de ser utilizado en 293,90 dosis umbrales (cfr. fs. 1055/1060).

2. La correcta evaluación de la prueba recogida en el juicio de debate sostiene sin fisura los fundamentos de la sentencia.

En ese juicio de valor tuvieron relevancia las declaraciones del personal policial actuante en las tareas previas y en el allanamiento.

En efecto, el funcionario policial Daniel Giménez, la Inspector Silvina Pait, el cabo Valenzuela y el oficial Dávalos fueron contestes en que la investigación se inició a raíz de sendas denuncias anónimas de narcotráfico, que involucraban a un tal Balbi y a sus parientes cercanos (Tomás García y José Colazo). Se logró identificar a los sujetos sindicados, al igual que sus domicilios y los vehículos con que se movilizaban. También se comprobó que a las viviendas delatadas llegaban individuos que tras realizar con los justiciables las denominadas "transas" se retiraban del lugar. En esos siete procedimientos, debidamente actuados, se pudo incautar gran cantidad de cocaína fraccionada y acondicionada, con claros indicios de un destino de comercialización, finalidad corroborada con la suma importante de billetes de baja denominación también hallados en dichos sitios. De esas diligencias plasmadas en las correspondientes actas dieron cuenta los testigos de actuación, Salcedo y Reche.

En relación al allanamiento realizado en el domicilio de la calle San Luis 11 de Villa Constitución, los testigos civiles Daniel José Luis Retamar y Daniel Eduardo Recalde relataron lo acontecido, ratificaron las actas en todos sus extremos de manera conteste a lo relatado por los preventores, Subcomisario Néstor

Fernández que estaba a cargo del procedimiento, el oficial ayudante Leandro Moreno y la Agente María Aguirre; y respecto al procedimiento hecho en el local de la calle Independencia n° 2345 de Villa Constitución, los testigos Alejandro Ariel Reppupili y Ezequiel Rubén Caggioli, que relataron lo acontecido y de los testigos policiales Mathier y Zárate.

Acerca de la calidad de estupefaciente del material encontrado los peritos químicos intervinientes informaron que se trataba de cocaína con sustancias de corte (cfr. fs. 2015/vta.).

El conjunto de prueba compuesta permitió allegar certeza de la coautoría y responsabilidad de los encartados acerca de la tenencia y la comercialización del material estupefaciente (cfr. fs. 2014/2018 vta.).

Los indicios serios, precisos y concordantes reunidos a lo largo de la pesquisa y evaluados con sujeción a las reglas de la sana crítica establecida en el artículo 398 del Código Procesal Penal afianzan que los coprocesados tenían droga en los domicilios y en el kiosco de uno de ellos y que la vendían a quienes concurrían a comprarla.

Sobre la base de ese marco concordante y contundente de elementos de juicio se acreditó la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, conforme se describió en la pieza acusatoria, de la calidad informada en la peritación química y en cantidad suficiente como para afectar la salud pública.

El control probatorio traído en el fallo descarta su falta de motivación, a la vez que la

arbitrariedad en el razonamiento, defectos aludidos por las defensas oficiales, y deja en evidencia que el pronunciamiento contiene el sustento necesario que posibilitó el examen de razonabilidad.

3. El agravio traído por la defensora oficial Dra. Matilde Bruera a favor de José Colazo, referente a la pretendida nulidad del peritaje practicado sobre el material estupefaciente, carece de asidero pues dicha medida fue notificada a las defensas de los entonces imputados y expresamente se dispuso notificar al defensor oficial de instrucción, sin que se formularan objeciones sobre ella durante el trámite de la causa hasta llegar al juicio de debate.

Se advierte, por otra parte, la poca seriedad del agravio traído por esa parte relacionado con la cantidad de bolsitas cuyo peso coincidía con una dosis umbral. Con sólo recordar que la ley castiga la tenencia de material estupefaciente susceptible de producir dependencia física o psíquica, resulta innecesario dar más respuesta.

Por todo lo que se viene exponiendo deben ser rechazados los recursos de las defensas.

4. Del análisis precedente surge acertada la calificación de tenencia con fines de comercialización de estupefacientes (art. 5º, inc. "C", de la ley 23.737), anticipada en la sede oral y atribuída a los imputados, la que por ende ha de mantenerse incólume.

Cabe recordar que la pena solicitada por la fiscal de juicio respecto de Balbi fue de siete años de prisión por el delito de tenencia de estupefacientes

para comercialización y no cinco como alegó en el remedio incoado (cfr. fs. 1999).

En relación al decomiso dispuesto por el sentenciante del dinero (\$10.853) secuestrado en el domicilio de San Luís 11 y de la caja de ahorros Nro.: 553.122.322/5 de la sucursal Villa Constitución del Banco de la Nación Argentina por la suma de \$110.321 (cfr. fs. 2030 vta.), resulta razonable dado que esa cantidad no se compadece con la actividad declarada por Balbi de hacer changas ni demostró que provendría de otra actividad lícita.

En suma, se han extremado las posibilidades revisoras en este expediente, de conformidad con lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re: "Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa", C. 1757 XL, -causa n° 1681- rta. el 20 de septiembre de 2005.

5. En punto al quantum punitivo impuesto a los encausados es de atender a la valoración que los jueces del tribunal a quo, hicieron de las pautas de mensuración contenidas en los arts. 40 y 41 del C.P., a la luz de los cuales no parece excesivo.

En efecto si bien esta Cámara ha declarado que lo relativo a la aplicación de las reglas de los arts. 40 y 41 del C.P. es materia propia de los jueces de mérito, quienes a ese respecto ejercen poderes discrecionales (Sala I, "Chociananowicz, Víctor M. S/ recurso de casación", causa n° 73, reg. N° 99, rta. el 15 de diciembre de 1993), en la causa "Silva, Gerardo s/ recurso de casación", reg. N° 463, rta. el 4 de mayo de 1995, admitió una excepción al principio general en

aquellos casos en los que se ha incurrido en una arbitrariedad manifiestamente violatoria de la garantía de defensa en juicio.

No se advierte, por cierto, que en el caso presente se hubiera incurrido en tamaño vicio descalificante del pronunciamiento, desde que los señores jueces a quo han efectuado un examen pormenorizado de las circunstancias agravantes y atenuantes que militan en la elección del monto sancionatorio, con ajuste a las pautas que impone considerar el art. 41 del Código Penal.

Al individualizar la pena aplicada a Federico Bienvenido Balbi, se observa que el tribunal oral tuvo en cuenta, como circunstancias agravantes: la naturaleza de la acción, la considerable cantidad de cocaína secuestrada, demostrativo del riesgo al bien jurídico protegido, el modus operandi, su holgada posición económica, su edad (60 años) que le otorga una mayor capacidad de comprender la intensidad de los deberes violados, y que en su domicilio se incautaran armas de fuego; y como atenuantes, su limitada instrucción y sus condiciones personales y su predisposición a estar a derecho.

Respecto de José Alberto Colazo, valoró las mismas circunstancias de su consorte, que admitió ser el propietario de la droga incautada en el kiosco de su propiedad y, como atenuantes, hizo mérito de la falta de antecedentes penales y la presentación espontánea luego de encontrarse rebelde por más de cinco meses.

En relación a Nélida Alejandra Castro, tuvo en cuenta como atenuantes, la falta de antecedentes, y su

relación con Colazo; y como agravantes, la extensión del peligro causado y la naturaleza de los medios utilizados.

También hizo mérito al aplicar el quantum punitivo de Rodolfo Villafaña, como circunstancias agravantes, la naturaleza de la acción y la extensión del peligro causado, dado la importante cantidad de dosis umbrales secuestradas (293,90 grs. y 2102 dosis umbrales) y el tipo de estupefaciente; como atenuantes, la conducta precedente del encartado, que se presentó espontáneamente al debate, la edad, y la ausencia de antecedentes penales.

El juego de atenuantes y agravantes evaluados en su conjunto en cada caso muestra que se lo ha escogido razonadamente y que de ningún modo es excesivo, por lo que las penas de prisión impuestas a los justiciables por el tribunal de mérito resultan adecuadas.

6. La cuestión referente a la inconstitucionalidad del artículo 12 del Código Penal que la mayoría del tribunal sentenciante declaró, resulta sustancialmente análoga a lo resuelto por la suscripta como integrante de la Sala I de la Cámara, in re: "Sánchez, Graciela Noemí s/recurso de inconstitucionalidad", Reg. n° 8547, causa n° 6499, rta. el 24/02/06, entre muchas otras.

En ese precedente se ha señalado en torno de la gravedad de la medida que ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiteradas oportunidades ha señalado: "que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad

institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia,(y) únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable..." (Fallos: 226:688; 242:73; 300:241, 1087; causa E. 73. XXI, "Entel c/Municipalidad de Córdoba s/sumario", fallada el 8 de septiembre de 1987, entre otros y, esta Sala, causa N° 2767, reg. N° 3328, "Duarte Nelía E. y otro s/recurso de queja", rta. el 23 de febrero de 2000; causa N° 4876, reg. N° 6158, "Leguizamón, Néstor Osvaldo s/rec. de casación", rta. el 5 de septiembre de 2003).

En modo alguno tal oposición se trasluce de la lectura del artículo 12 del Código Penal, aplicado en lo que aquí interesa, a la condena impuesta a Federico Bienvenido Balbi, José Alberto Colazo y Rodolfo Villafañe, en tanto la directiva en estudio no conculca, como se verá, los artículos 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el 5, apartado 6, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -ambas convenciones incorporadas a la Constitución Nacional cfr. el art. 75, inc. 22-, como tampoco resulta lesivo del artículo 18 de la Carta Magna.

Es que la incapacidad civil que dispone la norma sub-examen constituye una incapacidad de hecho relativa (cfr. en este sentido Jorge Joaquín Llambías, "Tratado de Derecho Civil. Parte General", Buenos Aires, 1973, T. 1, pág. 559; Alfredo Orgaz, "Incapacidad civil de los penados", Córdoba, 1939, págs. 21 y 84; Marco A.

Terragni en "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Directores: David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni, Buenos Aires, 1997, Tomo 1, págs.154/155; Núñez, "Derecho Penal Argentino. Parte General", Buenos Aires, 1988, Tomo 2, págs. 449/450; Jorge de la Rúa, "Código Penal Argentino. Parte General", Buenos Aires, 1997, pág.181; y "Código Penal. Comentado y Anotado. Parte General", Andrés J. D'Alessio, Director, Buenos Aires, 2005, pág. 63).

Distinto sería el caso si la condena trajera aparejada una incapacidad de **derecho absoluta** (entendiéndose por tal a la falta de aptitud para ser titular de determinada relación jurídica -cfr. Llambías, op. cit., Tomo 1, págs. 387 y 390-) ya que ésta **sí** tendría como consecuencia la muerte civil del condenado; lo que no ha sido propiciado ni plasmado por el legislador.

Así cabe recordar que en la exposición de motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la H. Cámara de Diputados de la Nación redactora del código, se señaló expresamente que "la privación de derechos civiles no es una pena sino un accesorio indispensable, que no tiene objeto represivo sino tutelar, desde que subsana un estado de incapacidad" (Edición Oficial del Código Penal, pág. 122; citada por Alfredo Orgaz, en "Algunos aspectos de la incapacidad civil de los penados", en "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba", 1938, T. 4-5, pág. 1).

En este sentido Llambías sostiene que la incapacidad civil de los condenados se trata de una

incapacidad de hecho y no de derecho, en la medida que no se dicta **contra** el incapaz sino **a favor** suyo, como un remedio para paliar la inferioridad de su situación (op. cit., pág. 559); para concluir 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 (op. cit., pág. 559).

En este orden de ideas Soler señala que si bien el instituto tiene su origen en las penas infamantes, en virtud de la enumeración de actos a los que se encuentra limitado, el condenado no pierde su capacidad jurídica; sino su capacidad de hecho y únicamente con referencia a los actos expresamente previstos por la ley: patria potestad, administración de sus bienes, disposición de éstos por actos entre vivos (Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, 1992, Tomo II, pág. 461/462).

A su vez Ricardo Núñez afirma que "estas incapacidades tienen carácter civil, porque su finalidad no es, esencialmente la de castigar al delincuente para que no recaiga en el delito, sino la de suplir su incapacidad de hecho producida por el encierro"; y que esta incapacidad de hecho relativa se circunscribe únicamente a los supuestos taxativamente previstos por la ley, por lo que conserva, por ejemplo, su capacidad para disponer sin representante o autorización especial de los bienes por testamento, para casarse, para reconocer hijos naturales y para por medio de un representante voluntario estar en juicios que, como el divorcio o filiación natural, no versen sobre la

administración de sus bienes (Ricardo C. Núñez, op. cit., T. II, págs. 447 y 449/450).

Por su parte, Terragni concuerda con lo señalado en cuanto a que las limitaciones que sufre el penado sólo se refieren a los derechos enumerados por la ley, por lo que puede realizar todos los demás actos de la vida civil ("Código Penal y normas complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial", op. cit., Tomo I, págs. 156/158).

Orgaz, por su lado, señala que se trata de una incapacidad de hecho, pues la privación de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos, dura sólo "mientras dure la pena"; por lo que concluye en que no es una privación de derechos sino de ejercicio, "la cual, por naturaleza, no tiene más objetivo que la protección del incapaz" (cfr. "Incapacidad Civil de los Penados", Córdoba, 1939, pág. 84).

Más aún, también debe señalarse que la incapacidad civil dispuesta por el artículo 12 no implica la pérdida de la patria potestad, ni de otros derechos, sino únicamente su suspensión mientras dure la incapacidad por el encierro (vid en este sentido: Orgaz, "Incapacidad Civil de los Penados", ya citado, pag. 104; "Código Penal Comentado y Anotado. Parte General", Director: Andrés J. D'Alessio, 2005, pág. 63 y sus citas; Jorge de la Rúa, "Código Penal Argentino", 1997, pág. 182).

A la luz de estas enseñanzas, es evidente que el sentenciante no ha demostrado con fundamento de qué manera las limitaciones establecidas en el artículo 12

del Código Penal constituyen una efectiva y real restricción o limitación a los derechos de los condenados mencionados precedentemente, ni de qué forma se han vulnerado las disposiciones de los Tratados Internacionales citados.

De otra parte, tampoco se advierte de qué forma lo dispuesto en el artículo 12 del Código Penal puede afectar la resocialización -fin último de la pena conforme lo dispone el artículo 1° de la ley 24.660- o que se produzca un efecto estigmatizante en la condenada por la circunstancia de que se limite el ejercicio de ciertos derechos mientras dure su condena, precisamente en aras de tutelarlos, con la intervención de un curador, quien podrá realizar los actos necesarios para su resguardo que no puede ejecutar, por sí, quien se halla privada de la libertad personal.

Se trata en fin de asegurar por otros medios el ejercicio de los derechos que no puede cumplir por sí, por estar privado de su libertad.

De cuanto precede, se descarta que la norma bajo estudio pueda implicar de modo alguno un agravamiento de la condena, ni menos que pueda considerarse "indigna, inhumana y degradante", calificaciones usadas por la mayoría del tribunal oral para justificar la declaración de inconstitucionalidad del citado artículo 12 del código de fondo, que resistió la representante del Ministerio Público Fiscal en términos que se comparten .

En conclusión propongo al Acuerdo hacer lugar al remedio impetrado por la Fiscal General, revocar el punto II de la sentencia de fs. 2008/2034, y declarar la

constitucionalidad del art. 12 del C.P., sin costas; rechazar los recursos de casación interpuestos por las Defensas Públicas Oficiales, con costas.

Tal es mi voto.

El señor Juez, **Dr. Raúl R. Madueño**, dijo:

Que adhiero al voto que lidera el Acuerdo y emito el mío en igual sentido.

El señor juez doctor **Eduardo Rafael Riggi** dijo:

1. Las plurales consideraciones vertidas en el voto de la doctora Liliana E. Catucci —a cuyos fundamentos corresponde remitirse a fin de evitar repeticiones inútiles—, permiten descartar la posible existencia de nulidades, la tacha de arbitrariedad de la sentencia, como así también errores en la aplicación de la ley penal sustantiva; por lo que nos adherimos a su propuesta, y votamos por rechazar los recursos de casación interpuestos por las defensas de los imputados.

2. Asimismo, y en lo atingente al recurso fiscal deducido contra el punto dispositivo del fallo que declaró —por mayoría— la inconstitucionalidad del artículo 12 del Código Penal, también consideramos acertada la solución propiciada por la doctora Liliana E. Catucci por cuanto los argumentos desarrollados en su voto, siguen en términos generales los lineamientos de la opinión que expresáramos al votar en las causas n° 7403 “Castro, Juan Carlos s/rec. de inconstitucionalidad”, rta. el 28 de mayo de 2007, y n° 6739 “Giles, Marcelo Alejandro s/rec. de inconstitucionalidad”, rta. el 5 de febrero de 2009.

Por todo lo expuesto, adherimos al voto que

lleva la voz de este Acuerdo y emitimos el nuestro en idéntico sentido.

Tal es nuestro voto.

Por ello, en mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal, **RESUELVE:**

I) HACER LUGAR al recurso deducido por el señor representante del Ministerio Público Fiscal; y en consecuencia, **REVOCAR** el punto 2 de la sentencia de fs. 2008/2034 y **DECLARAR LA CONSTITUCIONALIDAD** del artículo 12 del Código Penal.

II) RECHAZAR los recursos de casación interpuestos por las Defensas Públicas Oficiales, **con costas** (arts. 471 *a contrario sensu*, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

Regístrese, hágase saber, y devuélvase las presentes actuaciones al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Fdo: Eduardo R. Riggi, Liliana Elena Catucci y Raúl Madueño. Ante mi: Walter Daniel Magnone, Prosecretario de Cámara.