

Inconstitucionalidad del Art. 12

JEP GRAL. ROCA (RIO NEGRO), "Defensor particular Dr. Jorge Crespo s/Planteo de Inconstitucionalidad", 07/04/2011

//neral Roca, 7 de Abril del 2011.-

AUTOS Y VISTOS: el presente Incidente caratulado "Defensor particular Dr.Jorge Crespo s/Planteo de Inconstitucionalidad" en causa "Reguera Fernando Andrés", exppte.n° 390.

Y CONSIDERANDO: que el Defensor del condenado Fernando Andrés Reguera fundamenta a fs.1/2 el planteo de inconstitucionalidad del art.12 del Código Penal articulado por su defendido. Le atribuye razón a su pupilo toda vez que el artículo aludido -al imponer a los condenados a penas mayores de 3 años-, la pérdida de la patria potestad y la de administrar y disponer de sus bienes entre vivos, los somete de manera compulsiva al régimen de curatela previsto en el Código Civil, afectando de manera evidente la dignidad del detenido, en este caso de Reguera, dignidad que no perdió por el efecto de la condena, violándose con este accionar lo previsto en el art.10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como también del art.5, apartado 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del art.18 de la Constitución Nacional.

Refiere que el nombrado es titular de bienes inmuebles en esta ciudad (Solar de la Patagonia/Bulevard Sur) y la pena accesoria del art.12 del CPL dispuesta por la Cámara Criminal n° 2 violenta las normas citadas al privarlo de la administración y disposición de bienes adquiridos tras años de esfuerzo y trabajo, por lo que coincide con el Dr.Zaffaroni en cuanto a que la incapacidad civil establecida en el fallo condenatorio debe calificarse como una pena accesoria. En tal sentido el Ministro de la Corte señala "...es que el condenado, por el hecho de estar privado de su libertad, no está fácticamente imposibilitado para realizar los actos para los que el art.12 le incapacita. La ley misma admite esta realidad cuando impone esta pena únicamente a quien está penado por más de tres años: si la incapacidad fuese una consecuencia máxima del encierro y no tuviese otro fin que el tutelar, no tendría ningún sentido ese requisito, puesto que en la misma situación de incapacidad de hallarían todos los que están privados de libertad, sea cual fuere el tiempo de su privación". Abona su postura con fallo del Tribunal Oral Federal de la ciudad de Mar del Plata al declarar que la incapacidad civil trae a nuestros días el concepto de muerte civil romana, medida que tenía por fin un sentido ultra estigmatizante apartada de toda resocialización. Este concepto de pena se dejó de lado en las legislaciones modernas, quedando como resabio de la época este artículo que hoy se achaca de inconstitucional. Concluye sosteniendo que esta pena accesoria -en orden al ejercicio de derechos civiles- atenta contra la dignidad de su defendido, de su condición de hombre, condición que no perdió por estar privado de su libertad, produciendo un efecto estigmatizante, innecesariamente mortificante, violatorio de los arts.mencionados al comienzo, por lo que corresponde declarar su inconstitucionalidad, tal como lo solicitara Reguera.

Corrida la vista al Sr.Fiscal de Cámara a fs.4 solicitó que los presentantes aclararan si lo deducido era un recurso o una accion de inconstitucionalidad. A ello el Dr.Crespo responde a fs.8 sosteniendo

que la solicitud efectuada por su asistido de manera personal e inconsulta con ésa defensa se debió a que en la actualidad se encuentra impedido de administrar sus bienes creándole un perjuicio importante en su patrimonio. Por ello se plantea la declaración de inconstitucionalidad del art.12 del C.P., acotando que el mismo se realiza en la primera oportunidad que se ve afectado por la normativa citada y ante el perjuicio concreto.

El Dr. Rodriguez Trejo a fs.10 refiere que lo manifestado precedentemente no responde a su inquietud y que si se tratara de un Recurso resulta absolutamente extemporáneo remitiéndose en su fundamentación al fallo del STJ en autos "C.M.D. s/queja en "CMD s/Abuso sexual,expte.n° 23601/09). En el supuesto de que lo planteado fuera una Acción debe tenerse en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto por el art.14 de la Ley 48, la misma debe ser deducida ante la Justicia Federal. De una u otra forma, queda claro que por aplicación del art.40 de la Ley 3008, el Juez de Ejecución no es competente para entender en la cuestión planteada.

A propósito de la cita transcribo el artículo señalado. Así el art.40 de la Ley 3008 refiere:"el contralor jurisdiccional de la ejecución de las penas privativas de la libertad estará a cargo del Juez de Ejecución Penal, quien tendrá competencia para asegurar, controlar, vigilar, mantener, tramitar, resolver, efectuar, autorizar, disponer y condenar todas las medidas que regulan el funcionamiento del sistema implemmentado por esta ley".

Así, el Sr.Fiscal de Cámara señala que la vía intentada por el interno no es apta, pues o bien se debió argumentar al momento de apelar el fallo o bien ante otros tribunales.

Respetuosamente disiento con el Dr. Rodriguez Trejo.

Entiendo que por tres vías diferentes se puede arribar a la misma conclusión que permite a este tribunal a resolver la cuestión.

Respecto del plazo para interponer la acción este corre no sólo desde la sentencia sino durante todo el plazo durante el cual afecta concretamente al interno y en particular se renueva ante cada acto concreto en el que la norma le impida ejercer personalmente sus derechos, máxime como en casos como el presente donde la aplicación del Art. 12 del CP no viene impuesta por una decisión expresa del tribunal sino por el monto de la pena.

En relación al tribunal ante el cual se debe interponer la acción, entiendo que tanto la Ley 24.660, como la Ley 3.008 son claras en sus arts. 3 y 40 respectivamente, al dotar al Juez de Ejecución Penal de competencias suficientes para realizar el control de los derechos del condenado y velar por el cumplimiento de las garantías acordadas por la ley suprema, permitiendo resolver sobre las incidencias que ocurren durante la ejecución de las penas. Asimismo el fallo del Superior Tribunal de Justicia que invoca el Fiscal no es aplicable a los presentes actuados pues se sustenta en hechos completamente diferentes a los aquí discutidos.

Por último entiendo que conforme a la línea jurisprudencial sentada por la Corte Suprema de Justicia en "Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra" (Fallos: 327:3117), donde se señaló que "como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de

suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia*- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (artículo 31 de la Carta Magna), aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir la constitucional, desechando la de rango inferior..." (en particular, ver considerando 3°), en la actualidad se encuentra habilitado el control de oficio de la constitucionalidad de las normas, lo que nuevamente habilitaría a resolver el pedido de inconstitucionalidad del art. 12 del CP.

Si lo anterior no fuera suficiente, no es menos cierto que el control de constitucionalidad de oficio aparece como una elección que realizan los tribunales en uso del *iura novit curia* en la jurisprudencia argentina, pero esto ha dejado de ser una opción conforme la clara jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En su sentencia del 26 de noviembre de 2010, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México” fue clara al señalar que el control de convencionalidad debe ser ejercido por todos los tribunales y que éstos están obligados a, aún de oficio, decretar la inconstitucionalidad de las normas que se opongan al bloque de derechos reconocidos por los tratados de derechos humanos.

En dicho fallo se dijo que:

19. La intencionalidad de la Corte IDH es clara: definir que la doctrina del “control de convencionalidad” se debe ejercer por “todos los jueces”, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización.

...

34. Todos los jueces y órganos que realicen funciones jurisdiccionales desde una perspectiva material “deben” ejercer el “control de convencionalidad”. Es el mensaje claro que la Corte IDH envía en la Sentencia relativa al Caso Cabrera García y Montiel Flores, materia del presente voto razonado.

...

c) Debe ejercerse “de oficio”: sea invocado o no por las partes

Esta característica del “control difuso de convencionalidad” constituye una precisión de la doctrina original. Se estableció en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú, dos meses después del Caso Almonacid Arellano vs. Chile, y a partir de entonces se ha mantenido firme en la jurisprudencia de la Corte IDH. Consiste en la posibilidad de ejercer dicho control por los jueces nacionales, con independencia de que las partes lo invoquen. En realidad constituye un complemento del carácter “difuso” de dicho control. Si en la anterior característica del “control difuso de convencionalidad” se establecía la intencionalidad de la Corte IDH de que se “debe” ejercer por cualquier juez, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización (de donde deriva que sea un “control difuso”), ahora se acentúa dicho carácter al especificar que además se ejerce “de oficio”, lo que implica que en cualquier circunstancia los jueces

deben realizar dicho control, ya que “esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto”.

Es claro por tanto que el tribunal se encuentra habilitado a tratar la cuestión, pero también es claro que a partir de la presente sentencia, es tarea de este y los restantes tribunales argentinos, velar activamente por la adecuación de la legislación interna con los parámetros internacionales.

Aclarado el punto, corresponde ahora adentrarme al análisis del art.12 del Código Penal y resolver respecto de lo peticionado.

El art. 12 reza: "La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole de delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces".

Marco normativo

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. 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

Art. 23 de la Constitución Provincial

SISTEMA CARCELARIO

Artículo 23.- La Provincia promueve la creación del sistema penitenciario provincial. Las cárceles tienen por objeto la seguridad pública y no la mortificación de los internados; son sanas y limpias y constituyen centros de enseñanza, readaptación y trabajo. La reglamentación permite visitas privadas

con el fin de no alterar el mundo afectivo y familiar, y ayudar a la recuperación integral del detenido. Todo rigor innecesario hace responsables a quienes lo autorizan, aplican, consienten o no lo denuncian.

Art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que reza:

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

...

3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

Art. 5 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos

Derecho a la Integridad Personal

...

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Reglas 60 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la ONU de 1957

Condenados, Principios Rectores

1) El régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto éstas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona. 2) Es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz.

Principio II de los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas.

Igualdad y no-discriminación

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.

Inconstitucionalidad del Art. 12 del Código Penal

Adelanto mi opinión contraria a dicha norma.

Los efectos del mismo impiden al interno administrar y disponer de sus bienes por actos entre vivos, la pérdida de la patria potestad y la inhabilitación absoluta.

Ahora bien, cualquiera que conozca mínimamente el funcionamiento de las prisiones conoce que en muchas de ellas existen locales habilitados para la venta de productos a los internos, que estos cuentan con dineros, mínimos, pero fondos al fin para compras de menor cuantía e incluso la regulación del trabajo penitenciario reserva una parte de los emolumentos del interno para su “fondo disponible” y nadie duda que durante las salidas transitorias pueden realizar transacciones comerciales habituales.

Es claro pues que en un nivel básico los internos realizan constantes actos de disposición y administración entre vivos.

A lo anterior se agrega que es común recibir en el tribunal peticiones que relacionadas con el rol de padre de los internos, como la asistencia a eventos escolares, la autorización para anotar a niños en determinado establecimiento educativo, el reconocimiento de paternidad, etc.

Por lo cual, en esta área también los penados ejercen, de hecho y en algun grado la patria potestad. Este ejercicio es, en muchos casos, concurrente con el “titular” de la patria potestad, esto es la cónyuge o madre de los menores (mas del 90% de los penados son hombres), pero ejercicio al fin del derecho.

En innumerables oportunidades, este ejercicio de hecho de la patria potestad, se deja entrever en la solicitud de los internos para gozar de salidas transitorias fundadas en la finalidad de “afianzar y mejorar los lazos familiares y sociales” en la terminología del Art. 16 de la Ley 24.660 y que es acompañada de un dictamen de los cuerpos técnicos de las unidades de detención donde se favorecen tales salidas para que el interno recupere/afiance/ejercite su “rol de padre”.

En la vida del juzgado a mi cargo, solo en casos de transferencia de bienes registrables es donde se solicita y se realizan los trámites necesarios para nombrar un tutor del interno que lo represente en dichos actos.

Esta es la realidad penitenciaria, a pesar de las claras disposiciones del art. 12 del Código Penal que impediría tales situaciones.

Paralelamente se ha entendido que el Art. 12 “protege” al interno, en este sentido la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en la causa 38.114, “M.D.E. s/recurso de casación” dijo:

Por el contrario, debe considerarse a esta previsión como la regulación de alguna de las consecuencias civiles ocasionadas por el hecho de estar privado de la libertad durante un tiempo prolongado, reflejadas en la imposibilidad de cumplir adecuadamente con las obligaciones inherentes a la patria potestad y de actuar en un plano de igualdad frente a terceros en el mundo jurídico de los negocios, ante lo cual el legislador intentó tutelar los derechos del sujeto pasivo de la patria potestad y del mismo condenado en este segundo supuesto, encomendando únicamente el “ejercicio” de las mencionadas capacidades a quienes el Código Civil contempla en caso de sustitución del titular.

Creo que esta “protección” en los hechos no es necesaria por lo apuntado mas arriba y muchas de las preocupaciones mostradas por el tribunal bonaerense podrían ser remediadas mediante la figura del “mandatario” quien no sustituye al interno, actúa de acuerdo a sus directivas y permite solucionar los problemas prácticos que el encierro produce.

Esta visión proteccionista, propia de tiempos pretéritos, se enfrenta asimismo a la nueva redacción del Código Civil, en cuanto se dispone en el nuevo Art. 152 ter. que:

Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de tres años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.

De mantener la vigencia del Art. 12 del CP se daría el absurdo que personas mentalmente sana tendrían menos derechos que un inhabilitado por cuestiones de salud mental.

En la práctica, lejos de proteger al interno, el art. 12 del CP constituye una verdadera pena accesoria pues las restricciones impuestas no pueden, en la actualidad, responder a criterio protectorio alguno y solo importan un plus sancionatorio, constituyendose en la actualidad un emulo de la muerte civil del Derecho Romano y de las Partidas, pena desterrada ya en Baviera en 1.849 y en Francia en 1.854.

Este criterio es sostenido por el Dr. Zaffaroni en su Tratado de Derecho Penal (T. "V", p. 254, in fine) y fue seguido por el Dr. Soler en su proyecto de Código Penal de 1960, al reconocer el carácter de pena accesoria y suprimir tal disposición del proyecto.

Más recientemente la Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de reforma y actualización integral del Código Penal creada por las Resoluciones M.J. y D.H. N° 303/04, N° 136/05 y N° 736/06 coordinada por el Secretario de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios, Dr. Alejandro Walter Slokar, e integrada por los Dres. David Baigún, Guillermo Jorge Yacobucci,

Edmundo S. Hendler, Raúl Miguel Ochoa, Carlos Alberto Chiara Díaz, Alejandro Tizón, Gustavo Raúl Ferreyra, Edgardo Alberto Donna (luego suplantado por Daniel Aníbal Erbetta), Enrique García Vitor (después sustituido por el Dr. Javier Augusto De Luca), y Gabriel Di Matteo, en su anteproyecto hacen desaparecer toda referencia similar al Art. 12 del CP actual.

Caracterizado 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.

En el mismo sentido se expidió el Tribunal Oral de Necochea (Expte. T.C. N° 3027-0146) en autos "SORENSEN, CARLOS ALBERTO s/ HOMICIDIO", el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes en autos "Miguel Sotelo" del 10/04/2006 y la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Deptal de Mar del Plata, Sala III, en autos "R., E. O. y S., J. E. s/ Homicidio Calificado".

Por ello,

RESUELVO: DECLARAR la INCONSTITUCIONALIDAD del art.12 del Código Penal en cuanto importa la privación para el condenado, en el caso concreto para FERNANDO ANDRES REGUERA -y mientras dure la pena- de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos .

Regístrese, notifíquese.

Fdo.: Juan Pablo Chirinos

Juez de Ejecución Penal