



NEUQUEN, 24 de Julio del año 2024

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**S. A. G. S/ CURATELA (PENAL)**" (**JNQFA6 EXP 149056/2024**) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. El Defensor Público Civil, titular de la Defensoría Pública Civil N° 1 de esta Ciudad, en carácter de Ministerio Público en materia de capacidad, apela el pronunciamiento dictado en fecha 1/02/2024 en cuanto no admitió la acción deducida (hojas 3/4).

Señala, que la interpretación efectuada por la magistrada soslaya lo ya decidido mediante la sentencia condenatoria dictada en sede penal, la que se encuentra firme y consentida, y en la que se estableció de manera expresa la inhabilitación absoluta en los términos del artículo 12 del Código Penal.

Dice, que esta sentencia fue acompañada en el escrito postulatorio, y que en la misma se condenó al Sr. S. a la pena de prisión de 15 años con más accesorios legales.

Cita el artículo 12 del Código Penal y afirma que el mismo resulta categórico en los efectos jurídicos que importa, en torno al ejercicio de los derechos del condenado.

Sostiene que la referencia a la privación de la patria potestad, debe entenderse como inhabilitación para el ejercicio de los derechos derivados de la titularidad de la responsabilidad parental.

Destaca que la inconstitucionalidad de esa norma no fue planteada oportunamente ante los jueces competentes que dictaron la sentencia condenatoria y, en consecuencia, la pena ha sido dispuesta en los términos referidos.



Indica que, en el proceso que aquí nos ocupa, no se trata de determinar la restricción de capacidad del Sr. S. para el ejercicio de sus derechos, sino de designarle la figura de curador ante los efectos legales ya configurados por la sentencia condenatoria penal.

Agrega que, decidida la restricción por los jueces competentes en materia penal, se impone revocar la resolución dictada, a efectos de brindar un mecanismo efectivo para que el Sr. S. pueda ejercer los derechos en cuanto hubieran sido materia de restricción en sede penal.

Solicita que se revoque el pronunciamiento cuestionado y se otorgue admisibilidad a la petición efectuada por ese Ministerio Público para la urgente designación de curadora.

2. Así expuesta la cuestión traída a revisión, entiendo que la solución dada en la instancia de grado debe ser revocada.

Tal como he indicado en la causa "VILLASBOA CABRERA MIGUEL ANGEL S/CURATELA (PENAL)" (JNQFA4 EXP 97098/2019) al abordar esta cuestión, es necesario efectuar en el caso concreto una interpretación acorde a la Constitución y al fin de protección perseguido por la normativa.

Allí señalaba que, «como indica Tazza, con cita del Procurador General ante la CSJN, el Tribunal que se limita a declarar la inconstitucionalidad del art. 12, no *"...indica de qué modo daría solución a los problemas cotidianos que se presentarían en tales circunstancias, al estar el progenitor privado transitoriamente de su libertad, ni se dispone alguna medida o decisión judicial que pueda atender a dicha situación. Por tales motivos entiende que la decisión así decretada se convierte en un pronunciamiento abstracto desde tal punto de vista, pues se limita a una*



declaración formal de inconstitucionalidad sin dar solución alguna al supuesto así planteado...".

Y concluye más adelante:

"aquellos que ven a esta incapacidad civil como una forma de medida tutelar impuesta en beneficio del condenado se basan fundamentalmente en la misma Exposición de Motivos del Proyecto de 1917, luego seguido por el Código Penal de 1921, cuando aseguraba que esta medida "no tiene objetivo represivo sino tutelar, desde que subsana un estado de incapacidad". Esta es en cierto modo la posición mayoritaria en la doctrina, seguida tanto en materia penal por autores de la talla de Soler, Núñez, Creus, y Peco entre otros, y en el ámbito civil por Llambías, Orgaz, Buzo y otros destacados autores.

Más allá de la discusión en torno a la naturaleza jurídica que pudiera ostentar la institución, no nos cabe ninguna duda que la única finalidad que inspira a la norma es dar una adecuada protección al condenado, dotándolo de un curador para la realización de ciertos actos, sin lo cual se vería expuesto a las múltiples dificultades que derivan de ese encierro temporal.. En síntesis, de modo alguno puede asegurarse que la disposición del art. 12 del Código Penal sea contraria a garantías consagradas en nuestra Constitución Nacional o Tratados Internacionales, no pudiendo afirmarse que en tales casos la disposición consagre un trato indigno, cruel o infamante que permita descalificarla por su oposición a tales postulados. La norma no implica privación de derechos, sino una suspensión temporal del ejercicio efectivo para ciertos actos, motivo por el cual se le designa un curador al condenado para garantizarle su representación legal. Se lo dota así de una herramienta necesaria para un mejor ejercicio de aquellas facultades que sigue conservando, aunque restringidas y



limitadas en razón a la especial situación en que se encuentra.

Entendemos, con destacados autores, que únicamente podría sostenerse una invalidez constitucional en tal sentido si una norma dispusiera la privación de la capacidad de derecho absoluta, pero no, como en el caso, en donde lo que se restringe es la capacidad de hecho para ejercer ciertos y puntuales actos, quedando subsistente la posibilidad de realización de todos aquellos otros que no estuviesen específicamente contemplados en la inhabilidad así decretada..” (cfr. LA INCAPACIDAD CIVIL DEL CONDENADO, Tazza, Alejandro O. Publicado en: LA LEY 31/07/2017, 10 • LA LEY 2017-D , 414, en comentario al fallo de la CSJN "G. C., C. M. y otro s/ robo con arma de fuego - aptitud disparo no acreditada", CSJ 3341/2015/RH1, del 11 de mayo de 2017)».

Y agregaba: «...asumiendo que la situación de encierro aísla, al mismo tiempo, se impone reconocer que no debería privársele, a la persona condenada, del derecho a la toma de sus propias decisiones o ser parte de ellas: “Una propuesta que podría acomodar la situación del penado al nuevo paradigma: consiste en un sistema de apoyos con funciones de asistencia en el cual la persona decida sobre sus aspectos patrimoniales con el asentimiento del apoyo. El sistema de apoyos –a partir de la asistencia del penado– puede integrar con él los actos de contenido patrimonial que fuere necesario realizar sin omitir su voluntad. Esta solución se asimila a la del Código Civil Suizo, la restricción a la capacidad debería mantenerse en el ámbito patrimonial y suplirse por un sistema de asistencia. De este modo se concilia la forma de suplir la restricción a la capacidad del penado, con lo que constituye la regla general en la materia de suplir las restricciones a la capacidad de ejercicio en el nuevo Código: la designación de apoyos con la especificación de las funciones que se les atribuyen...”.



Máxime cuando es posible considerar que "en casos excepcionales la función de apoyo podrá ser de representación para algún acto determinado (conf. art. 101 inc. c). Tal excepción deberá estar debidamente justificada y establecidas las salvaguardias para que dicha representación sea ejercida de conformidad con las reglas generales previstas en el Cód. Civ. y Com. Las funciones de los apoyos son primordialmente de asistencia: esa es la regla, sin perjuicio de que para determinados actos la sentencia les atribuya funciones de representación..." (cfr. LA CAPACIDAD DEL PENADO Y SU COMPATIBILIDAD CON LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE LA MATERIA, Feldman, Paula A. Publicado en: SJA 12/12/2018, 3 • JA 2018-IV)».

En consonancia con tales lineamientos, entiendo necesario contemplar una adecuación que, en definitiva, tienda a la protección de los derechos de la persona que se encuentra privada de su libertad, la cual no se vislumbra en los términos de la resolución dictada por la jueza de grado.

Por ello, estimo que corresponde revocar el pronunciamiento atacado y reencausar el trámite en la instancia de origen, disponiendo lo necesario para designar a la persona propuesta como figura de apoyo con funciones de representación para ejercer los derechos vinculados al juicio de emplazamiento filiatorio del niño G.F.G. y desplazamiento del reconociente, conforme lo indicado en el escrito de inicio (cfr. hoja 2 último párrafo).

Es que, considerando las particularidades del caso, dadas por las limitaciones que acarrea el encierro del Sr. S., y la necesidad de garantizar el ejercicio de sus derechos en ese contexto, entiendo que se encuentran dadas las condiciones para habilitar la solución aquí propuesta.

En tanto la magistrada interviniente ya ha emitido opinión sobre el asunto, las actuaciones deberán pasar a conocimiento del juez que sigue en orden de turno.



Sin costas de Alzada atento a la naturaleza de la cuestión debatida y por tratarse de un conflicto suscitado con el tribunal.

MI VOTO.

Jorge PASCUARELLI dijo:

Tras el análisis de la cuestión planteada, entiendo que corresponde revocar el pronunciamiento dictado en la instancia de grado.

Empero, disiento con los términos de la solución propiciada en el voto de mi colega preopinante.

Tal como expresé en la causa "VILLASBOA" -citada precedentemente-: *"...corresponde aplicar lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto a que: "Que tal como lo ha afirmado el recurrente, los argumentos esgrimidos por el a quo en modo alguno logran poner de manifiesto que las consecuencias legales impuestas a los condenados a penas privativas de la libertad superiores a tres años puedan ser calificadas como un trato inhumano o contrario a la dignidad del hombre. Aun si se deja de lado la discusión de derecho común relativa a si la accesoria impugnada constituye una "pena" en sentido estricto o una mera "consecuencia" de carácter tutelar que acompaña a las penas más graves, las razones dadas por el sentenciante para calificar a la injerencia en cuestión como "indigna" no resultan convincentes. Antes bien, ellas se apoyan solo en valoraciones particulares de los magistrados que divergen de las que fueran plasmadas por el legislador en la normativa en examen. De este modo, el a quo se ha apartado del criterio constante de este Tribunal, de conformidad con el cual la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia, y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la última ratio del orden jurídico, por lo que no cabe*



formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduzca a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (conf. doctrina de Fallos: 319:3148; 328:4542; 329:5567; 330:855; 331:2799, entre muchos otros)".

"7°) Que en esta misma dirección, la decisión apelada pone en cuestión los criterios de política criminal y penitenciaria establecidos por el legislador sin aportar una justificación convincente con relación a su incompatibilidad con la Constitución Nacional. En este sentido, corresponde recordar que la ley 24.660, de "Ejecución de la pena privativa de la libertad", tuvo como uno de sus objetivos primordiales adecuar la legislación penitenciaria a los nuevos estándares en materia de derechos de los penados, tal como lo señaló este Tribunal entre otros, en Fallos: 327:388 (conf. esp. considerando 17 del voto mayoritario). Dentro de este esquema, a partir de dicha ley, no solo no surge objeción alguna con relación al artículo 12 del Código Penal, sino que en ella explícitamente se reglamentó cómo debía proveerse a la representación del condenado en los términos de dicha regla (conf. loc. cit. artículo 170). Asimismo, y con el claro objetivo de evitar que la consecuencia examinada pudiera obstaculizar de algún modo el reingreso a la vida social del penado, la ley referida ordena que las inhabilitaciones del artículo 12 del Código Penal queden "suspendidas cuando el condenado se reintegrare a la vida libre mediante la libertad condicional o la libertad asistida" (conf. loc. cit. artículo 220)".

"8°) Que en consonancia con lo señalado por el señor Procurador Fiscal ante esta Corte en su dictamen, aun cuando al momento del dictado de la sentencia sub examine el Código Civil y Comercial de la Nación todavía no había entrado en vigencia, resulta oportuno destacar que el texto



del nuevo ordenamiento civil revela la subsistencia de la decisión legislativa en favor de asignar efectos a la regla del artículo 12 del Código Penal. Así, al regular las restricciones al ejercicio de los derechos y deberes del progenitor condenado, la nueva normativa sustituye el artículo 309 del código civil derogado, y establece, en análogo sentido, que "El ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure (...) b) el plazo de la condena a reclusión o prisión por más de tres años (...)" (conf. artículo 702 inc. b, Código Civil y Comercial de la Nación)".

"Del mismo modo, en lo atinente a las restricciones a la capacidad para la administración de los bienes, si se tiene en cuenta que el nuevo marco normativo les ha asignado un carácter estrictamente excepcional (conf., especialmente, artículos 31 y sgtes. del Código Civil y Comercial de la Nación), difícilmente pueda sostenerse la argumentación de la cámara con relación al carácter cruel, indigno o infamante de la curatela a la que queda sujeto el penado".

"9°) Que, por lo demás, no puede perderse de vista que la reforma legislativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación tiene entre sus finalidades primordiales propender a la adecuación de las disposiciones del derecho privado a los principios constitucionales y, en particular, a los tratados de derechos humanos y derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad, lo cual necesariamente incluye tanto las disposiciones en materia de restricciones a la capacidad como la mejor protección del interés superior del niño (conf. los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, punto I, "Aspectos valorativos": "Constitucionalización del derecho privado")".



"10) Que por las consideraciones expuestas el pronunciamiento que declara la inconstitucionalidad de la segunda y tercera disposición del artículo 12 del Código Penal se apoya en fundamentos aparentes y no constituye derivación razonada del derecho vigente y, en consecuencia, corresponde su descalificación como acto jurisdiccional válido en los términos de la doctrina sobre arbitrariedad de sentencia." (Fallos 340:669)".

Entonces, a partir de la doctrina de la Corte Suprema antes citada, ratificada en fallos de fecha 26/03/2019 (26/03/2019 FRO03 1000482/2010/TO01/1/1/1/RH001 Recurso Queja N° 1 - Legajo N° 1 - Imputado: A., D. R. Y OTRO /LEGAJO DE CASACION) y 07/05/2019 (FSM 001078/2010/TO01/2/RH001 Recurso Queja N° 2 - IMPUTADO: A. R. H. L.S/SECUESTRO EXTORSIVO) donde se pronunció por la constitucionalidad de la disposición del artículo 12 del Código Penal, propongo al Acuerdo revocar la resolución dictada en fecha 1/02/2024 y disponer que en la instancia de grado se habilite la tramitación, en los términos propuestos en el escrito de inicio.

Tal mi voto.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con **Fernando GHISINI**, quien manifiesta:

Adhiero al voto de la vocal Cecilia Pamphile, no obstante debo destacar que no veo en este caso que exista motivo para fundamentar una disidencia como la planteada -inconstitucionalidad del art. 12 del CP-, por cuanto la parte recurrente nunca planteó la inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal, muy por el contrario, en su escrito de inicio y de conformidad con dicha norma, solicita la figura de una representante legal -curadora- a los efectos del ejercicio de sus derechos para promover una acción de emplazamiento filiatorio.



Por ello, esta **Sala I por MAYORIA**

RESUELVE:

1. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto en la hoja 5 en los términos de la presente, y, en consecuencia, revocar el pronunciamiento atacado y reencausar el trámite en la instancia de origen, donde deberá disponerse lo necesario para designar a la persona propuesta como figura de apoyo con funciones de representación para ejercer los derechos vinculados al juicio de emplazamiento filiatorio del niño G.F.G. y desplazamiento del reconociente, conforme lo indicado en el escrito de inicio. En tanto la magistrada interviniente ya ha emitido opinión sobre el asunto, las actuaciones deberán pasar a conocimiento del juez que sigue en orden de turno.

2. Sin costas de Alzada atento a la naturaleza de la cuestión debatida y por tratarse de un conflicto suscitado con el tribunal.

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE JUEZA

Dr. Jorge D. PASCUARELLI JUEZ

Dr. Fernando M. GHISINI JUEZ

Dra. Estefanía MARTIARENA SECRETARIA