



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 20 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 17200/2013/TO2

Registro Nro.2328/15 .4

///la ciudad de Buenos Aires, a los 4 (cuatro) días del mes de diciembre del año dos mil quince, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Mariano Hernán Borinsky como Presidente, los doctores Juan Carlos Gemignani y Gustavo M. Hornos como Vocales, asistidos por el Secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 633/645 de la presente causa CCC 17200/2013/TO2/CFC1, caratulada: **"BEJARANO, Alexis Ezequiel s/recurso de casación"**; de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 20 de esta Ciudad resolvió: I.- Condenar a ALEXIS EZEQUIEL BEJARANO como autor penalmente responsable del delito de homicidio calificado por haber sido cometido con alevosía, a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas (arts. 5, 29, inciso 3°, 40, 41, 45 y 80 inciso 2° del Código Penal y 530 y 531 del C.P.P.N.)- (fs. 606/629 vta.).

II. Que contra dicha resolución, el doctor Alberto Justo Giles, defensor particular de Alexis Ezequiel BEJARANO, interpuso recurso de casación a fs. 633/645 el que fue concedido a fs. 646/646 vta. y mantenido ante esta instancia a fs. 651.

III. En primer lugar, el recurrente planteó la nulidad de la resolución recurrida por violación a los artículos 234 del C.P.P.N. y 153 del Código Penal. Se refirió a las impresiones obtenidas en el marco de la instrucción de la causa de la página de la red social Facebook y que fueron incorporadas por lectura.

El recurrente sostuvo que "al ser equiparado el correo electrónico y las redes sociales a la correspondencia epistolar, tal información para que tenga valor probatorio debe ser obtenida por medio de la orden judicial correspondiente, de conformidad con lo establecido en el art. 234 del C.P.P.N."

Sostuvo que el art. 153 del Código Penal hace efectiva la garantía prevista en el artículo 18 de la Constitución Nacional. En esa inteligencia, afirmó que tanto



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 20 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 17200/2013/TO2

el Ministerio Público Fiscal, como los funcionarios policiales y los jueces del tribunal oral habían incurrido en el tipo penal del art. 153 del C.P. al convalidar y denegar el pedido de nulidad de la obtención “sin orden judicial de las impresiones de la red social Facebook”.

Con cita de fallos de esta Cámara, solicitó que se decretara la nulidad absoluta e insanable de toda la investigación previa y su consecuente juicio a partir de la producción de la prueba impugnada.

Por otra parte, el recurrente explicó que no había correlato entre la prueba existente en las actuaciones y la sentencia dictada. Dijo que no había prueba suficiente, que la condena se había sustentado casi exclusivamente en una declaración testimonial -a su criterio- plagada de contradicciones y carente de credibilidad.

En relación a este testimonio, la defensa sostuvo que el tribunal “le había hecho decir a la testigo algo que la testigo no había dicho”. En idéntico sentido, se quejó del modo en que el tribunal de juicio valoró el testimonio de la madre de la víctima y de los funcionarios policiales que obtuvieron las impresiones de la cuenta de Facebook antes cuestionada.

Al respecto, dijo que se había visto privado de controlar la declaración de los supuestos testigos que brindaron información de manera anónima al personal policial cuando realizaban tareas de inteligencia.

Citó profusa y reconocida doctrina sobre los sistemas de valoración de la prueba y concluyó en que en el caso de autos correspondía la aplicación del in dubio pro reo.

Dijo que la sentencia estaba basada en indicios y que por ello era arbitraria y que la calificación legal debía ser modificada.

En definitiva, el recurrente solicitó que se declare la nulidad de todo lo actuado a partir de la incorporación de la prueba informática (página de Facebook) y se investigue la posible comisión de los delitos tipificados en los artículos 153 y 269 del C.P. Hizo reserva del caso federal.



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 20 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 17200/2013/TO2

IV. Que en la oportunidad prevista en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del C.P.P.N., se presentó el Fiscal General ante esta instancia, doctor Javier A. De Luca y postuló el rechazo del recurso de casación interpuesto (fs. 654/656).

V. Que superada la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo, y 468 del C.P.P.N., de la que se dejó constancia en autos a fs.660, el defensor particular de Alexis Ezequiel BEJARANO hizo un presentación en la se reiteran resumidamente los puntos que pretende se traten en relación al recurso de casación interpuesto. Quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Gustavo M. Hornos, Mariano Hernán Borinsky y Juan Carlos Gemignani.

El señor juez Gustavo M. Hornos dijo:

I. El recurso de casación interpuesto resulta formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas consideradas definitivas (art. 457 del C.P.P.N.), la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla (art. 459 del C.P.P.N.), los planteos realizados encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 456 del C.P.P.N., y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y de fundamentación requeridos por el art. 463 del código ritual.

II. Previo a ingresar en el tratamiento de los agravios formulados por el recurrente, corresponde recordar los hechos tal como los tuvo por acreditados el tribunal de juicio.

Que el 10 de marzo de 2013, entre las 14,30 y 14,45 hs., frente al n° 1.026 de la calle Bonorino de esta Ciudad, en circunstancias en que Elvio Sosa Ruiz se encontraba durmiendo en la vía pública, Alexis Ezequiel BEJARANO, junto con otro individuo aún no identificado, se acercaron al mencionado Sosa Ruiz, llevando consigo una lata roja conteniendo algún hidrocarburo derivado del petróleo, rociaron a la víctima con el combustible y le prendieron fuego, lo que ocasionó que el mismo se levantara en llamas pidiendo ayuda, siendo auxiliado por los vecinos que lo



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 20 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 17200/2013/TO2

mojaron con agua, resultando luego hospitalizado, no obstante lo cual, dado que sufrió quemaduras en el 45% de su superficie corporal, se produjo su deceso el 14 de marzo de 2013 en el Hospital de Quemados.

III. En primer lugar, la defensa se agravia de la incorporación por lectura de las publicaciones obtenidas de la cuenta Facebook, pues a su criterio, esa obtención debía hacerse con orden judicial, en aras de proteger la garantía de inviolabilidad de la correspondencia (cfr. art. 18 de la C.N.).

El art. 18 de la Constitución establece que *“...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...”*. Por otra parte, el artículo 28 señala que *“...los principios, garantías, y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio...”* (el destacado me pertenece).

A su vez, el Código Procesal Penal de la Nación es la ley reglamentaria a la que se refieren los artículos de la constitución anteriormente mencionados para determinar cuándo cae la garantía de la inviolabilidad (cfr. D'Álora, Francisco; “Código Procesal Penal de la Nación”; comentario al art. 224).

Ahora bien, las impresiones cuestionadas fueron capturadas por el Inspector Maximiliano Alberto Radziwit, quien declaró en el debate que había sido él quien realizó las tareas de inteligencia a fin de dar con los autores del hecho. Que tomó contacto con los vecinos del lugar quienes aportaron los apodos de los presuntos autores, siendo uno de ellos el de “Chucky”.

Cabe destacar que los miembros de la fuerza policial (entre ellos, Radziwit, Hernán Pablo Miniera, Diego Martín García y Mario Jorge Quintero) que iniciaron tareas destinadas a la identificación de los autores del hecho, afirmaron en sus respectivas declaraciones -tanto las prestadas durante el juicio como las incorporadas por lectura- que habían sido los vecinos quienes sindicaron a un



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 20 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 17200/2013/TO2

sujeto apodado "Chucky" como autor del hecho. Y que fue luego, a través de una página de "Facebook" que se consiguió atribuir tal apodo a Alexis Ezequiel BEJARANO, lo que pudo ser recabado del contenido de la red social, correspondiente a la cuenta propiedad del nombrado.

La red social "Facebook" es un sitio web que se encuentra disponible para cualquier usuario de la red y se utiliza para que sus usuarios puedan intercambiar comunicación fluida y compartir contenido de forma sencilla a través de Internet.

A partir de sus características públicas la página de Facebook propiedad del imputado no goza de la protección de la privacidad como la clásica vía postal. Ello así, desde que si bien para su funcionamiento y utilización se requiere indispensablemente de un prestador del servicio, el nombre de usuario y clave de acceso destinados a impedir que terceros extraños se entrometan en los datos y contenidos que se emiten y reciben, lo cierto es que el perfil de BEJARANO en la red social en cuestión era público y casi toda la información que compartía podía ser vista por cualquier persona que accediera a través de internet a la página.

En este sentido, la página de Facebook no puede ser considerada la "correspondencia epistolar" que protege la Constitución Nacional, razón por la cual el modo en que fue obtenida e incluso su incorporación como prueba al juicio, mal puede violar la garantía contenida en el art. 18 de la CN.

A partir de lo expuesto, entiendo que el procedimiento por el cual se obtuvo e incorporó como prueba la página de Facebook mediante la cual se pudo corroborar que el sujeto apodado "Chucky" se correspondía con el nombre y fotografía que figuraban en ese perfil de la red social fue realizado conforme a las disposiciones legales vigentes sin afectar la garantía que prohíbe intromisiones arbitrarias en la intimidad y privacidad del imputado y por ello propongo rechazar el presente agravio.

IV. Por otra parte, la defensa cuestionó la valoración de la prueba hecha por el Tribunal Oral para



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 20 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 17200/2013/TO2

arribar a una sentencia de condena. En particular, se quejó de que se hubiera arribado a la conclusión con el único testimonio, al que, también tacho de contradictorio.

En este sentido, cabe señalar que el tribunal le dio especial preeminencia a los dichos de Lucía Fabiana Tapia, quien resultó testigo presencial del hecho.

Los sentenciantes destacaron sus dichos relativos a que *“ese día volvía de la feria que se hace los domingos en la calle Bonorino, con su madre y hermana... [a]firmó que vio a dos personas que se ponían guantes o algo parecido y que de un lado dormía un indigente; que le tiraron algo y le prendieron fuego, entonces se levantó gritando, consciente, pidiendo ayuda y unas personas lo mojaron con una manguera; que estaba tapado con una manta o paño oscuro y que cree que dormía sobre un colchón.”*.

Del careo realizado entre las hermanas Tapia, se desprende efectivamente que Tamara Tapia se adelantó con su madre mientras que Lucía Tapia se quedó en el lugar por curiosidad y que tanto la madre como Tamara iban distraídas mirando lo que habían comprado.

Además, la testigo Lucía Tapia, relató que *“eran dos las personas las que se ponían guantes, que se le acercaron y rociaron con algo a distancia, que estaba contenido en una lata o algo rojo; que no sabía con qué encendieron el fuego; que creyó que lo estaban orinando; que estaban a dos pasos de él y ella a quince o veinte pasos.”*.

En lo que concierne a la identificación del imputado, Tapia dijo que *“conocía de vista del barrio a los imputados, de pasar, de cruzarse; que desconocía si tenían apodos.”*.

Además, el tribunal destacó que la testigo conocía a uno de los autores previamente del barrio y de vista; que se realizaron diligencias de identificación fotográfica, visualizando 1300 fichas del registro fotográfico sin reconocer a persona alguna, y que al realizar un identikit (agregado a fs. 39), respecto del cual -por la inmediatez propia del juicio oral- los sentenciantes afirmaron que existía un parecido sorprendente con el rostro del imputado.

Asimismo, se tuvieron en cuenta las diligencias de



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 20 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 17200/2013/TO2

reconocimiento y el reconocimiento en rueda de personas por la contundencia con la que Lucía Tapia señaló al imputado BEJARANO.

En tal contexto probatorio, el tribunal de juicio fundamentó que en el caso se encontraba debidamente acreditado el hecho descripto y la autoría de BEJARANO con las pruebas producidas e incorporadas durante el debate, las que fueron valoradas de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional y concuerdan con lo expuesto por el señor Fiscal General en su alegato acusatorio.

En efecto, a diferencia de otros casos en los que la declaración del único testigo no encontró apoyatura en otros elementos de comprobación indiciaria, en el caso de autos sí se cuenta con ellos, pues si bien el aporte de Tapia resulta indispensable, éste se complementa con los numerosos informes aportados a través de las investigaciones policiales (de quienes intervinieron enseguida de sucedido el hecho y de quienes participaron de la investigación) y las declaraciones de su hermana Tamara y su madre.

Asimismo, quedó acreditada la utilización de combustible a la partir del informe de la División de Siniestros de la Superintendencia Federal de Bomberos, en el que se describe el lugar del hecho y se informa que el proceso combustivo se inició y produjo sobre componentes plásticos, ropa y cuerpo de la víctima; que no se hallaron elementos propios del medio que pudieran originar el evento (instalación eléctrica u otra fuente de calor) y sí trazas de hidrocarburos compatibles con sustancias derivadas del petróleo en los restos combustos (cfr. también fotografías de fs. 20 y 21, informe planimétrico nro. 1127/13 de fs. 23/25 e inspección ocular de fs. 26 que muestran el lugar del hecho y los restos ígneos).

De tal forma, el tribunal sostuvo que la vinculación de BEJARANO con el hecho objeto del presente proceso se hallaba demostrada sin ningún tipo de hesitación, conclusión con la que coincido plenamente y que en modo alguno puede verse conmovida por las críticas que la defensa ha efectuado en su recurso en cuanto sostiene que el tribunal arribó a la sentencia condenatoria en base a la



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 20 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 17200/2013/TO2

valoración del testimonio único de Lucía Tapia ya que como se advierte de lo antes expuesto varios fueron los elementos ponderados para concluir del modo cuestionado.

Asimismo, cabe señalar en cuanto a la declaración de un "testigo único" cuestionada por la defensa, que la valoración de dicho relato perfectamente puede sustentar una sentencia de reproche y la mera circunstancia mencionada no alcanza para descalificarla como acto jurisdiccional válido. Ello pues, ante la presencia de un testigo en soledad del hecho no debe prescindirse de sus manifestaciones sino que ellas deben ser valoradas con la mayor severidad posible y rigor crítico posibles, tratando de desentrañar el mérito o la inconsistencia de la declaración mediante su confrontación con las demás circunstancias de la causa que corroboren o disminuyan su fuerza, y examinando cuidadosamente las calidades del testigo.

Es que las pruebas producidas durante el debate avalan los dichos de la "testigo único" que se presentan como indicadores de credibilidad si además se los confronta con el testimonio del personal policial y de la hermana. Es decir que la prueba reunida, valorada en su conjunto, es convergente y permite corroborar y reproducir la realidad de los hechos relatados.

Por ello, considero que el decisorio recurrido no se encuentra viciado de la arbitrariedad que se le atribuye, sino que la determinación de la intervención del inculpado ha sido la lógica consecuencia de la adecuada meritación de los elementos probatorios incorporados al juicio; ello pues las conclusiones a las que se arriba en el fallo constituyen la derivación necesaria y razonada de las constancias de la causa, y la aplicación del derecho vigente al caso concreto, contando con el grado de certeza necesario exigido a todo veredicto de condena, sin que las críticas que formulan las defensas logren conmovir lo resuelto como acto jurisdiccional válido (arts. 123, 398, 404, inc. 2º del C.P.P.N.).

Por último, es dable recordar que la Corte Suprema ha establecido que la aplicación de la doctrina de la arbitrariedad es de naturaleza excepcional, pues su objeto



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 20 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 17200/2013/TO2

se ciñe a la superación de graves falencias de fundamentación o de razonamiento que afecten la validez del acto jurisdiccional que se cuestiona, todo lo cual, no se verifica en el presente caso (cfr., esta Sala, causa n° 749, "Frías, Martín Daniel s/recurso de casación", fallada el 26-03-98, reg. n° 1199-; causa n° 4727, "Quintero, Fernando Alejo s/recurso de queja", rta. el 08-10-04, entre muchas otras, y C.S.J.N., Fallos: 310:234; 76:861; 311:341; 571:904; 312:195).

A tenor de lo expuesto, considero que la sentencia condenatoria impugnada no adolece de los vicios que el recurrente le atribuye, por lo que no corresponde hacer lugar a la tacha de arbitrariedad formulada.

En lo que respecta al agravio por la calificación legal atribuida a su defendido, el recurrente manifestó que subsidiariamente debía aplicarse la figura del homicidio preterintencional.

Sin embargo para formular sus agravios se limitó a reiterar el planteo que hizo durante el juicio y que fuera respondido por los jueces del tribunal oral en la sentencia recurrida.

En la inteligencia de que en el caso se verifican los elementos objetivos y subjetivos del homicidio agravado, los sentenciantes descartaron el encuadre en el homicidio preterintencional. En efecto, se dispuso condenar a Alexis Ezequiel BEJARANO como coautor de homicidio agravado por alevosía (arts. 45 y 80 inciso 2° del Código Penal).

Para así decidir, destacaron que la muerte la víctima se produjo, a resultas de *"las quemaduras críticas en el 45 % del cuerpo por combustión intencional según el informe de fs. 47 e historia clínica de fs. 107/150, de la que se desprende que el paciente ingresó con quemaduras críticas debido a combustión intencional en la vía pública, con mala evolución y falla orgánica múltiple que desencadenó su óbito, 256, y del informe de autopsia de fs. 97/104, del que surge que Elvio Sosa Ruiz falleció a causa de quemaduras críticas, congestión y edema pulmonar."*

En este sentido, señalaron que *"todo el accionar desplegado resultó en sí mismo eficiente para producir la*



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 20 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 17200/2013/TO2

ignición toda vez que se utilizó un acelerador de combustión que aseguró el incendio, y de tal forma, afectar zonas vitales, ya que la aspersion de dicho inflamable se produjo sobre el cuerpo de la víctima, específicamente en la zona superior de su cuerpo, de tal suerte que las quemaduras importaron afectación en la cara, más específicamente en la mucosa labial y bucal y en el cuello en laringe y faringe.”.

Así, la contundencia de conclusiones anteriores permitió al tribunal oral descartar la hipótesis del homicidio preterintencional. La figura penal propuesta por la defensa es aplicable cuando la muerte de una persona se produce más allá de la intención que motivó al sujeto activo.

Conforme lo previsto en el art. 81, inciso 1º b) del C.P., el tipo preterintencional comprende a quien con el fin de causar un daño en el cuerpo o en la salud (lesiones), produjere la muerte de alguna persona, siempre que el medio empleado no debía razonablemente ocasionarla. Sobre este aspecto, no puedo dejar de señalar que de la descripción de los hechos y las pruebas arrojadas al juicio surge que en el caso el fuego era un medio que podía razonablemente causar la muerte.

En el caso de autos, quedó debidamente acreditado que el accionar de los imputados estaba dirigido a producir la muerte de la persona y, efectivamente, la muerte se produjo como resultado de ese accionar, motivo por el cual se debe descartar la aplicación de la figura preterintencional del homicidio y corresponde rechazar el agravio también en este punto.

V. Finalmente en torno a la imposición a Alexis Ezequiel BEJARANO de accesorias legales, ya he tenido oportunidad de adelantar las razones por las que considero ahora que la segunda y tercer disposición del art. 12 del C.P. en tanto restringe el ejercicio de la patria potestad y la disposición y administración de los bienes de las personas condenadas a penas privativas de la libertad mayores a tres (3) años resulta inconstitucional (cfr. causa nº 871/2013 caratulada “Ramírez, Juan Ramón s/recurso de casación”, Reg. Nro. 2231/14.4, rta. el 6/11/2014).



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 20 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 17200/2013/TO2

Ahora bien, la naturaleza de las cuestiones jurídicas en juego que sustentaran la declaración de inconstitucionalidad referida me inclinan en una interpretación *pro personae* a permitirme salir de la zona de autorestricción propia de los magistrados judiciales con el objeto de mejor garantizar los derechos en juego mediante un examen de su constitucionalidad aun cuando no exista en el caso un concreto pedido de parte; se trata como ha dicho nuestro más alto tribunal de una aplicación del principio *iura novit curia* y, nada menos, de la supremacía de la Constitución Nacional.

Es que esta postura concilia mejor el más adecuado equilibrio y los límites del Poder del Estado frente al individuo encarcelado, quien goza de todos los derechos constitucionales cuya restricción no derive necesariamente de la privación de la libertad (Fallos: 318:1894 y 334:1216) y, en tal sentido, merece recibir del Estado condiciones de trato digno que, de no cumplirse, tornarían al encierro en ilegítimo.

En el mismo sentido, algunos aspectos de la norma del art. 12 del C.P. -en términos generales- se presentan contrarios a los fines y principios de la pena privativa de la libertad como la reinserción social y más concretamente al fortalecimiento paulatino de los lazos familiares, sociales o laborales, ocasionando perjuicios adicionales que dificultan el regreso al medio libre y afectan, de ese modo, el principio rescocializador de la ejecución de la pena.

También viene a favor del examen de oficio el interés superior del niño (art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) como una pauta hermenéutica que debe orientar y condicionar la decisión de los tribunales de todas las instancias.

Se presenta plenamente aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que admite la posibilidad de que los jueces ejerzan de oficio el control de constitucionalidad de una disposición normativa y la declaren de oficio inconstitucional en casos en los que la norma entra en pugna de modo manifiesto con los derechos establecidos en nuestra Constitución Nacional (M. 102.



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 20 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 17200/2013/TO2

XXXII. Recurso de hecho en la causa "Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/demanda contencioso administrativa", resuelta el 27/9/2001).

En el citado precedente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "Este principio, por el que se le concede a los jueces la potestad de suplir el derecho que las partes no invocan o que invocan erróneamente, incluye el deber de mantener la jerarquía normativa de nuestro orden jurídico, de allí que una sentencia que aplique normas inconstitucionales se subleva en contra de aquélla" y que "...la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia - nacionales y provinciales- de examinar las leyes en los casos concretos que se traten en su decisión comparándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y de abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituye uno de los fines superiores y fundamentales del Poder Judicial Nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consagrados en la Constitución contra los abusos posibles de los poderes públicos, atribución que es derivación forzosa de la distinción entre los poderes constituyente y legislativo ordinario que hace la Constitución, y de la naturaleza necesariamente subordinada del segundo (Fallos: 33:162, 194)" (considerando 11º del voto de Boggiano en "Mill de Pereyra", cit.).

En idéntico sentido, sostuvo que "...cuando se someten a conocimiento de los jueces cuestiones de derecho... en el ejercicio de la potestad de suplir el derecho que las partes no invocaron, atendiendo al principio *iura novit curia* y el ineludible deber de mantener la supremacía de la Constitución, se hallan facultados para hacer tal declaración..." (B. 1160. XXXVI. Recurso de hecho deducido en causa "Banco Comercial de Finanzas S.A.", resuelta el día 19/8/2004).

A estas consideraciones, cabe agregar lo expresado por nuestro más alto tribunal en cuanto a que "...tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 20 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 17200/2013/TO2

directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos. En el precedente "Mazzeo" (Fallos: 330:3248), esta Corte enfatizó que "la interpretación de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)" que importa "una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos..." y que "...el Poder Judicial debe ejercer una especie de `control de convencionalidad´ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre los derechos humanos (caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124, considerando 21)" (R. 401. XLIII. Recurso de hecho deducido en causa "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino sobre daños y perjuicios", resuelta el 27/11/12).

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado en el caso "Trabajadores Cesados del Congreso" el deber que tienen los órganos del Poder Judicial de ejercer no solo un control de constitucionalidad sino también de "convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana ("Caso Trabajadores Cesados del Congreso, Aguado Alfaro y otros vs. Perú", del 24 de noviembre de 2006); criterio reiterado en los casos "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia", del 1 de septiembre de 2010, parágrafo 202; "Gomes Lund y otros vs. Brasil", del 24 de noviembre de 2010, parágrafo 176 y "Cabrera Garcia y Montiel Flores vs. México", del 26 de noviembre de 2010, parágrafo 225.

Admitida en los términos expuestos la posibilidad que tienen los jueces de efectuar un control de constitucionalidad aunque no exista expresa petición de parte, habré de exponer los fundamentos por los cuales considero que la segunda y tercera disposición del art. 12 del C.P. resulta inconstitucional.

Al votar en la causa "Ramírez" citada sostuve que



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 20 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 17200/2013/TO2

la norma del art. 12 violaba el principio de resocialización de la ejecución de las penas en tanto afecta la continuidad de los lazos familiares y sociales y el contacto fluido del interno con el mundo exterior, así como el ejercicio de sus derechos de contenido patrimonial, en tanto lo situaban en un plano de desigualdad con respecto a los demás sujetos de derecho, impidiéndole cumplir adecuadamente con sus obligaciones inherentes a la patria potestad y de actuar en un plano de igualdad frente a terceros en la administración y disposición de sus bienes por acto entre vivos, sometiéndolo de manera forzada al régimen de la curatela, generando un efecto estigmatizante que se apartaba de la finalidad resocializadora de la ejecución de la pena.

Agregué que el carácter genérico de la norma y su aplicación automática en tanto y en cuanto se constatare una situación objetiva, esto es: la imposición de una condena superior a los tres años, impedía una reflexión particular del caso que permitiera evaluar la concreta vulneración a los derechos humanos que su aplicación pudiera generar.

Así, consideré que la "...la referida normativa -que se arroga la aplicación de medidas que, de resultar necesario, deberían canalizarse en ámbito ajenos al derecho penal-, lejos de reflejar una mera consecuencia de la condena con efectos tutelares, instituye una pena accesoria, de exclusiva índole moralista, infantilizante y paternalista, contraria al Estado de Derecho".

Sostuve también que la norma prevista en el art. 12 del C.P. menoscaba el principio de intrascendencia de la pena establecido en el art. 5.3 de la C.A.D.H. en tanto expresa que "La pena no puede trascender la persona del delincuente" en tanto las incapacidades civiles impuestas por el art. 12 del C.P. suspenden el ejercicio de los derechos y deberes emergentes de la patria potestad haciendo extensible las consecuencias de la pena impuesta al condenado a todo el entorno familiar, impidiendo que los padres puedan decidir sobre la crianza de sus hijos de acuerdo al proyecto de vida que aquéllos elijan.

Asimismo, destacué que la privación de la patria potestad atentaba contra el interés superior del niño



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 20 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 17200/2013/TO2

reconocido por la ley 26.061 como la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos y garantías y el deber que tiene el Estado en la protección de la familia, entendida como el elemento natural y fundamental de la sociedad.

Por lo expuesto y con remisión a los fundamentos expuestos en "Ramírez", corresponde declarar la inconstitucionalidad de la segunda y tercera disposición del art. 12 del C.P. y, consecuentemente, dejar sin efecto la sentencia condenatoria pronunciada en cuanto a la imposición de las accesorias dispuestas en dicha normativa.

VI. Por lo expuesto, voto por: I. Rechazar sin costas el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Alexis Ezeuigel BEJARANO contra la sentencia de fs. 606/629 vta. y tener presente la reserva del caso federal efectuada por la parte (arts. 530 y 531 *in fine* del C.P.P.N.). Y, II. Declarar la inconstitucionalidad del artículo 12, segunda y tercera disposición, del C.P., y que se deje sin efecto la imposición de las accesorias dispuestas en dicha normativa respecto de Alexis Ezequiel BEJARANO.

El señor **juez doctor Mariano Hernán Borinsky** dijo:

Que coincido, en lo sustancial, con los fundamentos expresados por el doctor Gustavo M. Hornos en los puntos III y IV de su voto.

Sólo he de agregar, que con respecto al estado de duda planteado por la defensa corresponde realizar una serie de precisiones en virtud del carácter predominantemente subjetivo que encierra la duda y, de ahí, las posibles opiniones encontradas que pueden o suelen verificarse sobre un mismo cuadro probatorio. Este principio, directamente ligado con el estado de inocencia del que goza toda persona a la que se le dirige una imputación penal (art. 18 de la C.N, 8.2 de la C.A.D.H y 14.2 del P.I.D.C.P.) exige que la sentencia condenatoria sólo puede ser el resultado de la convicción a la que llegue el tribunal fuera de toda duda sobre los hechos, las circunstancias que los vincula y la intervención del imputado.

Cualquier incertidumbre en la convicción del juez



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 20 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 17200/2013/TO2

sobre la cuestión a la que es llamado a fallar, debe ser ineludiblemente resuelta a favor del imputado.

Por ende, la falta de certeza o las dubitaciones que tornen aplicable el principio favor *rei* para dar solución al conflicto penal deben encontrarse ancladas en el análisis conjunto de todos y cada uno de los elementos de juicio incorporados al legajo para desarrollar la tarea intelectual que debe seguir el órgano jurisdiccional respetando los principios que la rigen. En otras palabras, la duda o falta de certeza debe ser el resultado del juicio de valor integral del plexo probatorio. De adverso, no puede ser el producto de puras subjetividades ni del estudio aislado de determinados componentes que integran el universo probatorio.

De ahí que no pueda seguirse a la defensa en la arbitrariedad que plantea. Ello desde que los elementos de juicio introducidos al debate, valorados según las reglas de la sana crítica racional, permiten arribar a un estado de certeza respecto de la efectiva responsabilidad de Bejarano por el hecho que le fue endilgado.

Nótese en este sentido, que el tribunal no valoró aisladamente la declaración de la testigo Lucía Fabiana Tapia en el debate, sino que, por el contrario, lo hizo en conjunto con el resto de la prueba incorporada: las impresiones de conversaciones de la cuenta de Facebook del imputado en la que se lo identifica como "Chuki" (al igual que las personas de la zona donde se desarrollaron los hechos, que sindicaban a una persona con ese apodo como uno de sus autores materiales), el informe de la División Siniestros de la Superintendencia Federal de Bomberos (que da cuenta que el proceso combustivo se inició y produjo sobre el cuerpo y la ropa de la víctima y que en el lugar se hallaron trazas de hidrocarburos), el reconocimiento en rueda de personas (donde Tapia identificó al imputado), la historia clínica de la víctima (que refiere su ingreso al Hospital de Quemados con quemaduras críticas debido a combustión intencional) y la autopsia (de la que surge que Elvio Sosa Ruiz falleció a causa de quemaduras críticas, congestión y edema pulmonar).



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 20 DE LA CAPITAL FEDERAL
CCC 17200/2013/TO2

Por lo expuesto, de conformidad con lo propiciado por el señor Fiscal General de Casación, Dr. Javier De Luca, considero que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Alexis Ezequiel Bejarano y, en consecuencia, confirmar la condena de prisión perpetua, accesorias legales y costas que le fue impuesta. Sin costas en esta instancia (Arts. 530 y 531 *in fine*, C.P.P.N.).

El señor juez Juan Carlos Gemignani dijo:

Que, por compartir sustancialmente, habré de adherir a las consideraciones efectuadas en los puntos I, II, III y IV del voto del juez Gustavo M. Hornos, que cuenta con la adhesión del juez Mariano Hernán Borinsky, sin costas (arts. 530 y 531 *in fine* del C.P.P.N.).

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal

RESUELVE:

I.- RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 633/645 por el defensor particular de Alexis Ezequiel BEJARANO contra la sentencia de fs. 606/629 vta., sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 *in fine* del C.P.P.N.).

II.- TENER PRESENTE la reserva de caso federal efectuada por la parte.

Regístrese, notifíquese y oportunamente comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de la Secretaria de Jurisprudencia de esta Cámara (Acordada 15/13, CSJN).

MARIANO HERNÁN BORINSKY

JUAN CARLOS GEMIGNANI

GUSTAVO M. HORNOS

Ante mí: