

La responsabilidad parental durante la ejecución de la condena penal*

I. Introducción

La responsabilidad parental es el conjunto de derechos y obligaciones que unen a los progenitores con sus hijas e hijos. Se trata de un subsistema de regulación civil sumamente relevante en la vida de las personas, por lo que su articulación legal debe ser cuidadosa y contemplar todas las circunstancias particulares de los individuos que en cada caso integran la relación. Así, por ejemplo, el legislador debe contemplar los casos en que quien ejerce la responsabilidad parentales un matrimonio, mixto o igualitario, o son padres no convivientes, o se trata de una persona, ya fuere un padre, una madre, una tía, un abuelo, etc. En fin, debe tenerse en cuenta todos los escenarios posibles y, en cada uno, el interés de los niños, niñas y adolescentes involucrados.

Una situación problemática se da cuando uno de los padres (o ambos) se encuentra cumpliendo una condena penal. Una pena privativa de libertad constituye una de las situaciones más extremas en las que se puede encontrar una persona. Implica una importante restricción de derechos cuya justificación se encuentra en constante discusión y es objeto de serias críticas.

Nuestro derecho penal vigente establece una variedad de penas: prisión, reclusión, multa e inhabilitación. Sin embargo, además, se aplican a los condenados ciertas consecuencias adicionales que recortan sus derechos. El art. 12 del Código Penal (CP) establece que la condena privativa de libertad superior a tres años importa— además de la inhabilitación absoluta— cierta incapacidad civil consistente, entre otras cosas, en la suspensión de la responsabilidad parental. Además del Código Penal, el Código Civil vigente también contempla esta limitación en su art. 309.

De concretarse la reforma en curso, la solución sería reafirmada en el nuevo art. 702 que establece que:

* Documento elaborado por los estudiantes del curso de práctica profesional de la Procuración Penitenciaria de la Nación y la Facultad de Derecho de la UBA y del curso de práctica profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo.

“El ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure:

(...)

b) el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de TRES (3) años”.

Sin embargo, la conveniencia de los artículos 12CP y del 309CC, así como su constitucionalidad, se encuentran seriamente cuestionadas. La situación de las familias con padres penados reviste suma importancia, tanto por la cantidad de casos que existen como por las consecuencias que acarrea.

Por ello, en el marco de la discusión de un posible nuevo código civil resulta propicio evaluar la cuestión y preguntarnos si la suspensión de la responsabilidad parental durante el encierro carcelario constituye la solución más adecuada.

A lo largo de este trabajo expondremos algunas de las cuestiones que consideramos de mayor trascendencia y que podrían ayudar a definir el futuro de la cuestión. En primer lugar, analizaremos el instituto de la responsabilidad parental y las consecuencias de su suspensión con relación al hijo menor de edad, teniendo en cuenta los principios, derechos y garantías que lo amparan. En segundo lugar, evaluaremos los fundamentos de la suspensión y su eficacia. En tercer lugar, examinaremos la suspensión de la responsabilidad parental a la luz de nuestra Constitución Nacional. Posteriormente analizaremos la legislación de aquellos países que tradicionalmente inspiraron nuestro Derecho y, finalmente analizaremos la forma en que ha tratado la cuestión la justicia, teniendo en cuenta la cantidad los casos que se han suscitado y la diversidad de criterios adoptados por los distintos tribunales.

II. Consecuencias del instituto con relación al hijo menor de edad del condenado

La responsabilidad parental comprende los deberes y derechos que los padres tienen con relación a sus hijos menores de edad no emancipados. A pesar de haber sido concebida en su origen como una potestad que los padres tenían sobre sus hijos (en virtud de la

cual podían disponer de ellos en formas incluso perjudiciales), hoy tiene una finalidad inversa: está destinada a proteger a los menores de edad, por lo que todas las cuestiones relativas a ella deben resolverse teniendo en cuenta el superior interés del niño.¹

El superior interés del niño y su derecho a vivir con una familia que satisfaga sus necesidades materiales, psicológicas y afectivas, son principios fundamentales en el Derecho de Familia argentino, reconocidos expresamente en nuestra Constitución y en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional².

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) destaca en su preámbulo que “...la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,” y que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión...”. A su vez, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), establecen en sus art. 16.3 y 17 (respectivamente) que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.” Por otro lado, el art. 9.1 CDN establece que “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”. En igual sentido el art. 6 de la Declaración de los Derechos del Niño (DDN) dispone que “El niño, para el pleno desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre”. Además, tanto el art. 18.1 CDN como el

¹ A. C. Belluscio, “Manual de Derecho de Familia” Tomo II, 7º Edición, Ed. Astrea, pág. 356.

G. A. Bossert y E. A. Zannoni, “Manual de Derecho de Familia” 6º Edición. Ed. Astrea, pág. 555.

² Arts. 14 bis y 75 inc. 22; art. 3 Convención sobre los Derechos del Niño; 12.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos, V Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 17 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 17 y 11.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

art. 7 DDN y el 26.3 DUDH señalan que corresponde a los padres la responsabilidad principal en la educación de sus hijos³.

La suspensión de la responsabilidad parental, en consecuencia, debe estar regida por el superior interés del niño, para lo que debe tener en cuenta la situación en que éste se encuentra y en la que se lo colocará. El interés del niño no es algo abstracto o aséptico, sino que se refiere a una realidad humana concreta y pluridimensional: su salud, su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material. Por lo tanto, el superior interés del niño sugiere la conveniencia de limitar una regulación legislativagenerica y privilegiar, en cambio, mecanismos para la toma de decisiones más sensibles a las características de cada situación. Por ejemplo, dejando en manos del poder judicial la decisión concreta acerca de qué es lo mejor para un niño en cada caso concreto en que uno de los titulares de su responsabilidad parental sufre una condena penal.

Un mecanismo individualizado para la toma de decisiones, como el judicial, puede valorar qué es mejor para el niño, y tener en cuenta los usos y costumbres del medio social y cultural en que se ha desenvuelto habitualmente. El Estado debe respetar la identidad y pluralidad cultural, apartarse de convicciones y valoraciones personales y decidir en forma versátil pero no arbitraria cada caso. Debemos exigir del estado racionalidad en el juicio de valor y la consideración de los datos y circunstancias del caso concreto, la sensata ponderación de los hechos, la equilibrada valoración de lo que convenga al niño o niña, sus beneficios y riesgos, las ventajas e inconvenientes de cada opción posible, todo lo cual debe conducir a una prudente decisión al respecto en vista de la mejor protección de los derechos fundamentales del niño y con una visión de su futuro, haciendo predominar los valores de igualdad, familia e inclusión social que la Constitución consagra.

³ Art. 18.1 CDN: “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”

Art. 7 DDN: “El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.”

Art. 26.3 DUDH: “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.”

En el camino hacia una decisión, además, las niñas y niños deben poder expresarse en todo proceso que lo afecte, ya sea personalmente o por medio de representantes, y siempre teniendo en cuenta su edad y madurez⁴.

La suspensión automática de la responsabilidad parental de los condenados a más de tres años de prisión, también afecta a los niños y niñas involucrados en varios aspectos. Las decisiones sobre su vida, desde las más cotidianas, como los permisos para asistir a una reunión, o la inscripción en un determinado establecimiento educativo, hasta otras más trascendentes, como la autorización para salir del país o contraer matrimonio, serán tomadas unilateralmente por la persona que esté libre, o por quien ejerza la responsabilidad parental, incluso a pesar de que quien se encuentra privado de su libertad no necesariamente resulta menos idóneo para ello, o no por ello no resulta un referente valioso y de consulta por parte de la propia persona menor de edad. Lo mismo sucede con la administración de los bienes, o la representación legal del niño.

La convivencia y la comunicación del niño/a con su padre, más allá de los obvios obstáculos que sufre por la privación de libertad de éste, resulta seriamente amenazada por la suspensión de la responsabilidad parental, pudiendo causar así un perjuicio grave al niño/a que requiere contacto con su familia de origen para su mejor desarrollo.

Todo esto justifica que la suspensión de la responsabilidad parental sea consecuencia de un proceso específico, judicial, para cada caso concreto, y teniendo en cuenta, sobre todo, los intereses del niño, se decida lo mejor para ellos y ellas.

Sin embargo, nuestros Códigos Civil y Penal establecen un procedimiento automático y abstracto que desconoce los intereses del niño y se funda únicamente en la presunción infundada de que el condenado a una pena relativamente *graveno* puede en ningún caso ejercer sus deberes parentales apropiadamente; ni siquiera, con ayuda externa.

III. La ley y los efectos del encierro

⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 12.

La incapacidad civil establecida en el art. 12CP se justifica habitualmente sobre la base de que es útil al objetivo de tutelar los derechos del condenado debido a que por su situación no podría ejercerlos correctamente. Así lo entendió la Comisión Especial de Diputados, en cuya exposición de motivos expresó: *“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”*⁵.

Sin embargo, la privación de libertad no necesariamente implica la imposibilidad de ejercer la responsabilidad parental. En este sentido Zaffaroni indica que:

*“...el penado no está fácticamente imposibilitado de ejercer los derechos que el art. 12 cancela. Por otro lado, si el encierro mismo determinara la incapacidad, no tendría mucho sentido una previsión legal que regulara lo que es obvio. (...) Si bien el art. 12 prevé la privación de la patria potestad, debe interpretarse restrictivamente su alcance para no afectar el principio de proporcionalidad mínima entre injusto y pena, por lo que esta incapacidad debe operar solamente en los casos en que la inhabilitación puede vincularse con la naturaleza del hecho (por ej. Delitos cometidos por los padres contra los hijos menores), pues como queda claro, el hecho físico del encierro no impide a los padres ejercer las obligaciones y derechos sobre las personas y bienes de los hijos para su protección y formación mientras sean menores y no se hayan emancipado (art. 256, CC)”*⁶

Este argumento también fue sostenido por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal⁷:

“La incapacidad civil contenida en el artículo 12 del Código Penal tiene carácter de pena accesoria y no de una consecuencia accesoria de la condena, pues la privación de libertad no implica que el condenado esté fácticamente imposibilitado de ejercer aquellos derechos que la norma cancela...”

⁵ C. P., ed. of., p. 122. Conf. Orgaz, La incapacidad civil de los penados; Juan Agustín Moyano, op. cit. Conf. también Horacio Valdez, Incapacidad civil de los penados, "Rev. de la Fac. de D.", Buenos Aires, t. Vil (1928), p. 485; Héctor P. Lanfranco, La incapacidad civil de los penados, "Rev. Penal y Penit", 1940, núm. 18, p. 515.

⁶Zaffaroni, E.R.; Alagia, A. ;Slokar, A.: Derecho Penal, parte general, 2º edición, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 985/987.

⁷Del voto en mayoría de la Dra. Ledesma - Causa n° 5790 - "Martino, Santiago Marcelo; Chaves, Miguel Ángel s/ recurso de inconstitucionalidad" - CNCP - Sala III - 17/07/2007.

Y de hecho, son varios los casos en los cuales las personas condenadas solicitan permiso para cumplir sus obligaciones y para gozar de los derechos que emanan de la relación parental. Así, por ejemplo, lo describió el Juez de Ejecución Penal de Gral. Roca (Río Negro):

“...es común recibir en el tribunal peticiones 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.

(...) en esta área también los penados ejercen, de hecho y en algún 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” (...)

Esta es la realidad penitenciaria, a pesar de las claras disposiciones del art. 12 del Código Penal que impediría tales situaciones⁸

Otro ejemplo acerca del ejercicio de la responsabilidad parental intramuros es el caso de las mujeres condenadas que conviven con sus hijos menores de cuatro años dentro de la unidad penitenciaria⁹. En este caso es obvio que ellas ejercen la responsabilidad parental, o algunos de sus atributos, aunque sea de hecho.

En definitiva, queda claro por demás que varios aspectos de la responsabilidad parental se pueden ejercer y de hecho se ejercen, aún en el marco del encierro carcelario e incluso en contra de lo que sugiere texto expreso de la ley vigente. Pero también

⁸JEP Gral. Roca, "Defensor particular Dr. Jorge Crespo s/Planteo de Inconstitucionalidad", 07/04/2011.

⁹ Art. 195 ley 24.660; art. 17 3º párr. ley 26.061; art. 6 Declaración de los Derechos del Niño.

existen casos en los que, inversamente, la relación familiar resulta amenazada, o completamente imposibilitada, por el hecho del alojamiento del padre en la institución total. Los constantes traslados, el alojamiento en unidades sumamente distanciadas del domicilio de los hijos o del resto de la familia, la falta de acceso a medios de comunicación, entre otras barreras, impiden el contacto familiar de quien tiene derecho a gozarlo.

No hay dudas de que la situación de encierro complica severamente el normal ejercicio de la responsabilidad parental. Frente a ello, nuestro actual sistema parece intentar solucionar el problema a través de la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, cuyo fin es tutelar los derechos del penado. Sin embargo, el suspender los derechos del titular es una forma muy discutible de ayudar a quien se encuentra imposibilitado de ejercerlos.

Paradójicamente, además, la supuesta *medida tutelar* aplicada a personas privadas de libertad, resulta más gravosa que la sanción aplicada a quienes deliberadamente pusieron en peligro la seguridad o los bienes de sus hijos. En efecto, la privación de la responsabilidad parental es regulada en el actual art. 307CC como una sanción para casos en que los padres atenten contra la seguridad o los bienes del niño. Ella debe ser solicitada, examinada en cada caso particular y decidida judicialmente, existiendo posibilidad de que sea dejada sin efecto por resolución judicial si el padre demuestra un cambio en su conducta. La suspensión del derecho de los condenados, en cambio, a pesar de no constituir, supuestamente, una sanción, se aplica automáticamente, sin posibilidad de que el condenado o el niño se defiendan, ni de que soliciten la revocación y por el mero hecho de la magnitud de la pena establecida.

Lo cierto es que a pesar del objetivo tutelar que se le adjudica, este instituto tuvo un origen de carácter infamante y represivo, tanto en el derecho romano como en el argentino¹⁰. De hecho, en algunas legislaciones todavía se suele designar a las inhabilitaciones como “penas contra el honor”¹¹.

Esta situación fue atenuada con el paso del tiempo de manera de adaptarse a nuestro actual Estado de Derecho, pero aún conserva el carácter desdoroso y carente de finalidad tutelar. Así lo entendió Sebastián Soler que consideró a la incapacidad civil

¹⁰ El código Tejedor las incluía en el título de penas privativas del honor y humillantes.

¹¹ Así se las designa en la doctrina alemana. Liszt-Schmidt, § 65; Finger, S 100; Binding, Grundriss, § 99. Sobre el tema, en general, conf. Gaspar M. Campos, La inhabilitación en el C. P., L. L., t. 84, p. 8.

como una verdadera inhabilitación y decidió no incluirla en el proyecto de 1960:al suprimirla “...termina la incongruencia de sostener que se trata de una incapacidad de hecho y tutelar y, al mismo tiempo, aplicarla solamente a las condenas más graves y considerarla de derecho para no admitir la confirmación de los actos nulos otorgados por el penado”¹².

Es que no podemos perder de vista dos cuestiones centrales. La primera, es que la privación de libertad no imposibilita el ejercicio de la responsabilidad parental en todos los casos, ni en toda su extensión. La segunda es que en aquellos casos en que la prisión limita de hecho el ejercicio del derecho la suspensión no brinda en absoluto una solución tutelar eficiente.No queda más opción que asumir que no estamos ante una mera consecuencia accesoria de la pena con finalidad tutelar, sino ante unallana limitación de derechos como consecuencia de la condenay que tiene por fin irrogar un perjuicio adicional al condenado.

La norma que pretenda tutelar los derechos del recluso, por ello, debería tener en cuenta cuáles son los derechos que no puede ejercer, preguntarse seriamente si realmente está imposibilitado de ejercerlos y, solo en tal caso, arbitrar los medios necesarios para sortear estos obstáculos fácticos y lograr que la pena privativa de libertad se compatibilice con los roles que el condenado debe cumplir dentro de su familia.

Es decir, en lugar de suspender automáticamente el ejercicio de los derechos, facilitar su satisfacción. En otra de las ponencias presentadas ante esta Comisión el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)¹³ ha expresado en un sentido coincidente nuestro mismo parecer:

“En el caso concreto del derecho a la familia, la ley civil debería regular específicamente cómo llevar adelante sus relaciones una persona privada de libertad, en lugar de considerar que las penas relativamente más altas conllevan siempre y de modo genérico la exclusión de la persona condenada del régimen civil. El caso de la persona que delinque contra un hijo o hija puede ser un supuesto razonable de exclusión del régimen de responsabilidad parental, pero el autor de un delito cualquiera, por grave

¹² S. Soler, “Derecho Penal Argentino”, T. “II”, págs. 461/462.

¹³ El CELS es una organización no gubernamental que desde 1979 se dedica a la promoción y protección de los derechos humanos, el fortalecimiento del sistema democrático y el Estado de derecho en Argentina.

que fuera, no debería, como regla fija y automática, verse privado de su familia, ni la familia de su miembro segregado. Al contrario, el esfuerzo de la ley civil debe ser, en esos casos, regular el modo en que esa responsabilidad parental puede ser satisfecha cuando alguien enfrenta el obstáculo de la movilidad reducida y de los límites de hecho que impone el encierro. Pensar que las personas privadas de su libertad son automáticamente malos padres o que sus hijos no necesitan de ellos es un reflejo de un modo ya superado de entender el asunto”¹⁴.

IV. Conflictos entre la suspensión de la responsabilidad parental y la Constitución Nacional

Nuestro derecho cuenta con diversos límites jurídicos que limitan el poder punitivo del Estado y promueven el máximo goce de los derechos humanos, lo que incluye, naturalmente, a los condenados y a su familia. Aquel que ha sido declarado responsable penalmente por cometer un delito debe responder a través de la privación de ciertos derechos (principalmente su libertad), pero tanto él como su familia conservan el resto de sus derechos¹⁵, muchos de los cuales tienen jerarquía constitucional.

En este sentido, el CELS ha expresado su interés en que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación “...establezca un principio rector para que sólo los derechos expresamente restringidos por una sentencia penal sufran alguna modificación. Cabe recordar que por muchos años, los órdenes administrativo, laboral, civil o del trabajo, han reflejado las consecuencias dañosas de una condena en prohibiciones de derechos distintos de la libertad ambulatoria. Es por ello que consideramos que sería muy valioso poder contar con un principio expreso, en el sentido de no restringirse ninguno de los derechos civiles en virtud de una condena penal a menos que la sentencia expresamente así lo disponga sobre la base de una autorización legal y luego de satisfechas las exigencias del debido proceso. Siguiendo esta línea que proponemos, entendemos esencial que esta Comisión revise de manera cuidadosa todas las

¹⁴ Ponencia del CELS para la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, 22/08/2012.

¹⁵ 18CN; 2º Ley 24.660.

disposiciones que, de modo general y automático suponen privaciones genéricas de derechos civiles sobre la base de la condena penal.”¹⁶

A continuación, exponemos aquellos derechos constitucionales, tanto de los condenados como de sus hijos, que resultan afectados por la suspensión de la responsabilidad parental.

Intrascendencia de la pena: El principio de intrascendencia (o mínima trascendencia) de la pena establece que los efectos de ésta deben alcanzar sólo a aquél que cometió el hecho punible (18CN, art. 5.3CADH). Sin embargo, la suspensión automática de la responsabilidad parental importa serios perjuicios también para la familia del condenado. Un ejemplo de ello lo trae la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *X e Y*¹⁷. La señora X y su hija visitaban a su marido y padre de la nena, que se encontraba privado de su libertad. Pero para acceder a la visita ambas debían someterse a una revisión vaginal, justificada por el Estado en razones de seguridad. La Comisión, empero, decidió que dichos procedimientos de control y registro efectuados sobre los visitantes de los internos importan una violación de los arts. 5, 11 y 17 CADH, es decir, del derecho a la integridad personal, honra y dignidad, y protección de la familia, respectivamente. Otra situación similar, ocurre con los traslados espontáneos decididos arbitrariamente por los servicios penitenciarios. Ellos limitan parcial o totalmente la posibilidad de que la familia del condenado se contacte con él, generando así un perjuicio a la familia¹⁸.

La pena privativa de la libertad, en definitiva, indudablemente trasciende *de hecho* a la familia del condenado. Pero ello no obsta al deber de limitar al máximo esas interferencias o de tomar medidas para que ello no suceda (recurriendo a medios de seguridad menos intrusivos para los visitantes, sometiendo los traslados al control judicial, etc.). La suspensión de la responsabilidad parental implica un serio perjuicio en contra de los hijos del condenado, quienes pierden la relación esencial con su padre/madre, y también deben existir medios para que ello no suceda, por caso: habilitar

¹⁶ Ponencia del CELS para la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, 22/08/2012.

¹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 38/96, caso “Arenas” o “X e Y”, de 15 de octubre de 1996 (Informe Anual 1996, OEA/Ser.L/V.9, Doc. 7 rev.) aprobado en el 93º período ordinario de sesiones.

¹⁸ “La situación de los Derechos Humanos en las cárceles federales de la Argentina”, Informe Anual 2011, Procuración Penitenciaria de la Nación, págs. 222 y ss.

por vía legislativa el ejercicio de la responsabilidad parental y ofrecer las herramientas necesarias para que se ella se ejerza en lugar de suprimirla.

Libertad y Dignidad del condenado: La potestad de privar legítimamente de su libertad a una persona tiene alcances limitados. La libertad debe entenderse en sentido amplio y la pena sólo debe alcanzar a la libertad ambulatoria, debiendo dejar intactos los demás aspectos de la libertad personal. Así, los art. 15, 18 y 19 CN, 1º y 3º del Pacto de San José de Costa Rica y el 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica y su capacidad de derecho, a un poder de disposición, un área de intimidad, y establecen el principio básico de que todo lo que no está prohibido está permitido¹⁹.

Prohibir a un condenado tomar decisiones que fácticamente podría tomar, acerca de su vida o de la de sus hijos, afecta directamente su libertad y su dignidad, ya que ésta se encuentra íntimamente relacionada con la libertad personal y es indiscutiblemente reconocida por nuestro ordenamiento jurídico²⁰.

El art 11.2 CADH dispone que *“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.”* Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso que en función de la posición de garante del Estado frente al aseguramiento de los derechos y libertades de las personas privadas de libertad, éste debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para *“...garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquellos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la*

¹⁹Bidart Campos “Manual de la Constitución Reformada”, Tomo I, pág. 519.

²⁰Art. 18 CN, 10 PIDCP, 5 inc. 6 CIDH, Regla 60 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la ONU de 1957, Principio II de los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas.

persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible de aceptar"²¹.

Por otro lado, aplicar una pena al poseedor de una determinada característica personal (en este caso, la condición de condenado a más de tres años) independientemente del hecho cometido, implica un reproche moral que atenta contra su dignidad.

Derecho penal de acto: Para aplicar una pena, nuestra Constitución expresamente impone la necesidad de que exista un hecho concreto y previamente detallado en una norma penal²². El art. 12CP transgrede este principio en cuanto impone una pena no en virtud de un hecho concreto, sino de una condición personal del autor: la condición de condenado a pena superior a tres años. Ello implica dejar de tener en cuenta la lesión jurídica ocasionada y la culpabilidad, para aplicar la pena por una presunta inferioridad moral o psicológica, considerando un desvalor en una característica del autor. La esencia del "delito" radica en esta característica del autor²³. Así entendido, el derecho penal de autor es lo que fundamenta esta pena accesoria.

Según explica Zaffaroni, el sujeto que es alcanzado por el derecho penal de autor es penado por encontrarse en un estado de pecado, de inferioridad moral. Queda desechada la fundamentación de tipo fáctica o práctica que da sustento al instituto, la única que subsiste tiene contenido moral e indica que una persona que fue condenada a más de 3 años no es capaz, moralmente, de ejercer sus derechos y obligaciones como progenitor. Sin duda esta pena accesoria tiene un reproche moral sobre el sujeto, que excede completamente un derecho penal democrático y constitucional y deteriora la dignidad humana. El verdadero hecho punible cometido por el penado (aquél por el cual se encuentra privado de libertad) pasa a segundo plano y no tiene ninguna relación con esta pena accesoria²⁴.

²¹ Corte IDH "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004.

²² Art. 18 CN.

²³ E.R. Zaffaroni, "Manual de Derecho Penal, Pte. Gral." 2º edición, págs. 65 y ss.

²⁴ TO Necochea "Sorensen, Carlos Alberto s/ homicidio"; STJ Corrientes, "Miguel Sotelo", 10/04/2006; Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Deptal. de Mar del Plata, Sala III, "R., E. O. y S., J. E. s/ Homicidio Calificado"; JEP Gral. Roca (Río Negro), "Defensor particular Dr. Jorge Crespo s/Planteo de Inconstitucionalidad", 07/04/2011.

Derecho a la igualdad: La suspensión de la responsabilidad parental atenta contra el principio de igualdad (16CN), ya que realiza una distinción carente de justificación objetiva y razonable (arg. art. 28 CN)²⁵. En efecto, no hay argumentos sólidos para distinguir entre aquellos que se encuentran condenados a penas superiores a tres años de prisión y quienes se encuentran en libertad²⁶ o con penas inferiores a tres años, sobre todo teniendo en cuenta lo antes referido acerca de la posibilidad fáctica que tienen de ejercer ciertos derechos y deberes de su responsabilidad parental.

Siguiendo la idea de igualdad constitucional de Bidart Campos²⁷, debemos asegurarnos de cumplir ciertos “presupuestos de base”, a saber:

a) que el estado remueva los obstáculos de tipo social, cultural, político, social y económico, que limitan “de hecho” la libertad y la igualdad de todos los hombres;

b) que mediante esa remoción exista un orden social y económico justo, y se igualen las posibilidades de todos los hombres para el desarrollo integral de su personalidad;

c) que a consecuencia de ello, se promueva el acceso efectivo al goce de los derechos personales de las tres generaciones por parte de todos los hombres y sectores sociales.

Para ello, el art. 75 inc. 23 establece que es obligación del Congreso “*Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos (...)*”. Mientras que el art. 60 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la ONU de 1957 dispone que “*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.*”.

²⁵CIDH, OC-17/2002: “[l]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza... la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en ‘los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos’, advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando ‘carece de justificación objetiva y razonable’”

²⁶

²⁷Bidart Campos, “Manual de la Constitución Reformada” Tomo I, pág. 529.

Principio de resocialización: La ejecución de la pena privativa de libertad tiene como fin la resocialización del condenado, para lo cual es fundamental la construcción y el fortalecimiento de los lazos familiares²⁸. Con las tendencias resocializadoras y junto al desarrollo de la tecnología, la comunicación, el transporte, etc., el condenado ha dejado de ser un excluido, o un muerto civil. Ya no estamos frente a un ser corrompido e indigno que merece ser marginado de la sociedad y desconocido por su familia, sino ante un sujeto de derecho al que se intenta ayudar a construir una personalidad social y cambiar su autopercepción de modo de elevar su nivel de invulnerabilidad al poder punitivo²⁹.

En este sentido, la incapacidad jurídica que genera la norma desarticula la posibilidad de los condenados de mantener relaciones familiares. Es harto discutible que dicha situación acompañe a un objetivo resocializador de la pena. En este sentido, el CELS ha que “...*la subsistencia de las relaciones de familia, sus derechos y obligaciones, son parte del ideal resocializador y el Estado debe apuntalar que los condenados satisfagan esas exigencias legales, en lugar de excluirlos de su régimen*”³⁰.

No solo se propicia un sufrimiento adicional al condenado, sino que el instituto no está en línea con el objetivo de mantener un ámbito familiar que acompañe el proceso que debe atravesar una persona privada de su libertad. Por el contrario, a nivel teórico, el discurso de evitar el contacto de un condenado con sus hijos responde a una función de prevención especial negativa y la pena accesoria se dirige sobre la persona, no para que produzca efectos positivos, sino para neutralizar las consecuencias de su inferioridad moral. De esta manera, se logra neutralizar a aquella “célula social” e impedir el contacto con sus descendientes directos evitando el “contagio”.

V. Legislación comparada

La legislación de otros países de derecho continental muestra que la mayoría de ellos no cuenta con una norma que automáticamente cercene la responsabilidad parental de los padres privados de su libertad. El código civil italiano trata el tema en sus artículos 330

²⁸ Arts. 18 y 75 inc. 22 CN; 10.3 PIDCP; 5.6 CADH; 1, 16 y 158 a 167 Ley 24.660.

²⁹ E. R. Zaffaroni, Prólogo a “Manual práctico para defenderse de la cárcel”, Julio de 2006.

³⁰ Ponencia del CELS para la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, 22/08/2012.

y 333. En el primero establece que cuando el padre trasgreda sus deberes o abuse de su poder, el juez puede pronunciar la caducidad de la potestad. Mientras que el art. 333 dispone que cuando la conducta no configure los supuestos del art. 330, pero sea perjudicial para el niño, el juez puede tomar medidas al respecto. En términos como “el juez puede” se visualiza que las medidas no son automáticas, sino que requieren consideración y prudencia judicial en cada caso. Por otro lado, tanto el art. 332 como el 333 in fine prevén la posibilidad de que tales medidas sean dejadas sin efecto en cualquier momento.

El código civil francés, en su artículo 378-1, establece que la privación de la responsabilidad parental tendrá lugar en aquellos casos en que se ponga en riesgo la seguridad, salud o moralidad del niño. Y el código civil alemán (arts. 1666 y 1666^a) establece un principio similar, pero expresamente dispone que la privación de la responsabilidad parental tendrá lugar sólo si otras medidas no han tenido éxito para alejar el riesgo en el que se encuentra el niño.

Sin embargo, en otros países de la Europa continental se han tomado rumbos similares al de nuestro art. 309CC. Un ejemplo de ello es el artículo 1913 del código civil portugués, el cual establece que “*Se considerarán de pleno derecho privados del ejercicio de la patria potestad: a) Los condenados definitivamente por el delito al que la ley atribuya ese efecto;*”

Holanda nos trae un ejemplo interesante ya que regula la cuestión de manera similar a la nuestra, pero con variaciones afortunadas. Así, su artículo 269CC reza: “*Si el Tribunal de Distrito considera que ésta es necesaria en el interés superior de los niños, se puede privar a un padre el derecho de ejercer autoridad sobre uno o más de sus hijos, sobre la base de: (...)c. una convicción irrevocable: (...) 3º: a una pena de prisión de dos años o más.*” Con ello, se pone mayor énfasis en el interés superior del niño y dispone que el tribunal “podrá” (no “deberá”) privar de la responsabilidad parental al padre privado de libertad si ello resulta congruente con el interés superior del niño.

VI. El estado de la cuestión en la justicia

La jurisprudencia se encuentra dividida. Existen fallos a lo largo del país, de diversos tribunales, que entienden la suspensión de los deberes y derechos de familia tanto como

producto de la legítima potestad estatal de restringir derechos y proteger el interés general (y por lo tanto acorde a la Constitución y conveniente); como violatoria de indiscutibles derechos fundamentales y límites al poder punitivo.

Con todo, en los últimos tiempos, se desarrolló una corriente jurisprudencial que juzga inconstitucional al art. 12CP. En este sentido fallaron el Juez de Ejecución Penal de Gral. Roca (Río Negro)³¹, el Tribunal Oral de Necochea³², el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata (quien incluso consideró necesario declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en cuestión)³³, y el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes³⁴, entre otros.

Los principales argumentos están referidos a: la falacia de considerar el instituto como tutelar, cuando en realidad estamos ante una pena accesoria; a la realidad carcelaria como prueba de que los condenados no se encuentran impedidos de llevar a cabo los actos para los que se encuentran inhabilitados; a la estigmatización que esta pena produce en el condenado; y a la contrariedad que implica frente al objetivo resocializador de la pena.

Por otro lado, otros tribunales han desconocido la confrontación de la incapacidad civil con nuestra Constitución. Tanto la Cámara Nacional de Casación Penal (Salas I y II³⁵), como el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires³⁶ parecen reacios a permitir a los condenados el ejercicio de su responsabilidad parental y la administración y disposición de sus bienes. Expresaron que no se entiende de qué forma la incapacidad civil vulneraría la dignidad y humanidad del condenado, ni tampoco de qué forma obstaculizaría su resocialización. Y afirmaron que se trata de una incapacidad *de hecho* para ciertos actos, que tiene como fin proteger al condenado, que no puede ejercer tales actos por encontrarse privado de libertad.

Una excepción reciente, empero, es el criterio de la sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal al resolver *Martino, Santiago y otros /recurso de inconstitucionalidad*. La cuestión había devenido abstracta por el cumplimiento de la pena, pero la Dra. Ledesma (única jueza que se refirió a la cuestión de fondo) consideró

³¹ "Defensor particular Dr. Jorge Crespo s/Planteo de Inconstitucionalidad", 07/04/2011.

³² "Sorensen, Carlos Alberto s/ homicidio".

³³ "Sánchez, Graciela Noemí".

³⁴ "Miguel Sotelo".

³⁵ Respectivamente: "Sánchez, Graciela Noemí /recurso de inconstitucionalidad"; "Paredes".

³⁶ "M., D. E. s/ recurso de casación"

que la medida es de carácter punitivo y admitió que los condenados no se encuentran imposibilitados de ejercer los actos que la norma cancela.

Hasta donde nos ha sido posible relevar, la Corte Suprema no ha tenido oportunidad de expedirse sobre el asunto ya que, al momento de dictarse sentencia, los casos que planteaban el asunto fueron considerados abstractos, conforme a la doctrina del tribunal, por haber finalizado el plazo de condena o por haber obtenido el interesado la libertad condicional³⁷. Sin embargo, en el caso “Paredes” el Dr. Petracchi, en disidencia, se expresó sobre el fondo de la cuestión y confirmó la sentencia de la Sala II CNCP que reconoció la constitucionalidad del art. 12 CP. Los argumentos fueron los sostenidos por la Cámara, es decir que el art. 12 CP no estigmatiza al condenado ni soslaya la obligación del Estado de proveer a la correcta resocialización, sino que constituye un legítimo uso de la potestad estatal para restringir derechos en nombre del interés general.

El problema, en consecuencia, se encuentra vigente, dada la disparidad de criterios en las instancias anteriores y los previsibles recursos que se suceden constantemente. Ello tal vez tornaría inminente la aparición de un fallo en que la cuestión pueda ser estudiada y finalmente resuelta. Confiamos en que, finalmente, nuestro más alto tribunal, esperamos que en línea con una doctrina que ponga fin a la aplicación de un instituto arcaico e infamante.

VII. Conclusión

Luego del análisis realizado sobre el instituto de la suspensión de la responsabilidad parental de los condenados a penas superiores a tres años de prisión, estamos en condiciones de acercar a la Comisión las siguientes observaciones:

A pesar de ser un instituto relacionado principalmente al Derecho de Familia, la suspensión de la responsabilidad parental tal como está regulada no reconoce principios fundamentales de la materia como el superior interés del niño y la protección integral de la familia. El fundamento habitual para sostener su vigencia, además, es erróneo debido

³⁷Causas A.314.XLIII "Altamirano García, José Celso y otros s/inf. Ley 23.737"; S.645.XLIII "Simeone, Alberto Martín s/recurso de inconstitucionalidad"; L.416.XLIII "Leguizamón, Dionisio Ascencio s/recurso de inconstitucionalidad"; J.37.XLIII "Jerez, Carlos Alberto s/recurso de inconstitucionalidad"; P.590.XLIII "Pierce, Ricardo Ramón y otro s/recurso de inconstitucionalidad"; L.414.XLIII "López, Carlos Alberto s/recurso de casación"; S.822.XLII "Sánchez, Graciela Noemí s/causa n° 6499".

a que los penados no se encuentran imposibilitados de ejercer la responsabilidad parental, sino que están en condiciones de ejercerla y, de hecho, muchos lo hacen.

En aquellos casos en los que realmente los internos no pueden ejercer la responsabilidad parental, el instituto en su factura actual tampoco demostró ser idóneo en procura del interés superior del niño y causa los mismos o mayores inconvenientes que los que el “tutelado” y su familia ya tienen. Todavía más, debido a esta deficiencia a nivel tutelar y a los perjuicios que ocasiona al interno, es considerada por parte de la doctrina y de la jurisprudencia como una pura pena accesoria.

El instituto, asimismo, resulta altamente incompatible con varios principios, derechos y garantías reconocidos constitucionalmente, como la intrascendencia de la pena, el derecho penal de acto, la dignidad humana y la libertad personal, la igualdad, y el ideal de resocialización. Algunas legislaciones modernas, por cierto, han resuelto la cuestión en formas más idóneas, estableciendo procesos judiciales de conocimiento cuyo objetivo principal es proveer el interés superior del niño en línea con aquellos principios.

En consecuencia, creemos necesario que el legislador evalúe detenidamente la necesidad de mantener este instituto, así como su concreta regulación. La labora de actualización y reforma de la ley civil es una ocasión única para contar con un nuevo sistema que constituya una real y efectiva solución al problema, que le permita al condenado realizar los actos que estén a su alcance, y lo respalde y represente en aquellos que no lo están, siempre teniendo en cuenta el bienestar suyo y de su familia, el máximo goce de sus derechos, el respeto a su dignidad y su reinserción social.