

Voces:

PENA ACCESORIA ~ PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD ~ PRIVACION DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL ~ RESPONSABILIDAD PARENTAL ~ SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD

Tribunal: Tribunal en lo Criminal Nro.5 de Lomas de Zamora(TCrimLomasdeZamora)(Nro5)

Fecha: 07/08/2013

Partes: A., G. A.

Cita Online: AR/JUR/48541/2013

Hechos:

En un proceso en el cual el imputado fue condenado por tentativa de robo armado y portación de armas, se pidió la aplicación de la pena accesoria de privación de la patria potestad. El condenado solicitó cesura del juicio a fin de debatir la constitucionalidad de la pena impugnada. El tribunal declaró la inconstitucionalidad de tal privación.

Sumarios:

1 . La pena accesoria de privación de la patria potestad es inconstitucional pues viola la obligación estatal de protección a la familia consagrada por los arts. 1, 14 bis, 16, 18, 75, inc. 22 y 119 de la Constitución Nacional; 5, incs. 2º y 3º, 11, inc. 2º y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 7 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Texto Completo:

Lomas de Zamora, agosto 7 de 2013.

Cuestión primera:

¿Se encuentra probada la existencia del hecho materia del juicio?

A la cuestión planteada, el Dr. Pianta dijo:

Las diligencias producidas durante la investigación penal que originó la presente causa n. 4275, que por el acuerdo de los contendientes procesales y con la conformidad del imputado se han incorporado como pruebas en la audiencia de juicio celebrada, acreditan certeramente que siendo aproximadamente las 17:00 horas del día 28/09/2012, una persona de sexo masculino mayor de edad, ingresó a un local comercial sito en la calle Bourwardt n. ... de la localidad de Longchamps, partido de Almirante Brown, e intimidó a la Sra. P. A. P. con un arma de fuego tipo revólver calibre 32 marca Tiver serie ... con seis cartuchos intactos que portaba sin autorización legal, e intentó apoderarse ilegalmente de un perfume marca Ciel y de la suma de mil ochenta (1.080) pesos no logrando su cometido por razones ajenas a su voluntad.

La efectiva exteriorización de la conducta que he descripto, y que no ha sido controvertida, ha quedado certeramente probada por los dichos que bajo juramento de ley brindaron P. P. y D. T. a fs. 11 y 12. En ese aspecto he tenido presente que la víctima de autos describió con lujo de detalle el modo en que una persona de sexo masculino se presentó junto a una mujer en el local comercial que era propiedad de su marido y luego de discutir con la misma y solicitarle un perfume que estaba a la venta extrajo un arma de una mochila y le ordenó que le entregara todo el dinero. Asimismo la afectada refirió que luego de hacerse del botín el asaltante efectuó un disparo que impactó en el mostrador del comercio y emprendió la fuga. En igual sentido D. T. dijo encontrarse presente en el local comercial por ser empleada del mismo y en lo específico relató que pudo ver el despliegue de la ilícita conducta que describió la víctima de autos. Aclaró la testigo que cuando el asaltante retiró el arma de fuego de la mochila que portaba, logró esconderse en un baño y desde allí escucho la detonación del disparo que aquél efectuó. Relató que instantes después salió del sitio en el que se guareció notando que la Sra. P. P. se encontraba bien y que el maleante había escapado. Por su parte se agregó a fs. 20 una declaración testimonial que prestó el ciudadano M. Á. M. Esta persona dijo poseer un local de peluquería lindante al comercio siniestrado y, coincidiendo plenamente con la Sra. P., afirmó que al escuchar la detonación que produjo el disparo al que aludí observó la huida del asaltante. Siempre en plena compatibilidad con las expresiones de la víctima el testigo refirió que se dirigió al local de la Sra. P., y que inmediatamente y sin perderlo de vista salió en persecución de la persona que escapaba.

Dijo el Sr. M. que durante esa persecución dio con un funcionario policial al que alertó de lo ocurrido quién en definitiva logró apresar al maleante a quien se le incautó el arma que portaba y el perfume junto con el dinero que le pertenecía a la Sra. P. Esas manifestaciones encontraron respaldo en las que juramentadamente prestó el

policía R. J. a fs. 21 ya que el mismo detalló el modo en que, luego de impartir la voz de alto, logró aprehender al hombre que escapaba; extremos que se encuentran exteriorizados en el acta policial de aprehensión y secuestro de fs. 2 que además fue ratificada a fs. 11, 12 y 20 por P. P., D.T. y M. M.; y a fs. 21 y 28 por el aludido R. J. y por su colega M. C.

Obran a fs. 7 a 9 fotocopias certificadas de las placas fotográficas que se obtuvieron del perfume y el dinero objeto de sustracción. Por su parte las fotocopias certificadas de fs. 18 de las placas fotográficas que se tomaron del mostrador del comercio en el que ocurrió el suceso sometido a este juzgamiento penal, y el acta de inspección ocular de fs. 16, dan cuenta de la incautación del proyectil que se halló incrustado en el referenciado mostrador. Se agrega a todo lo mencionado que la pericia balística de fs. 73 certifica que el arma que portaba el asaltante era apta para el disparo, que la vaina incautada fue percutida por la misma, y que el proyectil hallado atravesó el cañón de aquélla. Consideraré también el informe del RENAR de fs. 84.

Por todo lo expuesto voto positivamente la presente cuestión por ser ello fruto de mi sincera y razonada convicción. Arts. 371, inc. 1, 373 y 210 del Cód. Procedimiento Penal.

A la misma cuestión, la Dra. Mora dijo:

Comparto íntegramente los argumentos expuestos por mi colega preopinante por lo cual voto en igual sentido, por ser ello mi sincera y razonada convicción. Arts. 371, inc. 1, 373 y 210 del Cód. Procedimiento Penal.

Al interrogante planteado, el Dr. Puime dijo:

Por compartir sus fundamentos me expido en igual sentido que el Dr. Pianta, por ser ello mi convicción sincera y razonada. Arts. 371, inc. 1, 373 y 210 del Cód. Procedimiento Penal.

Cuestión segunda:

¿Se encuentra acreditado que el acusado G. A. A. haya participado del hecho que se tuvo por probado?

A la cuestión planteada, el Dr. Pianta expresó:

Es absolutamente indudable que el presente interrogante, que no ha sido objeto de controversia entre las partes, debe ser afirmativamente contestado.

La sincera y razonada convicción que avala la respuesta que he adelantado se estructura en las no cuestionadas y categóricas afirmaciones del testigo M. Á. M. quien de un modo contundente y bajo juramento de ley aseveró a fs. 20 que una vez que el procesado G. A. A. emprendió la huida persiguió al mismo sin perderlo de vista hasta que alertó de lo ocurrido al policía R. J. quien logró apresar al acusado secuestrándole la totalidad del dinero y el perfume que A. intentó sustraer. En esa oportunidad también se produjo el secuestro del arma de fuego que el acusado portaba y que según el informe del RENAR de fs. 84, no contaba con autorización legal para hacerlo. Esas contundentes evidencias incriminatorias se hallan reflejadas en el acta agregada a fs. 2 que no solo no ha sido controvertida en autos sino que además fue ratificada a fs. 11, 12 y 20 por P. P., D. T. y M. M.; y a fs. 21 y 28 por el aludido R. J. y por su colega M. C. que cooperó con aquél en el traslado del acusado a la seccional policial actuante.

Por todo lo expuesto voto positivamente la presente cuestión por ser ello fruto de mi sincera y razonada convicción. Arts. 371, inc. 2, 373 y 210 del Cód. Procedimiento Penal.

A la misma cuestión, la Mora dijo:

Coincido plenamente con la conclusión a la que arribara el juez que lleva el primer voto, por ser ello mi convicción sincera y razonada. Arts. 371, inc. 2, 373 y 210 del Cód. Procedimiento Penal.

Sobre el mismo tópico, el Dr. Puime dijo:

He de compartir en un todo los fundamentos expuestos por el Dr. Pianta y voto por tanto por la afirmativa, por ser mi convicción sincera y razonada. Arts. 371, inc. 2, 373 y 210 del Cód. Procedimiento Penal.

3ª Cuestión:

¿Existen eximentes?

A la cuestión planteada, el Dr. Pianta expresó:

No han sido invocadas ni encuentro que existan circunstancias que permitan eximir al procesado de la sanción penal que debe imponérsele.

Por lo expuesto voto negativamente la presente cuestión por ser ello fruto de mi sincera y razonada convicción. Arts. 371, inc. 3, 373 y 210 del Cód. Procedimiento Penal.

Al mismo interrogante, la Dra. Mora dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante por compartir sus fundamentos, siendo ello mi convicción sincera y razonada. Arts. 371, inc. 3, 373 y 210 del Cód. Procedimiento Penal.

A la misma cuestión, el Dr. Puime señaló:

Me adhiero al voto del juez que lleva la primera voz, cuyos fundamentos comparto y por ser mi sincera y razonada convicción. Arts. 371, inc. 3, 373 y 210 del Cód. Procedimiento Penal.

Cuestión cuarta:

¿Median atenuantes?

A la cuestión en tratamiento el Dr. Pianta dijo:

Entiendo que, como lo solicitara el fiscal, resulta razonable considerar como un atenuante de la sanción penal que corresponda imponerle al acusado, el buen concepto informado en el informe ambiental presentado por la defensa pública y que el mismo no registra condenas anteriores. Por todo lo expuesto voto positivamente la presente cuestión por ser ello fruto de mi sincera y razonada convicción. Arts. 371, inc. 4, 373 y 210 del Cód. Procedimiento Penal.

Al interrogante en tratamiento, la Dra. Mora dijo:

Sobre el particular, voto en igual sentido que mi colega preopinante, por ser mi convicción sincera y razonada. Arts. 371, inc. 4, 373 y 210 del Cód. Procedimiento Penal.

A la misma cuestión, el Puime señaló:

Voto en idéntico sentido que mi colega que lleva el primer voto, por ser ello mi convicción sincera y razonada. Arts. 371, inc. 4, 373 y 210 del Cód. Procedimiento Penal.

Cuestión quinta:

¿Median agravantes?

A la cuestión planteada, el Dr. Pianta dijo:

No han sido invocadas ni encuentro que existan circunstancias que permitan agravar la sanción que legalmente corresponde imponerle al procesado por lo que voto negativamente la presente cuestión por ser ello fruto de mi sincera y razonada convicción. Arts. 371, inc. 5, 373 y 210 del Cód. Procedimiento Penal.

Al interrogante suscitado, la Dra. Mora dijo:

Votó en igual sentido que el juez que lleva la primera voz, por ser su convicción sincera y razonada. Arts. 371, inc. 5, 373 y 210 del Cód. Procedimiento Penal.

A la misma cuestión, el Puime dijo:

Que se unía a las consideraciones efectuadas por su colega que lleva el primer voto, por ser su convicción sincera y razonada. Arts. 371, inc. 5, 373 y 210 del Cód. de Procesal.

Veredicto

En mérito al resultado que arroja la votación de las cuestiones precedentemente planteadas y decididas, el Tribunal pronuncia respecto del imputado G. A. A. cuyas demás condiciones personales obran en autos, veredicto condenatorio por el hecho que acaeció el día 28/09/2012, en la calle Bourghardt n. ... de la localidad de Longchamps, partido de Almirante Brown en perjuicio de la Sra. P. A. P.

Con lo que terminó el acto, firmando los jueces, ante mí. Pedro D. R. Pianta.— María del Carmen Mora.— G. F. Puime

Acto seguido, a los efectos de dictar sentencia y prosiguiendo con el mismo orden de sorteo, se plantean las siguientes cuestiones:

Cuestión primera:

¿Qué calificación legal corresponde dar al hecho por el que ha recaído veredicto condenatorio?

A la cuestión planteada el Dr. Pianta dijo:

Tal como ha sido acreditada la conducta sometida a juzgamiento debe ser calificada legalmente como tentativa de robo agravado por el empleo de arma de fuego en concurso real con portación de arma de uso civil sin contar con la debida autorización legal. Operan las normas de los arts. 42, 55, 166, inc. 2, párr. 2 y 189 bis, inc. 2, párr. 3 del Cód.Penal.

Teniendo en cuenta que la presente cuestión no motivó ningún tipo de discrepancia entre las partes señalo que tanto las declaraciones testimoniales que he reeditado en la primera cuestión del veredicto, como la inspección ocular de fs. 16, el resultado de la pericia balística de fs. 73 y el informe del RENAR de fs. 84 me eximen de efectuar mayores precisiones al respecto.

Por lo expresado voto en el sentido indicado esta cuestión por ser ello fruto de mi sincera y razonada convicción. Arts. 42, 55, 166, inc. 2, párr. 2 y 189 bis, inc. 2, párr. 3 del Cód. Penal y 375, inc. 1, 373 y 210 del Cód. Procedimiento Penal.

A la misma cuestión, la Mora dijo:

Adhiero al voto del Dr. Pianta, por ser ello mi convicción sincera. Arts. 42, 55, 166, inc. 2, párr. 2 y 189 bis, inc. 2, párr. 3 del Cód. Penal y 375, inc. 1, 373 y 210 del Cód. Procedimiento Penal.

A la cuestión en tratamiento, el Puime expresó:

Sobre el particular, comparto en un todo lo señalado por el colega que lleva el primer voto, por ser mi sincera y razonada convicción. Arts. 42, 55, 166, inc. 2, párr. 2 y 189 bis, inc. 2, párr. 3 del Cód. Penal y 375, inc. 1, 373 y 210 del Cód. Procedimiento Penal.

Cuestión segunda:

¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Sobre este tópico el Dr. Pianta dijo:

Atento el veredicto condenatorio y la calificación legal sustentada por el hecho de autos, teniendo en cuenta la solicitud de cesura del juicio requerida por la defensa pública que invocó que, en el contexto de las características del presente proceso, resultaría inconstitucional la norma del art. 12 del Cód. Penal y por ende del art. 309 del Cód. Civil; la conformidad que al respecto prestó el agente fiscal para diferir el pronunciamiento de la sanción a imponer y toda vez que, como el Tribunal lo fundamentó en la audiencia de debate, entran en juego el interés superior del niño consagrado en el art. 3 de la Convención que integra el entramado normativo constitucional, el debido proceso y el ejercicio racional del poder sancionatorio estatal que emanan de los arts. 1 y 18 de la CN; propongo a mis colegas, diferir el pronunciamiento respecto a la sanción a imponer, y fijar como fecha para la audiencia de cesura del juicio para el día 21/08/2013, a las 09.00 hs.

Así lo voto por ser mi sincera y razonada convicción. Arts. 1, 40, 41, 42, 55, 166, inc. 2, párr. 2 y 189 bis, inc. 2º, párr. 3 del Cód. Penal y 210, 373 y 375, inc. 1 del Cód. Procedimiento Penal.

A la misma cuestión, la Dra. Mora dijo:

Voto en idéntico sentido que mi colega preopinante, por ser ello mi sincera y razonada convicción. Arts. 1, 40, 41, 42, 55, 166, inc. 2, párr. 2 y 189 bis, inc. 2, párr. 3 del Cód. Penal y 210, 373 y 375, inc. 1 del Cód. Procedimiento Penal.

A la cuestión planteada, el Dr. Puime dijo:

Voto en igual sentido que el juez que lleva la primera voz, por ser ello mi sincera y razonada convicción. Arts. 1, 40, 41, 42, 55, 166, inc. 2, párr. 2 y 189 bis, inc. 2, párr. 3 del Cód. Penal y 210, 373 y 375, inc. 1 del Cód. Procedimiento Penal.

Con lo que terminó el acto, firmando los jueces, ante mí. — Pedro D. R. Pianta.— María del Carmen Mora.— G. Federico Puime

Sentencia

Por lo que resulta del Acuerdo que antecede, el tribunal falla:

I. Condenar a G. A. A., apodado "Yimi", de 31 años de edad, con D.N.I. Nro. ..., de estado civil casado, instruido, de ocupación gastronómico, de nacionalidad argentino, nacido el día 13/08/1981 en la localidad de Don Bosco, partido de Quilmes, con domicilio en la calle El Zorzal ... de la localidad de San José, Temperley,

hijo de G. A. y de J. I. C., por resultar autor penalmente responsable del delito de tentativa de robo agravado por el empleo de arma de fuego en concurso real con portación de arma de uso civil sin contar con la debida autorización legal, ocurrido el 28/09/2012, en la localidad de Longchamps partido de Almirante Brown, en perjuicio de P. A. P. Arts. 1, 40, 41, 42, 55, 166, inc. 2º, párr. 2º y 189 bis, inc. 2º, párr. 3º, Cód. Penal y 210, 373 y 375, Cód. Procedimiento Penal.

II. Diferir el pronunciamiento respecto a la sanción a imponer, y fijar fecha de audiencia para la cesura del juicio, para el día 21/08/2013, a las 09 hs. Arts. 372 del Cód. Procedimiento Penal, 3 de la Convención por los Derechos del Niño y 1º y 18 de la Constitución Nacional.

Regístrese y téngase por formalmente notificados al agente fiscal de Juicio, a la defensora oficial y al imputado A. con la lectura de la presente por Secretaría (art. 374 del Cód. Procedimiento Penal).

Lomas de Zamora, agosto 27 de 2013.

Siendo las 09:00 horas se constituye el Tribunal en lo Criminal N° 5 del departamento judicial de Lomas de Zamora integrado por los Sres. Jueces Dra. María del Carmen Mora – en ejercicio actual de la presidencia – y Dres. G. Federico Puime y Pedro Dardo Raúl Pianta en dependencias del Tribunal a efectos de efectuar el pronunciamiento sobre la sanción a imponer en los términos del artículo 372 del Código Procesal penal en la causa nro. 07-00-055971-12 –reg. Interno 4275/5–seguida a G. A. A. en orden al delito de robo calificado por el empleo de arma defuego en grado de tentativa, en concurso real con portación de arma de uso civil sin contar con la debida autorización legal. Siguiéndose con el orden de votación que surgiera del sorteo oportunamente efectuado al dictar el veredicto se plantearon las siguientes.

1ª cuestión:

¿Teniendo en cuenta la conducta ilícita probada en autos, la situación biopsicosocial del acusado, y la voluntad exteriorizada por el mismo corresponde que, como lo solicitó la defensa pública, se declare en autos inconstitucional la aplicación de las normas del art. 12 del Cód. Penal y del art. 309 del Cód. Civil en lo concerniente a la privación de la patria potestad?

El Dr. Pianta dijo:

Al celebrarse el debate previsto en el artículo 372 del Cód. Procesal Penal de la Nación la Sra. defensora pública fundamentó acabadamente el planteo de inconstitucionalidad de la norma del art. 12 del Cód. Penal (y consecuentemente del art. 309 del Cód. Civil) que, en lo atinente a la privación del ejercicio de la patria potestad por parte de su asistido, propició al alegar.

Manifestó la destacada defensora que por influjo de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se produjo una inversión en las relaciones parentales, sosteniendo (a mi criterio con acierto) que en este tiempo el instituto de la patria potestad debe ser considerado más sobre la base de los deberes de los padres para con sus hijos que como una relación de poder de señorío a favor de los progenitores. Consideró, que en el caso de autos, no debía operar la privación de la patria potestad que prescribe la norma penal que puso en crisis ya que su asistido en todo momento manifestó categóricamente su ferviente deseo de continuar cumpliendo con los deberes derivados de la misma. Además resaltó que la conducta ilícita por la que el acusado debe responder en nada ha afectado al interés superior de los descendientes del mismo.

Resaltó la defensora la obligación estatal de otorgar una protección integral a la familia invocando las prescripciones del art. 14 bis de la Constitución Nacional y del art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Destacó el principio del art. 5, inc. 3º de la aludida Convención, definiéndolo como de intrascendencia de los efectos de la sanción penal. Además basó su postura en las normas del art. 11, inc. 2º de aquella Convención y en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prohíben las injerencias estatales que por su arbitrariedad o ilegalidad afecten a los individuos o al seno de sus familias. Como contrapartida, el magistrado requirente tomó una postura contraria a la pretensión de la defensa, aunque admitió que con relación al tema tanto la jurisprudencia como la doctrina exteriorizaban posiciones divididas.

Dijo el acusador público que los argumentos esgrimidos por su contraparte no alcanzaban para sostener que el art. 12 del Cód. Penal entrara en colisión con las normas constitucionales y convencionales que invocó la defensora.

En ese contexto arguyó, como se sostiene en opiniones doctrinarias y en decisiones jurisprudenciales, que la norma que la defensa pretende invalidar tiene fines tutelares o de protección del condenado y que en

consecuencia no puede ser considerada como una pena accesoria. Además, citando el fallo dictado por la sala primera del tribunal de Casación de esta provincia en la causa 38.114 del 26/08/2010, afirmó que el art. 12 del Cód. Penal creaba una incapacidad de hecho relativa y que la persona condenada no pierde su capacidad jurídica la que, según sostuvo, irá variando de conformidad con los avances del sistema de progresividad de la pena.

Afirmó el fiscal que en definitiva la pérdida del ejercicio de la patria potestad no constituía una incapacidad de derecho sino una suspensión derivada fácticamente del encierro.

Respecto de la norma del art. 309 del Cód. Civil las partes no efectuaron consideraciones que puedan ser resaltadas, por lo que a continuación desarrollaré diversos fundamentos sobre los que asentaré mi decisión sobre la controversia que acabo de sintetizar.

Es claro que la cuestión en tratamiento impone efectuar un análisis de postulados constitucionales que constituyen derechos fundamentales y definir cuál es la tarea que nos cabe a los jueces para garantizar su vigencia.

En tal sentido, receptando principios del constitucionalismo moderno, puede hoy afirmarse que el ejercicio de la jurisdicción no implica la mera sujeción a la ley, cualquiera sea su contenido, sino su análisis profundo a fin de establecer su coherencia con la Constitución y con los Tratados de Derechos Humanos incorporados en su seno. Por ello, el enfoque no debe efectuarse sobre premisas del positivismo jurídico clásico por las cuales una ley era válida, simplemente, si para su elaboración se habían cumplido los requisitos formales preestablecidos (legalidad formal).

Por el contrario habrá que determinar si, en el caso concreto, dicha ley respeta los vínculos y las limitaciones que le imponen los principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional (legalidad sustancial).

Se trata, ni más ni menos, de la obvia y notoria diferencia que existe entre los conceptos de vigencia y validez de las leyes. Existe prestigiosa doctrina que avala la postura explicitada, a la que acudiré porque obviamente resulta mucho más ilustrativa. Ferrajoli afirma: "...Los derechos fundamentales constituyen la base de la moderna igualdad... Así, los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos a la libertad, que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer... Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad, o no decidir la satisfacción de un derecho social...".

El autor mencionado además señala: "...Los derechos fundamentales... sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política... actúan como factores no solo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones..."(Luigi FERRAJOLI, "Derechos y Garantías. La ley del más débil", Trotta, Año 1999, ps. 23 y 24).

Pues bien, resulta indudable que la cuestión que debo decidir primariamente impone verificar si, en el contexto particular del caso en juzgamiento, la norma del art. 12 del Cód. Penal vulnera derechos fundamentales y, zanjada esa cuestión, de ser necesario, enfocar el análisis en la norma del art. 309 del Cód. Civil.

Para ello seguiré los lineamientos trazados por la Corte Sup. en cuanto establece que es condición de los fallos judiciales que sean fundados con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa. (Fallos: 319: 1215 y 1728).

Además, como en todos mis pronunciamientos, tendré en cuenta las enseñanzas de Winfried Hassemer cuando resaltando la innegable trascendencia del saber empírico explica que "...debe tenerse en cuenta que el penalista en su interacción con los sujetos implicados realiza experiencias de las que ´aprende` y, a través de ese conocimiento de la realidad sobre la que se aplican las normas incrementa sus conocimientos sobre las propias normas" ("Fundamentos del derecho penal", Bosch, año 1984, p. 32).

He considerado las conclusiones del informe socioambiental y del informe psicológico que la esmerada defensora pública presentó como pruebas que sostienen la pertinencia legal de su petición. De ellos surge que el condenado pertenece a una típica familia trabajadora afincada desde hace varias décadas en la localidad de San José del partido de Temperley.

Más específicamente, en el informe psicológico elaborado por la licenciada B. M. del área pericial psicosocial de la Defensoría General departamental, puede leerse que a raíz de constantes situaciones de violencia familiar y de consumo de bebidas alcohólicas de su padres, el imputado fue víctima de un estado de vulnerabilidad emocional que lo llevó al consumo de sustancias tóxicas que se inició en su primera

adolescencia, habiendo incurrido en el consumo de “paco” a los 18 años.

A consecuencia de ello A. transitó por diversas internaciones, y más allá de la profunda nocividad del consumo de tóxicos, se esforzó y logró adquirir el conocimiento de diversos oficios que le permitieron mantener con estabilidad durante seis años un empleo gastronómico. Luego consiguió una informal salida laboral en dos hospitales hasta, como suele ocurrir, quedar sin empleo no resultándole posible insertarse nuevamente, ni siquiera de un modo precario, en el terreno del trabajo.

Esa situación no deseada de desempleo es caracterizada en el informe aludido como “una situación de derrumbe emocional que finalizó con el hecho por el cual está imputado actualmente”. Allí también se resalta que el acusado “Refiere tener vergüenza frente a sus hijos... Siendo que como padre debe cuidar y preservar a los menores de ocasionarles un daño mayor al que provocó su detención...”. También se subraya que el acusado “Sitúa que sus hijos siempre han sido su prioridad... En el tiempo que estuvo empleado, parte de su salario se destinaba a la (a)manutención de sus hijos Esperando que a ellos no les faltara nada... Puede reflexionar (a)cerca de que este deseo lo llevó a cometer un ilícito... había quedado sin trabajo y sintió un quiebre en relación a lo que no podía darle a los menores”. Esas observaciones de la idónea guardan absoluta consonancia con la excluyente preocupación que el condenado exteriorizó durante el debate central y también al sustanciarse la cesura del juicio ya que en todo momento A. manifestó que su única preocupación era la situación de sus hijos y que de ningún modo quería abdicar de sus obligaciones parentales. En base a todo lo transcripto, tendré presente que para evitar la degradación del concepto de Estado constitucional de derecho el sistema republicano de gobierno consagrado en el art. 1º de la Constitución Nacional, impone no perder de vista la esencia irracional y selectiva que caracteriza al poder sancionatorio del estado. Por ello, y toda vez que las decisiones jurisdiccionales no son meras declaraciones ficticias sin incidencia en la vida real, en busca de (al menos) reducir los aludidos márgenes de arbitrariedad e irracionalidad he debido reflexionar la cuestión sobre la que debo decidir planteándome algunos interrogantes. Así, consideré atinado preguntarme si cumplen más acabadamente con las obligaciones derivadas del ejercicio de la patria potestad los padres que, como en el caso de A., ven seriamente reducida la real posibilidad de evitar la comisión de un delito porque sus vidas transcurren en los márgenes sociales oprimidos o aquellos que, contrariamente, no se encuentran condicionados por dichas circunstancias pero igualmente incurrir en la comisión de conductas ilícitas que en muchos casos generan enormes perjuicios sociales pero que, por su escasísima vulnerabilidad (que se traduce en absoluta impunidad) no son captados por el sistema penal.

Toda vez que la respuesta debe estar exenta de teorizaciones ajenas a la realidad en la que se insertará esta decisión; desde lo empírico la más elemental observación permite constatar de un modo irrefutable que, contrariamente a lo que ocurre con los delincuentes de “cuello blanco” (cuyo accionar ilícito en muchos casos actúa como causa de las conductas que termina captando el sistema penal) el poder punitivo se descarga selectivamente sobre personas (casi siempre niños o jóvenes) que integran los estratos sociales marginados. Más allá de su gravedad (que en ciertos casos resulta extrema) estos excluidos, solo pueden cometer conductas ilícitas vulgares y fácilmente detectables por un sistema que está especialmente preparado para hacerlo.

Indudablemente esa es la situación de A. Retomando la opinión de Ferrajoli, que señala que los derechos fundamentales son la base de la moderna igualdad, y al amparo del art. 16 de la Constitución Nacional que consagra el principio de igualdad ante la ley, la pregunta referida (y la necesaria comparación que es una derivación lógica de la misma) resultan procedentes ya que muestran palmariamente el alto contenido de arbitrariedad que encerraría una decisión judicial que no conjugara las particularidades del caso puesto a consideración, con esos incontrovertidos y evidentes datos de la realidad que constituyen la esencia del funcionamiento del sistema penal. Así, esa eventual decisión judicial convertiría en letra muerta el aludido principio de igualdad ante la ley.

Además, para determinar cuál es el grado de reproche que puede efectuársele al imputado no puede soslayarse que, sin perjuicio que el desfavorable contexto descrito facilita su captación por el sistema represivo, A. no registra condenas anteriores y que no obstante el innegable efecto deteriorante que produce el crítico contexto sociocultural y ambiental que lo afecta, el imputado exhibió una postura de entereza moral que lo impulsó a requerirle reiteradamente al tribunal que la sanción que legalmente corresponda imponerle no le impida continuar ocupándose de sus obligaciones parentales.

Insisto en que esa fue la única inquietud de A. quien (confirmando lo informado por la perito psicóloga actuante) reiteradamente expresó que prefería padecer el encierro sin ver a sus hijos para que aquellos no tuvieran que experimentar la perniciosa experiencia de ingresar a la cárcel.

Tampoco puede ignorarse que la conducta ilícita por la que el acusado debe responder de ningún modo se

relaciona con el vínculo paterno filial ni, por su naturaleza, puede considerarse que afecte el legal ejercicio de la patria potestad.

Por ello, a mi entender, con lo hasta aquí expuesto no resulta razonable aplicarle al acusado A. una sanción que le impida cumplir con sus obligaciones legales respecto de sus hijos y de ejercer respecto de los mismos los derechos que emanan de la patria potestad.

Si decidiera lo contrario se le estaría aplicando al acusado una pena cruel que afectaría de plano al principio de humanidad que, a modo de límite a las sanciones crueles inhumanas o degradantes, consagra el art. 18 de la Constitución Nacional y los arts. 5º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 7º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 5º, inc. 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Más allá de lo expuesto, resulta imprescindible enfocar el examen de la cuestión en tratamiento recurriendo a la postura de relevante doctrina del derecho civil para la que la patria potestad "...no es solo un conjunto de derechos que se ejercen en el exclusivo interés de sus titulares, es decir el padre y la madre, sino que se trata del ejercicio de derechos-deberes, que la ley recoge y deriva de las relaciones ordinarias entre padres e hijos y de la estructura del grupo familiar y su inserción en el medio social, y que se ejerce no solo en el interés que sus titulares tienen como padres, sino en atención a los intereses del hijo y aún en última instancia a los intereses del grupo familiar, que no quedan limitados exclusivamente por los intereses particulares de cada uno de sus miembros" (Eduardo ZANNONI, "Derecho de Familia", T. 2, 5ª ed., Astrea, año 2006, p. 729).

En base a ello, cabe ahora determinar si, en el caso analizado, la privación del ejercicio de la Patria Potestad que establece el art. 12 del Cód. Penal afectaría el interés superior de los hijos del acusado consagrado en el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Al respecto, por diversas razones mi respuesta es categóricamente afirmativa. En primer lugar he tenido en cuenta que en el caso que debo decidir, no existe en autos ninguna evidencia que siquiera permita sospechar algún tipo de postura opuesta a la continuidad del ejercicio de la patria potestad compartida.

Al respecto, he tenido en cuenta que ni la progenitora de los hijos del condenado, ni ninguna otra persona, han exteriorizado alguna pretensión contraria a la que originó este fallo.

Por esa razón, una postura judicial contraria a la pretensión del acusado constituiría una injerencia arbitraria en su vida privada (y aún en la de su familia) que prohíben los arts. 11, inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 17 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

Además, no se ha acompañado en autos ninguna prueba que permita inferir que dicho ejercicio podría afectar los intereses de los descendientes del condenado por lo que, hasta donde resulta posible en el marco de una causa judicial, queda garantizada la protección familiar que consagra el art. 14 bis de la Constitución Nacional y el art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, es evidente que el contexto socioeconómico y cultural en que se encuentran inmersos los hijos de G. A. A. torna muy necesaria la actuación (y sobre todo el esfuerzo) conjunto de sus dos progenitores.

Por otra parte, con la decisión que propongo, queda a salvo el principio de intrascendencia (o trascendencia mínima) que como derivación racional del art. 119 de la Constitución Nacional impone evitar (en la medida de lo posible) que la sanción penal afecte a la familia del condenado. Se preserva también la norma del art. 5, inc. 3º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Solo resta que precise que en el caso analizado, la privación del ejercicio de la patria potestad no es legalmente admisible, ni aún en el marco doctrinario que sostiene que dicha sanción constituye un "beneficio" para el condenado.

Como quedó expuesto, ha sido el propio A. quien pidió insistentemente se tuviera en cuenta su férrea intención de continuar sometido a las obligaciones legales que emanan del ejercicio de la patria potestad.

Por ello, como fuera expuesto, no existe motivo para negarle al condenado la posibilidad de seguir cumpliendo con sus obligaciones y con los consecuentes derechos parentales.

Si, con el pretexto de amparar y proteger al condenado, un fallo judicial no tuviera en cuenta ese categórico reclamo, afectaría abiertamente los derechos humanos al violentar los principios de buena fe y pro homine que exigen que los tratados internacionales sean interpretados de buena fe y que en caso de duda siempre debe garantizarse el derecho puesto en crisis.

Además esa decisión sería arbitraria y violentaría el principio de coherencia y no contradicción que por imperio del art. 1 del texto constitucional hace a la validez de las decisiones judiciales.

Por último, en atención a todo lo manifestado, toda vez que en autos no resulta aplicable la norma del art. 12

del Cód. Penal en lo concerniente a la privación del ejercicio de la patria potestad, resulta improcedente que me expida sobre la constitucionalidad del art. 309 del Cód. Civil, ya que las disposiciones del mismo dependen de la operatividad de la norma penal cuestionada.

En base a todo lo expuesto, por los fundamentos doctrinarios y legales que he invocado, y teniendo en cuenta las particularidades del caso en análisis, entiendo que resulta inconstitucional la aplicación del art. 12 del Cód. Penal en cuanto priva el ejercicio de la patria potestad al condenado G. A. A. ya que implicaría aplicar una sanción que violentaría el interés superior del niño, atentaría contra el principio de coherencia y no contradicción de las decisiones judiciales, contra la obligación estatal de protección integral de la familia, contra la prohibición de afectar la honra y la dignidad de las personas y afectaría además los principios de igualdad ante la ley, de intrascendencia o trascendencia mínima, de humanidad, de buena fe y pro homine, y de racionalidad en la aplicación del poder punitivo estatal.

Así lo voto por ser ello mi sincera y razonada convicción. Operan las normas de los arts. 1, 14 bis, 16, 18, 75, inc. 22 y 119 de la Constitución Nacional; 5, incs. 2º y 3º, 11, inc. 2º y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 7 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Dra. Mora dijo:

Comparto íntegramente los argumentos expuestos por mi Colega preopinante por lo cual voto en igual sentido, por ser ello mi sincera y razonada convicción. Arts. 1, 14 bis, 16, 18, 75, inc. 22 y 119 de la Constitución Nacional; 5, incs. 2º y 3º, 11, inc. 2º y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 7 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Dr. Puime dijo:

Por compartir sus fundamentos me expido en igual sentido que el Dr. Pianta, por ser ello mi convicción sincera y razonada. Arts. 1, 14 bis, 16, 18, 75, inc. 22 y 119 de la Constitución Nacional; 5, incs. 2º y 3º, 11, inc. 2º y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 7 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

2ª cuestión:

¿Qué pena corresponde aplicarle al condenado G. A. A.?

El Dr. Pianta dijo:

Teniendo en cuenta el modo en que ha sido decidida la primera cuestión propongo al acuerdo aplicar al condenado la pena de tres años y cuatro meses de prisión y accesorias legales, sin que ello importe la privación mientras dure la pena de la patria potestad, con más las costas del proceso. Asimismo, y en atención a la solicitud de trabajo que, para cumplir con sus obligaciones parentales solicitó el condenado, deberá oficiarse a la jefa del Servicio Penitenciario Provincial para que mientras dure el encierro el G. A. A. pueda acceder a un trabajo conforme a las leyes laborales vigentes.

Así lo voto por ser ello mi sincera y razonada convicción. Arts. 1, 5, 12, 29, inc. 3º y 210, 372, 373 y 375 del Cód. Procesal Penal de la Nación.

La Dra. Mora dijo:

Comparto íntegramente los argumentos expuestos por mi Colega preopinante por lo cual voto en igual sentido, por ser ello mi sincera y razonada convicción. Arts. 1, 5, 12, 29, inc. 3º y 210, 372, 373 y 375 del Cód. Procesal Penal de la Nación.

El Dr. Puime dijo:

Por compartir sus fundamentos me expido en igual sentido que el Dr. Pianta, por ser ello mi convicción sincera y razonada. Arts. 1, 5, 12, 29 inc. 3º y 210, 372, 373 y 375 del Cód. Procesal Penal de la Nación.

Con lo que terminó el acto.

Por lo que resulta del Acuerdo que antecede, el tribunal falla:

I. Condenar a G. A. A., apodado "Y.", de 31 años de edad, con D.N.I. ..., de estado civil casado, instruido, de ocupación gastronómico, de nacionalidad argentino, nacido el día 13/08/1981 en la localidad de Don Bosco,

partido de Quilmes, con domicilio en la calle El Zorzal ... de la localidad de San José, Temperley, hijo de G. A. y de J. I. C., a la pena de tres años y cuatro meses de prisión y accesorias legales, sin que ello importe la privación, mientras dure la pena, del ejercicio de la patria potestad, con más las costas del proceso. Arts. 1, 5, 12, 29, inc. 3 del Cód. Penal, 1, 14 bis, 16, 18, 75, inc. 22 y 119 de la Constitución Nacional; 5, incs. 2º y 3º, 11, inc. 2º y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 7 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 210, 372, 373 y 375 del Cód. Procesal Penal de la Nación.

II. Cumplir con lo dispuesto por el art. 22 de la Acordada 2840 de la Sup. Corte Bs. As. y con lo normado por el art. 83, inc. 3º del Cód. Adjetivo.

III. Librar oficio a la Jefa del Servicio Penitenciario Provincial a fin de hacerle saber que deberá otorgar al acusado A. acceso a un trabajo conforme las leyes laborales vigentes. Regístrese, comuníquese y consentida que sea la presente, practíquese cómputo de pena, fórmese el incidente respectivo y remítase al órgano de ejecución a los fines correspondientes. Téngase por formalmente notificados al agente fiscal de Juicio, a la defensora oficial y al imputado A. con la lectura de la presente por Secretaría (art. 374 del Cód. Procedimiento Penal).— Pedro D. R. Pianta.— María del Carmen Mora.— G. Federico Puime