

Apuntes para una nueva regulación que contemple el ejercicio de la responsabilidad parental de las personas condenadas a penas de prisión.

I. Presentación.

En este trabajo quiero poner en cuestión una de las consecuencias que siguen automáticamente a la condena y que bajo el rótulo de “pena accesoria” provoca una privación de derechos sumamente gravosa para quien debe soportarla. Me refiero concretamente a la inhabilitación absoluta para el ejercicio de la patria potestad que durante el tiempo de la condena pesa sobre todos aquellos individuos sancionados con pena de prisión por más de tres años.

La sensación que quiero comenzar a compartir es que, en términos generales, todo indica que la discusión sobre las penas accesorias no es relevante para los operadores del sistema penal. En la práctica de los tribunales se observa que la cuestión de las penas accesorias no suele ocupar más espacios que un latiguillo al final del alegato del fiscal que acompaña su pedido de pena de prisión (“accesorias legales y costas”) y que luego los jueces imponen como consecuencia inexorable y automática de la pena privativa de la libertad sin mayores objeciones y sin ningún tipo de análisis de qué es lo que se está haciendo con el individuo cuando se lo sanciona con este tipo de medidas. También en el ámbito de las escuelas de derecho y en la academia creo que el debate acerca de estas formas del castigo penal decepciona profundamente.

El objetivo consiste entonces en fijar algunos puntos de referencia para comenzar a discutir críticamente este tipo de penas privativas de derechos que se configuran como penas accesorias, y que, en la mayor parte de los casos, son desproporcionadas por defecto y provocan un efecto incapacitante de mayores proporciones que la misma pena privativa de la libertad¹. A mi juicio, estas

¹ En esta línea, el Anteproyecto de Código Penal elaborado por la Comisión de Reforma y Actualización Integral del Código Penal (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina, años 2005-2006, Resoluciones MJyDH número 303/04 y 136/05), ha propuesto dejar sin efecto la inhabilitación absoluta establecida por los artículos 12 y 19 del Código Penal, con fundamento en que dicha incapacidad priva al sujeto condenado de derechos inherentes a su condición de persona humana, derechos éstos que deben ser reconocidos por el Estado aun cuando se encontrare privado de su libertad en virtud de una condena penal.

manifestaciones aflictivas del castigo deben comenzar con urgencia a formar parte de nuestras discusiones sobre el derecho penal.

En este trabajo sostendré que la privación genérica del ejercicio de la patria potestad a todos los condenados a penas superiores a tres años resulta desproporcionada respecto de cualquier finalidad plausible y legítima, si es que la hay, que se pretenda alcanzar a través de esta exclusión. Además, resulta incompatible con el principio constitucional de la dignidad humana y resocialización de los condenados.

II. El marco legal de la restricción.

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

El art. 309 del Código Civil, en su redacción actual, también impone esta restricción, al remitir directamente a la norma penal citada en el párrafo anterior².

En el mismo sentido, el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, en caso de convertirse en ley, mantendrá idéntica regulación. Concretamente, su art. 702 prevé que el ejercicio de la responsabilidad parental quedará suspendido mientras dure *“el plazo de la condena a reclusión y prisión por más de tres (3) años”*³.

² “Art. 309. El ejercicio de la autoridad de los padres queda suspendido mientras dure la ausencia de los padres, judicialmente declarada conforme a los artículos 15 a 21 de la Ley N° 14.394. También queda suspendido en caso de interdicción de alguno de los padres, o de inhabilitación según el artículo 152 bis, incisos 1° y 2°, hasta que sea rehabilitado, y en los supuestos establecidos en el artículo 12 del Código Penal...”.-

³ El Proyecto se encuentra actualmente en estudio de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, del Congreso de la Nación.-

Es decir, que además de la pena privativa de la libertad, el condenado a más de tres años de prisión, se verá excluido del ejercicio de la responsabilidad parental con relación a sus hijos menores de edad, por el solo hecho de la condena.

III.- Contenido actual de la patria potestad o la responsabilidad parental.-

En términos generales, puede sostenerse que la patria potestad se ha transformado, a lo largo de la historia, en una institución del derecho civil que ha ido perdiendo paulatinamente su carácter primigenio de poder absoluto del *pater* sobre sus hijos legítimos y los descendientes de éstos, para corresponderse, en la actualidad, con las funciones que cumple la familia en el contexto social. Consiste, básicamente, en el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados.

Las relaciones jurídicas que contiene la patria potestad presuponen un *derecho-deber*; la autoridad parental se ejerce en interés de los hijos y no en el interés personal del padre o de la madre⁴.

Por supuesto que el ejercicio de la responsabilidad parental debe estar guiado por el interés familiar (art. 264 quáter del Código Civil) pero también, y muy especialmente, por el interés superior del niño.

Cillero Bruñol define el interés superior del niño como la satisfacción de sus derechos, lo que requiere una interpretación sistemática de los derechos previstos en la Convención sobre los Derechos del Niño, asegurando la protección del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño⁵.

El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha señalado que es indispensable llevar a cabo una evaluación y determinación del interés superior del niño en el contexto de una posible separación del menor y sus padres (arts. 9, 18 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y ha subrayado que “*La familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños (preámbulo de la Convención).*”

⁴ Zannoni, Eduardo A. “Derecho Civil. Derecho de Familia”, Tomo 2, 6ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires – Bogotá, 2012, página 524.-

⁵ Cillero, Miguel “El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los Derechos del Niño”, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.), “Infancia, ley y Democracia”, Temis/Depalma, Bogotá, 1998, pág. 78 y siguientes.-

El derecho del niño a la vida familiar está protegido por la Convención (art. 16)...Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección del niño, y se basan en el derecho recogido en el artículo 9, párrafo 1, que exige ‘que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando...tal separación sea necesaria en el interés superior del niño. Asimismo, el niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho ‘a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño (art. 9, párr.. 3)...’, para concluir que “Dada la gravedad de los efectos en el niño de que lo separen de sus padres, dicha medida sólo debería aplicarse como último recurso, por ejemplo, cuando el niño esté en peligro de sufrir un daño inminente o cuando sea necesario por otro motivo, la separación no debería llevarse a cabo si se puede proteger al niño de un modo que se inmiscuya menos en la familia. Antes de recurrir a la separación, el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar al niño, a menos que la separación sea necesaria para proteger al niño”⁶.

En el mismo sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos (en su art. 16.3) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en el art. 17) establecen expresamente la importancia de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y consagran su derecho a la protección de la sociedad y del Estado. A su vez, la Declaración de los Derechos del Niño, señala 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*” (art. 6).

La satisfacción de los derechos antes referidos, exige por una parte acciones positivas y por la otra la abstención de aquellas que sean vulnerantes de esos derechos.

⁶ Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, “Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, 29 de mayo de 2013, puntos. 59, 60 y 61

La idea de la “familia” como el medio adecuado para el pleno desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, y para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, permea todo el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ahora bien, frente a una aspiración tan elevada de nuestra comunidad política que decidió dotar de jerarquía constitucional a la CDN, nos encontramos con la desfavorable realidad en la que se hallan, por ejemplo, los hijos menores de edad cuando uno de sus progenitores (o ambos) están cumpliendo una condena penal en prisión.

Tanto el Código Civil como el Penal establecen un procedimiento abstracto y automático de suspensión genérica del ejercicio de la responsabilidad parental, que no tiene en cuenta los intereses del niño. El tipo de argumentación dominante puesto en la empresa justificativa de la restricción se funda básicamente en la presunción de que el condenado a una pena relativamente grave no es capaz en ningún caso de ejercer sus deberes parentales apropiadamente, ni siquiera, con ayuda externa. Desde esta perspectiva, se pretende que la privación de la patria potestad está dirigida a tutelar tanto al sujeto condenado como al hijo menor de edad de éste. Esta idea de que es posible “cuidar” (tutelar) a un individuo que se encuentra bajo ciertas condiciones – por ejemplo, preso-, reduciendo su capacidad, acotando su margen de decisión o directamente privándolo del ejercicio de una determinada facultad, sobre la base de que las particulares circunstancias en que se halla podrían impedirle una correcta valoración de la situación y conducirlo a tomar decisiones auto-lesivas, subyace a otros institutos del derecho y, en particular, al régimen de incapacidad civil para el manejo patrimonial⁷.

El principal efecto que provoca esta suspensión automática de la responsabilidad parental como consecuencia de la condena superior a tres años, se traduce, respecto de los hijos menores de edad, en que todas las decisiones sobre su vida, desde las más cotidianas (los permisos, el tipo de actividades recreativas que realizará, la inscripción a un establecimiento educativo) hasta las de mayor importancia (contraer matrimonio, autorización para salir del país, para estar en

⁷ En la Exposición de Motivos, la Comisión Especial de Diputados sostuvo “*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*”, Citado en “La responsabilidad parental durante la ejecución penal”, publicado en <http://www.ppn.gov.ar/?q=node/1710>

juicio, disponer de los bienes inmuebles), podrán ser tomadas, de modo unilateral, por el progenitor que se encuentre en libertad, o por quien ejerza la responsabilidad parental.

En lo sucesivo, intentaré desarrollar los argumentos que me convencen de que, en realidad, debe asumirse que no estamos ante una mera consecuencia accesoria de la pena que persigue una finalidad tutelar, sino ante una seria limitación de derechos que reconoce su causa en el dato de la condena y que tiene por objeto, fundamentalmente, irrogar un perjuicio adicional al individuo condenado. Este es un enorme problema del que adolece todo el régimen de penas accesorias vigente: está regulado con un grado de generalidad y automaticidad en su aplicación que se da de bruces con el principio de individualidad de la pena, conforme al cual el castigo penal es personal, individual, vinculado a un sujeto determinado y a un hecho concreto.

IV.- La suspensión genérica y automática de la responsabilidad parental como consecuencia de la condena penal es contraria a la Constitución.-

La pregunta que debemos responder es si resulta constitucionalmente legítimo la suspensión automática del ejercicio de la responsabilidad parental a todas las personas que recibieron una condena, por esa única razón. Y la respuesta a este interrogante, según creo, sólo puede ser negativa.

En primer lugar, la exclusión genérica de la patria potestad contraría los objetivos resocializadores que normas de distintos orden y jerarquía como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10.3)⁸, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5.6)⁹, la propia Constitución Nacional (arts. 18 y 75 inc. 22) y la Ley 24.660¹⁰, le atribuyen como función a la pena¹¹. Es evidente que para

⁸ “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación de los penados...”

⁹ “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”

¹⁰ Art. 1: “ La ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad”. El art. 158 establece que “El interno tiene derecho a comunicarse periódicamente, en forma oral o escrita, con su familia, amigos, allegados, curadores y abogados, así como con representantes de organismos oficiales e instituciones privadas con personería jurídica que se interesen por su reinserción social”. A su vez, el

alcanzar ese objetivo resocializador es propicio apuntalar la construcción y el fortalecimiento de los lazos entre el condenado y su familia. Desde este prisma, resulta un desafío insuperable demostrar que la exclusión genérica y automática de la responsabilidad parental se justifica como un medio para preparar al condenado en miras de su reinserción social futura. En este sentido, resulta prístino que la incapacidad de derecho que genera la norma en cuestión frustra la posibilidad de los condenados de mantener en pie sus relaciones familiares, y el ejercicio de los derechos y obligaciones que son inherentes a este tipo de vínculos. Se trata entonces, a mi criterio, de una restricción que no supera el escrutinio exigido por la regla o el principio de razonabilidad (art. 28 CN) orientado en función de la finalidad resocializadora que nuestras normas constitucionales le asignan a la pena; por el contrario, sirve para aumentar la distancia entre el condenado y su propia familia, reafirmando su situación de alienación y aislamiento.

Por otro lado, sabido es que uno de los principales límites al *Ius Puniendi* en un Estado de Derecho lo constituye el principio de culpabilidad. Bajo esta expresión se incluyen diferentes límites del poder punitivo estatal que tienen en común la exigencia, como presupuesto de la pena, de que pueda culparse a quien la sufra del hecho que la motiva¹².

De este principio fundamental de culpabilidad se derivan determinados sub-principios. Entre ellos, el *principio de responsabilidad por el hecho*, conforme al cual no pueden castigarse formas de ser o personalidades sin tan sólo conductas lesivas de bienes jurídicos, y el *principio de proporcionalidad*, del que se desprende la exigencia de que la pena, para ser legítima, debe ser proporcional a la culpabilidad del autor (arts. 18 y 19 CN). Sobre este principio, de anclaje constitucional, la Corte Suprema ha sostenido que “*toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o*

art. 16 prevé como un motivo a ponderar para decidir el otorgamiento de salidas transitorias al condenado, la necesidad de afianzar los lazos familiares (apartado II, inciso a).-

¹¹ También la jurisprudencia de la Corte Suprema le asignan la finalidad resocializadora al castigo penal. Ver fallos “Dessy” (19/10/1995), “Maldonado” (7/12/2005) y “Gramajo” (5/9/2006).-

¹² ¹² Santiago Mir Puig “Derecho Penal Parte General”, 8º Editorial Reppertor, Barcelona, 2002, p. 105.-

sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales”¹³ y que “lo contrario sería consagrar una discriminación entre los seres humanos, jerarquizarlos, considerar a unos inferiores a otros, y pesar esa pretendida inferioridad de la persona, aunque con semejante consideración, en el fondo, cancelaría directamente el concepto mismo de persona”¹⁴.

La incapacidad civil genérica conminada en el art. 12 del Código Penal, que constituye una verdadera pena accesoria y no una mera consecuencia accesoria de la pena, no tiene una relación de proporción con el contenido del injusto, lo cual viene a reforzar la hipótesis de que se trata, en verdad, de una restricción de derechos inválida.

En este sentido, Zaffaroni ha dicho que *“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...”¹⁵*. Dicha conclusión reviste particular importancia a poco que se advierta que, 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.-

Lo dicho hasta aquí reafirma que la privación genérica de la responsabilidad parental no sólo es contraria al principio de resocialización sino que además constituye una herramienta absolutamente inadecuada y desproporcionada respecto de cualquier otra finalidad que se le pretenda atribuir.

Tampoco puede obviarse la objeción fundada en que esta pena lesiona la prohibición de trascendencia a los hijos del penado. Es un principio fundamental en el estado de derecho que la pena debe ser personal y no trascender de la persona del condenado¹⁶. Sin embargo, sabemos que de hecho, en la práctica, esa trascendencia del poder punitivo a terceros es inevitable, pues la comunicación, el conocimiento, el efecto estigmatizante, la pérdida del empleo y la consecuente disminución del nivel de

¹³ Fallo “Gramajo”, ya citado, considerando 19.-

¹⁴ Fallo “Maldonado”, ya citado, considerando 36.-

¹⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; “Derecho Penal Parte General, Editorial Ediar, 2ª edición, 2002, páginas 985 y 986.-

¹⁶ Art. 5.3 CADH: “La pena no puede trascender de la persona del delincuente”

ingresos, son todos efectos que trascienden a la familia y a otras personas cercanas o dependientes. Esto obliga a la adopción de medidas tendientes a reducir lo máximo que sea posible la extensión de los efectos de la pena a terceros, en el caso, a la familia del condenado. Obvio es indicar que la suspensión de la responsabilidad parental provoca un perjuicio de severa magnitud en contra de los hijos del individuo condenado, razón por la cual deviene ineludible, como punto de partida, asumir que la suspensión genérica de la patria potestad como consecuencia automática de la condena resulta irrazonable, ilegítima y, por tal motivo, inconstitucional, para luego pensar en los modos, aptitudes y dispositivos que debieran implementarse para que el sujeto que se encuentra cumpliendo pena, en tanto continúa siendo titular de los derechos derivados de la responsabilidad parental, pueda ejercerlos, aunque modulados a la realidad del encierro carcelario.

Otro de los principios limitativos del funcionamiento del sistema penal, parte del principio de racionalidad republicana y se vincula con el de humanidad o prohibición de las penas o trato crueles, inhumanos o degradantes (arts. 18 y 75 inc. 22 CN). En función del principio de humanidad, es cruel toda pena que resulte brutal en sus consecuencias, y también aquellas cuya única finalidad real reside en asignarle al delincuente una especie de “marca” que lo convierte en una persona de inferior dignidad ante la sociedad. A esta altura, creo oportuno citar: *“la clave es la dignidad del hombre. El condenado no puede ser un instrumento de improbables funciones sociales, ni puede ser limitado en sus derechos más elementales bajo una fraguada intención de apoyarlo en su superación. La prohibición que cuestionamos –los autores citados hacían referencia a la prohibición genérica de votar a las personas condenadas-, de tal forma, perdura sólo como una secuela incapacitante y contraria a la dignidad, que, como señaló la CSJN en los casos ‘Arriola’ y ‘FAL’ es, en cambio, un fin en sí mismo”*¹⁷. A poco que se advierte que la suspensión de la responsabilidad parental en razón de la condena reconoce, al igual que la proscripción del voto de los penados, un origen de neto corte punitivo y escasa capacidad tuitiva, la conclusión transcripta resulta plenamente aplicable a la restricción analizada en este trabajo. Siendo esto así, no puede negarse a esta restricción el carácter de pena cruel,

¹⁷ Leonardo Filippini y Felicitas Rossi “Nuevos aportes para el reconocimiento del derecho al voto de las personas condenadas”, publicado en http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-13/13JURIDICA_07FILIPPINI.pdf

en razón de la afectación al principio de proporcionalidad mínima entre injusto y pena, muy especialmente cuando el delito no ha sido cometido en perjuicio de los hijos menores de edad.

En línea con lo que se viene sosteniendo, el art. 11.2 CADH establece 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”*.

Otro criterio hermenéutico de obligatoria aplicación es el llamado principio “pro homine”, que informa todo el sistema de los derechos humanos y se encuentra consagrado positivamente a partir de su incorporación al bloque de constitucionalidad federal a través de los tratados internacionales de derechos humanos. El contenido de este principio ha sido definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expresando que *“en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos”*¹⁸. Se trata de un principio internacional de los derechos humanos que impone que, en la duda, se decida siempre en el sentido más garantizador del derecho de que se trate.¹⁹

La Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó el principio pro homine en el precedente “Acosta”. Allí, la Corte estableció con claridad la siguiente regla de interpretación: *“...Que para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937;; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar*

¹⁸ CIDH, Informe N° 35/07 –caso 12.553- “Jorge, José y Dante Peirano Basso”. República Oriental del Uruguay, 1 de mayo de 2007.-

¹⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro “Derecho Penal Parte General”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002; p. 135.-

*una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal...*²⁰.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el Estado se encuentra en una especial posición de garante respecto de las personas privadas de su libertad y que en virtud de ello está obligado a 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 la libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible de aceptar*”²¹.

En este contexto, teniendo en cuenta que la privación efectiva de la libertad no necesariamente implica la incapacidad para ejercer los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad respecto de los hijos menores de edad, pues el penado no está fácticamente imposibilitado de ejercer los derechos que el art. 12 cancela, la exclusión genérica resulta manifiestamente irrazonable por su grosera desproporción para la consecución de cualquier finalidad que se pretenda asignarle.

A lo dicho cabe adunar que los tratados internacionales de derechos humanos a los que vengo haciendo referencia, también consagran expresamente el derecho que toda persona tiene al reconocimiento de su personalidad jurídica y de su capacidad de derecho²². La restricción que se cuestiona implica una incapacidad de derecho determinada por la condena penal, liquidando de esta manera un derecho de rango

²⁰ “Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de Alejandro Esteban Acosta en la causa Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1º párrafo ley 23.737 –causa N° 28/05”, resuelta el 23 de abril de 2008. Considerando n° 6.-

²¹ CIDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112, párr.. 153.-

²² CADH Art. 3: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.”; PIDCyP Art. 16: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

constitucional diferente de aquel que la pena declama estar dirigida a afectar con exclusividad (la libertad ambulatoria).

V. La privación genérica de la responsabilidad parental es un trato discriminatorio y arbitrario que afecta la garantía de igualdad ante la ley.-

El principio de igualdad impone al legislador la triple exigencia de que las desigualdades que establece persigan un fin legítimo, de modo adecuado y con proporcionalidad.²³

Tal como se anticipó, la suspensión de la patria potestad tal como está hoy regulada, se basa en una distinción que carece de una justificación objetiva y plausible y deviene por lo tanto irrazonable desde el punto de vista constitucional (art. 28 CN). La disposición cuestionada del Código Penal y aquellas otras del Código Civil que remiten a la primera, afectan el principio de igualdad (arts. 16 CN, 1.1 y 24 CADH, 2.1 y 26 PIDCyP y 7 DUDH). No se advierte cuál puede ser la finalidad perseguida o el principio subyacente para distinguir entre condenados a penas superiores a tres años –a los cuales se excluye automáticamente del ejercicio de la responsabilidad parental- y aquellos condenados con prisión por una menor cantidad de tiempo.

Teniendo entonces en cuenta que la restricción se aplica a todas las personas condenadas a penas superiores a tres años, sin exigir ningún tipo de relación con el delito cometido, no queda más que concluir que se trata de una medida que no sólo resulta a todas luces contraria a la finalidad expresamente declarada de la pena, que es la resocialización, sino que se limita a irrogarle un sufrimiento adicional al condenado; en otras palabras, no sólo no es útil ni necesaria para la obtención de algún fin loable que se le pudiera asignar a la pena sino que ni siquiera persigue un fin legítimo. El criterio que determina la restricción a la responsabilidad parental –el monto de la pena impuesta-, es arbitrario e inadecuado.

La CSJN, en el caso “Nápoli”²⁴, sostuvo que *“la garantía de la igualdad consagrada en la Constitución Nacional consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrentes según sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no se trata de la*

²³ Víctor Ferreres Comellas, “Justicia constitucional y democracia”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 242-268.

²⁴ Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis del Código Penal, CSJN N.284.XXXII, resuelta el 22 de diciembre de 1998.-uelta el 22 de diciembre de 1998.-

igualdad absoluta o rígida sino de la igualdad para todos los casos idénticos, lo que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en las mismas circunstancias (Fallos: 123:106; 180:149); pero no impide que el legislador establezca distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes, en tanto aquellas no sean arbitrarias, es decir, que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de discriminación...”.

La falta de proporcionalidad entre el fin a alcanzar y los daños colaterales que la desigualdad supone para quienes se ven afectados por la distinción legislativa, constituye un vicio esencial desde la perspectiva del principio de igualdad.

En esta línea, y robusteciendo aún más el principio de igualdad, la Corte, hace ya algunos años, inspirada en la jurisprudencia de la Corte Norteamericana, ha considerado que determinadas distinciones que el Estado realice entre las personas dirigidas a justificar un trato diferente, pueden presumirse inconstitucionales por violar el derecho de igualdad ante la ley consagrado en el art. 16 CN²⁵. La relevancia de asignarle a una cierta categoría el estatus de “sospechosa” reside en que esa presunción en contra del criterio escogido para fundar la distinción, sólo podrá ser superada por el Estado si éste lograra demostrar la existencia de un interés estatal urgente que justifique en forma excepcional la aplicación de esa categoría. El examen que propone la Corte es el llamado “test de escrutinio estricto” y pone en cabeza del Estado, con el fin de derribar esa presunción de inconstitucionalidad, la carga de justificar el trato diferente exigiéndosele que demuestre que no está violando la garantía de igualdad²⁶. La idea central consiste en que no puede objetarse que el Estado tiene la facultad de tratar a las personas de un modo diferente basándose en algunos criterios, requisitos o categorías, pero el Estado debe respetar ciertos límites en el ejercicio de ese poder. Según los parámetros delineados en la jurisprudencia de

²⁵ Ver fallos 327:5118, “Hooft, Pedro Cornelio Federico v. Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” rta. el 16/11/2004; R.350.XLI, voto de los jueces Petracchi, Argibay y Maqueda “R. A., D. v. Estado Nacional, recurso de hecho”, rta. el 4/9/2007; 329:2986 “Gottschau, Evelyn Patricia v. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo”, rta. el 8/8/2006; 332:443, “Partido Nuevo Triunfo”, rta. el 17/3/2009-

²⁶ Ver Saba, Roberto “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, publicado en Gargarella Roberto “Teoría y Crítica del Derecho Constitucional”, Tomo II, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 695 a 742.-

la Corte, una categoría puede ser catalogada como “*sospechosa*” –calificación empleada por la Corte de los Estados Unidos- y, por ende, presumiblemente inconstitucional (a) por ser contraria a la Constitución, porque su utilización para hacer distinciones confronta con una prohibición constitucional y (b) por ser palmariamente irrazonable, entendiendo el principio de razonabilidad como relación funcional de medio a fin ²⁷.

En los fallos aludidos la Corte ha concluido que resultan categorías sospechosas para hacer distinciones en el trato proporcionado aquellas que se funden en criterios como el sexo, la nacionalidad, los diferentes tipos de ciudadanía, religión, idioma, opiniones políticas, posición económica o condiciones sociales.

Llegado a este punto, conviene poner de resalto aquello que constituye un dato inocultable del sistema de justicia criminal, y es que su funcionamiento es altamente selectivo, especialmente en todos los momentos en los cuales se desarrolla el proceso de criminalización secundaria. La realidad es que, puesto a andar, el sistema penal caza a los sujetos más débiles de la sociedad, a aquellos que por su condición de vulnerabilidad resultan presas fáciles de atrapar.

En este sentido, Baratta ha sostenido que “*El funcionamiento de la justicia penal es altamente selectivo, ya sea en lo que respecta a la protección otorgada a los bienes y los intereses, o bien en lo que concierne al proceso de criminalización y al reclutamiento de la clientela del sistema (la denominada población criminal). Todo ello está dirigido casi exclusivamente contra las clases populares y, en particular, contra los grupos sociales más débiles, como lo evidencia la composición social de la población carcelaria, a pesar de que los comportamientos socialmente negativos estén distribuidos en todos los estratos sociales, y de que las violaciones más graves a los derechos humanos ocurran por obra de individuos pertenecientes a los grupos dominantes o que forman parte de organismos estatales u organizaciones económicas privadas, legales o ilegales...La selectividad del sistema penal en el reclutamiento de*

²⁷ En el caso “González de Delgado, Cristina y otros v. Universidad Nacional de Córdoba”, Fallos 323:2659, el juez Petracchi, en su voto, delineó un tercer criterio para identificar categorías sospechosas. En este sentido, estas categorías sospechosas se reconocen por su asociación con el objetivo de proteger a grupos vulnerables o sistemáticamente discriminados. Desde esta perspectiva, las categorías serán sospechosas en la medida en que ellas sean utilizadas por el Estado para justificar un trato que perjudique a esos grupos, presumiéndose inconstitucionales y merecedoras de una consideración tan especial como la del escrutinio estricto.-

su propia clientela, consistente en individuos pertenecientes a las clases sociales más bajas, no depende únicamente del hecho de que el sistema refleja y reproduce las situaciones de desigualdad existentes en una sociedad, sino que también tiene un ulterior origen estructural. Éste consiste en la gran discrepancia que existe entre la previsión de sanciones para determinados comportamientos delictivos en la ley penal y los recursos administrativos y judiciales que tienen por objeto realizar las previsiones legislativas. Por tanto, aun en una consideración que prescindiese de las variables sociales de su selectividad, la justicia penal se presenta como una organización que sólo puede funcionar selectivamente, esto es, dirigiendo las sanciones contra una parte infinitesimal de sus potenciales clientes, que son los infractores de la ley. Si se aplican aquellos conceptos pertenecientes a la sociología de la organización, se puede opinar que el sistema penal presenta una marcada inadecuación de los recursos que se le asignan para la implementación de sus programas de acción, es decir, para la aplicación de la ley penal...El problema del costo social de la intervención penal tiene también gran importancia si se consideran los efectos desiguales de la pena sobre los condenados y sobre su ámbito familiar y social, efectos éstos, que dependen igualmente del diferente status social de dichos condenados. La incidencia negativa de la pena, especialmente de la pena carcelaria en sus familias, es mucho mayor en los estratos sociales más bajos que en aquéllos más elevados. Por otra parte, un reciente estudio ha demostrado que el efecto de la pena sobre la vida y el status social futuros del condenado es más grave en los jóvenes detenidos provenientes de estratos sociales inferiores que en aquéllos pertenecientes a estratos sociales superiores. Midiendo estos efectos sobre la base de la trayectoria social característica de estos sujetos a partir del estrato de pertenencia, se ha comprobado, en efecto, que los jóvenes ex detenidos de familias más aventajadas logran, después de un cierto tiempo, reintegrarse a su trayectoria normal, mientras que los detenidos provenientes de familias más humildes quedan marcados para siempre y permanecen por debajo de la trayectoria propia del grupo de origen...»²⁸.

²⁸ Alessandro Baratta, "Principios de Derecho Penal Mínimo", En: BARATTA, Alessandro, «Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)», Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004, pp. 299-333

En la misma línea, Pavarini ha dicho que *“El primer nivel de ineficiencia e incertidumbre se coloca en la selección o la criminalidad perseguible, por cuanto es manifiesta... todos los estudios que han estado abocados al funcionamiento del sistema de criminalización secundaria, concuerdan en reconocer que esta exasperada selectividad no sólo no puede razonablemente ser reducida... sino que además, casi todos los sistemas de justicia penal se mueven en el sentido de ampliar ulteriormente los criterios de selectividad. Pero aún más: los criterios de selectividad no son ‘gobernados’ ni gobernables’ en el interior del sistema penal mismo, tanto es así que no reenvían a criterios intrasistemáticos de selección –para entendernos, aquellos sobre los cuales se puede democráticamente acordar-, pero son de cualquier modo ‘sociológicos’ (la conciencia social, los recursos económicos disponibles, el nivel de confiabilidad, el grado de confianza / desconfianza en las confrontaciones del sistema penal mismo, etc.), y por lo tanto operan más allá de todo criterio normativamente predeterminado)”*²⁹.

En nuestro sistema penal, la selectividad se concentra en las personas que pertenecen a los sectores sociales de mayor vulnerabilidad socioeconómica; y esto lo demuestra el dato de que la población penitenciaria se integra, en su mayoría, por personas pobres y con escaso nivel educativo³⁰.

La suspensión genérica y automática de la patria potestad, que se funda exclusivamente en la condición de condenados de los individuos sobre los que recae, implica adherir un escarnio adicional a ese colectivo de personas estructuralmente vulnerables, a los cuales el propio Estado ya ha seleccionado previamente y colocado en una posición desventajosa. Entonces, si como lo indica la jurisprudencia de la Corte Suprema, debe defenderse la aplicación de un examen más riguroso al momento

²⁹ Massimo Pavarini “La negociabilidad de la pena. Entre la parsimonia y el despilfarro represivo”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal Teoría y Praxis” Volumen 1, Número 1, pág. 23-54.-

³⁰ El informe del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (“SNEEP”) del año 2011 ilustra que un 5% de las personas privadas de la libertad en el país carece de cualquier nivel de instrucción; el 39% alcanza el primario completo y sólo el 7% tiene el nivel de secundario completo. En cuanto a la situación laboral, el informe establece que al momento de ingreso a la cárcel, el 40% era desocupado y el 35% trabajadores de tiempo parcial. De este total, el 43% no tenía ningún tipo de capacitación laboral (oficio o profesión) al tiempo de su ingreso a prisión. Ver Informe Anual de la República Argentina del 2011 del SNNEP, disponible en <http://www.infojus.gov.ar/sneep>. Gráficos de páginas 12 y 13.-

de analizar posibles afectaciones del principio de igualdad, cuando se trata de restricciones o proscripciones de derechos a personas que, por integrar un grupo históricamente relegado y desventajado, ven agravada su situación de vulnerabilidad de la acción del propio Estado, ello justifica considerar que la suspensión de la patria potestad como consecuencia inherente de la condena constituye un trato discriminatorio, pues no existe ninguna base objetiva que pueda atribuirle algún atisbo de racionalidad al recorte de derechos que sufren estos individuos con relación al resto de la comunidad y por el impacto desproporcionado que la aplicación de esta política estatal produce sobre este grupo socialmente desvalido. La condición de “condenado” constituye, así, una categoría “sospechosa” cuya inconstitucionalidad debe en principio presumirse.

Por ello es que la Constitución Nacional prevé que el Congreso tiene la obligación de “*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*” (art. 75 inc. 23 CN). En el mismo sentido, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la O.N.U. establece que “*El régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre cuando éstas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona*” (art. 60).

V.- Una decisión jurisprudencial favorable a la responsabilidad parental de las personas condenadas.

En agosto de este año, el Tribunal en lo Criminal N° 5 del departamento judicial de Lomas de Zamora, resolvió que las normas del art. 12 del Código Penal y 309 del Código Civil, en cuanto impiden el ejercicio de la patria potestad a los presos con condena superior a tres años, pueden ser declaradas inconstitucionales cuando las características particulares del hecho y las condiciones personales del individuo penado tornaren irrazonable la restricción, por el efecto desproporcionado que provocaría su aplicación en el caso concreto³¹.

³¹ Tribunal en lo Criminal n° 5 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, causa n° 07-00-055971-12, seguida a Guillermo Alexis Alcaraz por el delito de robo calificado por el empleo de arma de fuego grado de tentativa, en concurso real con portación de arma de fuego de uso civil sin contar con la debida autorización legal; sentencia del 27 de agosto de 2013.-

En este sentido, el juez Pedro Dardo Raúl Pianta, en su voto –al cual adhirieron los restantes dos jueces del tribunal- tuvo en cuenta en primer lugar el obrar selectivo del sistema penal y su clara tendencia a echar su guante sobre los individuos más vulnerables de la sociedad. En este sentido, sostuvo 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...desde lo empírico la más elemental observación permite constatar de un modo irrefutable que...el poder punitivo se descarga selectivamente sobre personas...que integran los estratos sociales marginados...”.

Luego de valorar la condición de vulnerabilidad del sujeto a quien se estaba juzgando, el tribunal señaló que “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...”.

Y concluyó que “no resulta razonable aplicarle al acusado...una sanción que le impida cumplir con las 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 el principio de humanidad que, a modo de límite a las sanciones crueles, inhumanas o degradantes, consagra el artículo 18 de la Constitución Nacional y los artículos 5º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 7º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 5º inciso 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos...”.

Más adelante, agregó: “la patria potestad no es sólo 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 sólo 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...”.

Fue así que el tribunal entendió que la privación de la patria potestad que establece el art. 12 del Código Penal, aplicada al caso concreto, afectaría de modo negativo el interés superior del niño. Para así sostenerlo ponderó que “ni la

progenitora de los hijos del condenado, ni ninguna otra persona, han exteriorizado alguna pretensión contraria...no se ha acompañado en autos ninguna prueba que permita inferir que dicho ejercicio podría afectar los intereses de los descendientes del condenado...”, agregando también que “el contexto socioeconómico y cultural en que se enciernen inmersos los hijos...torna muy necesario la actuación (y sobre todo el esfuerzo) conjunto de sus dos progenitores”.

La decisión referida tiene el mérito de fijar puntos de partida plausibles para revisar la situación de los condenados excluidos del ejercicio de los derechos y obligaciones propios de la patria potestad. El tribunal reconoce que la legislación vigente sobre esta materia es susceptible de afectar diversos derechos de rango constitucional (principio de humanidad de las penas, de culpabilidad, de intrascendencia –o trascendencia mínima- de la sanción penal, de protección de la familia contra injerencias estatales arbitrarias en su vida privada, interpretación pro homine), a la vez que perfila un análisis con una fuerte impronta de la idea del interés superior del niño como un camino adecuado para resolver sobre la imposición de la limitación en cada caso particular.

VI.- La condena penal no necesariamente implica la imposibilidad fáctica de ejercer los derechos inherentes a la responsabilidad parental.

Ya se anticipó en este trabajo que el encierro carcelario, por sí mismo, no determina la incapacidad para el ejercicio de la responsabilidad parental, pues el penado no está fácticamente imposibilitado de ejercer los derechos y obligaciones que el art. 12 del CP pretende cancelarle.

Aquí se sostiene que la privación de la libertad no imposibilita el ejercicio de la responsabilidad parental en todos los casos, ni en toda su extensión. De allí es que se deduce que no estamos ante una mera consecuencia accesoria de la pena que persigue alguna finalidad tutelar, sino ante una clara limitación de derechos como consecuencia de la condena que trasluce un objetivo de neto corte punitivista.

El propio sistema legal da contundentes señales en el sentido de que la responsabilidad parental no se pierde del todo frente al encarcelamiento, sino que se reduce en su extensión por el hecho del encierro.

En primer lugar, debe observarse que la imposición de una medida de coerción personal como es la prisión preventiva –que implica una privación de la libertad

ambulatoria de idéntica intensidad que la pena de cárcel- no tiene previsto en la ley ninguna consecuencia privativa sobre los derechos y obligaciones emergentes de la patria potestad. Tampoco se dispara ningún dispositivo de contención familiar como consecuencia de la prisión preventiva. Lo que sucede en este supuesto es que si bien el individuo sobre el cual pesa la medida continúa siendo jurídicamente el titular del ejercicio de los derechos y deberes naturales de la responsabilidad parental, el hecho del encierro le obstaculiza la ejecución de los mismos y, por esa razón, el incumplimiento no le es imputable.

Otra fisura en la legislación que deja entrever la subsistencia jurídica de la responsabilidad parental a pesar del encierro carcelario, está constituida por el caso de las mujeres condenadas que pueden convivir con sus hijos menores de cuatro años de edad, dentro de las unidades penitenciarias.³²

La “solución” que pretende brindar la ley 24.660 a la problemática que sufren las madres de niños menores de cuatro años de edad en contextos de encierro carcelario, consistente en la reclusión de los hijos junto a ellas en la unidad penitenciaria, es muy disputable a la luz de varios principios constitucionales.

Tal como lo sostiene la Asociación por los Derechos Civiles, *“Las cárceles no ofrecen los cuidados básicos requeridos por las mujeres, y menor por mujeres que viven en contextos de encierro con sus hijos/as o embarazadas. El sistema penitenciario no fue institucionalmente diseñado para alojar mujeres y mucho menos mujeres con hijos/as...Los niños/as que viven junto a sus madres en establecimientos*

³² **Artículo 195 de la Ley 24.660:** “La interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años. Cuando se encuentre justificado, se organizará un jardín maternal a cargo de personal calificado.”

Artículo 17, tercer párrafo de la Ley 26.061: “La mujer privada de su libertad será especialmente asistida durante el embarazo y el parto, y se le proveerán los medios materiales para la crianza adecuada de su hijo mientras éste permanezca en el medio carcelario, facilitándose la comunicación con su familia a efectos de propiciar su integración a ella”. **Principio VI de la Declaración de los Derechos del Niño:** “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y 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. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole”.

carcelarios están indirectamente expuestos a la misma condena que ha recibido su madre...El ambiente en el que crecen está marcado por la violencia y ese rasgo pasa a formar parte de su estilo de vida y marca la personalidad que están desarrollando. El encierro exacerba esta situación... ”³³.

Sobre este asunto también se han pronunciado el CELS³⁴, conjuntamente con la Procuración Penitenciaria de la Nación y la Comisión sobre temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación³⁵. Las conclusiones del informe –obtenidas a partir de la toma de entrevistas a mujeres en situación de encierro en diferentes unidades penitenciarias- ponen en evidencia que, en verdad, es sumamente cuestionable sostener que un niño de tan corta edad pueda estar mejor entre muros.

Frente a esta situación, en diciembre de 2008 fue sancionada la Ley 26.472 que modificó el artículo 32 de la Ley 24.660. En su texto actualmente vigente, dicha norma prevé que el juez de ejecución o juez competente podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria a la mujer embarazada y a la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo (incisos e y f, respectivamente). La sanción de esta ley implica el reconocimiento, por un lado, de que la cárcel no es un lugar adecuado para una mujer gestante. Además, al disponer la salida del establecimiento carcelario de la madre en lugar del ingreso de su hijo a la unidad penitenciaria, la norma pretende paliar los efectos nocivos que el alojamiento en cárceles provoca en los niños menores de cuatro años de edad, superando en este sentido el mecanismo previsto por la ley de ejecución, antes referido.

Es difícil imaginar que estos dispositivos son el resultado legislativo de políticas públicas delineadas con perspectiva de género e iluminadas por el principio del interés superior del niño. Llama la atención que el arresto domiciliario de mujeres embarazadas y madres de niños menores de cinco años de edad se ha regulado como una facultad que el órgano jurisdiccional puede decidir discrecionalmente (“el juez podrá”) y no en cambio como un derecho de la madre encinta o del niño a un

³³ “A.D.C. Asociación por los Derechos Civiles”, “El acceso a la educación de los niños/as que viven con sus madres en contextos de encierro”, Programa Educación, publicado en www.adc.org.ar/download.php?fileId=349

³⁴ Centro de Estudios Legales y Sociales.-

³⁵ “Mujeres en prisión, los alcances del castigo”, 1ª edición, Buenos Aires, siglo XXI Editores. 2011.-

adecuado nivel de vida (art. 27 CIDN). El Poder Judicial, en la práctica, ha subvertido la impronta de la reforma que motivó la modificación del art. 33 de la ley de ejecución penal y que partía de reconocer el papel fundamental de la madre en la crianza de los hijos, sobre todo los de tan corta edad, con argumentos absurdos y no desprovistos de una cierta dosis de perversidad³⁶.

³⁶ Por citar un ejemplo, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, en el fallo dictado en la causa n° 11.432 “Sarubi Constanza Lorena Cecilia s/ recurso de casación”, del 12 de febrero de 2010 – publicado en el Boletín de Jurisprudencia en materia penal y procesal penal n° 1 de la Defensoría General de la Nación (Trata de personas y prisión domiciliaria), sostuvo que la circunstancia de que el hijo de la condenada tuviera salidas recreativas, asistiera al jardín de infantes de la unidad en horario vespertino y tuviera la posibilidad de jugar con otros niños, permitía descartar la existencia de razones humanitarias como para justificar el otorgamiento de la detención domiciliaria. La jueza Ángela Ledesma votó en disidencia, postulando la concesión de la prisión domiciliaria y la colaboración de una asistente social del Patronato de Liberados para coadyuvar con las tareas de la madre.-

Otro caso paradigmático es que decidió el Tribunal Oral en lo Criminal n° 24 en la causa seguida contra Ana María Fernández. La nombrada había sido condenada, el 29 de abril de 2011, a la pena de tres años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, como autora del delito de omisión de los deberes de funcionario público en concurso ideal con incendio culposo seguido de muerte. Luego, la defensa solicitó al mencionado tribunal que dispusiera el cumplimiento de la pena de prisión impuesta a Fernández bajo la modalidad de detención domiciliaria. Para fundar su petición, sostuvo que el hijo de la condenada, en ese momento de siete meses de edad, se encontraba en periodo de lactancia, constituyendo la leche materna que ella le proveía era su único medio de alimentación; además, señaló que debido a distintas afecciones pulmonares que el niño había padecido desde su nacimiento, había requerido medicación y controles pediátricos frecuentes; que Fernández podría dedicarse tiempo completo a la crianza del menor, mientras que su cónyuge, también mujer y único sostén económico del grupo familiar, trabajaba cumpliendo una extensa jornada laboral y sufría de una dolencia física – tendinitis en ambas manos- que le dificultaba la atención del niño. El mentado Tribunal decidió no hacer lugar al arresto domiciliario y dispuso el ingreso de Fernández a la unidad penitenciaria, junto con su hijo. Entre los fundamentos de la decisión puede leerse la invocación del carácter facultativo de la potestad jurisdiccional de conceder el arresto domiciliario a las madres de niños menores de cinco años de edad; además del que se transcribe a continuación: *“No se vislumbra en este caso ninguna circunstancia de magnitud excepcional que pongan en evidencia una necesidad que sólo pueda ser satisfecha con la presencia materna en el hogar y no con el apoyo del entorno familiar, pues... **existe ora madre que puede ocuparse de la atención del pequeño y también familia extensa que cubre las necesidades de atención que pueda demandar el menor de edad**”*. El caso llegó luego a la Cámara Nacional de Casación Penal y nuevamente los jueces Liliana Catucci y Eduardo Riggi, que formaron la mayoría en el fallo mencionado previamente en esta nota, confirmaron la decisión del tribunal que

No obstante lo expuesto, no puede soslayarse que aún con mecanismos demasiado toscos, la ley ha pretendido corregir un poco la ceguera de la norma del art. 12 del Código Penal que priva de la patria potestad automáticamente a los condenados a prisión por más de tres años. En este sentido, el sistema legal muestra grietas que permiten debilitar la dureza con la cual la norma bajo análisis parece ambicionar que el hecho del encierro por un tiempo prolongado conlleva por sí mismo la pérdida de la responsabilidad parental. Sin embargo, las normas examinadas se han limitado a regular la situación de la madre de un niño pequeño en contexto de encierro carcelario. Ninguna de estas previsiones, interpretadas en su literalidad, se refieren a la condición de “padre”, sino que tan sólo reconocen prerrogativas a favor de la “madre”, y ello, a pesar de que, según los informes estadísticos de la Procuración Penitenciaria de la Nación, el 92,7% de los presos en cárceles federales del país son hombres³⁷.

Creo que detrás de esta regulación normativa subyace un ideal de “madre” que responde a un rol tradicionalista y estereotipado que la ve como “cuidadora” y “protectora” y que este tipo de valoraciones predominan actualmente en muchos ámbitos de la vida social. En palabras de Nils Christie: “*Los sistemas penales son indicadores del tipo de sociedad en que se vive*”³⁸. El mensaje que parece transmitir la ley es que la patria potestad no se pierde del todo por el hecho de la condena a más de tres años, al menos para las madres. La legislación presume que la madre es quien cuida y protege al menor y en base a eso construye un sistema respecto al ejercicio de la patria potestad en contextos de encierro carcelario en el cual la sexualidad el

había denegado el arresto domiciliario (“Fernández, Ana María s/ recurso de casación”, causa n° 33/12 –Sala de FERIA-, rta. el 10 de enero de 2013), Afortunadamente la Corte Suprema de Justicia dejó sin efecto la resolución referida, basada en argumentos puramente discriminatorios y anclados en la orientación sexual de la condenada. En este sentido, la Corte indicó que “*la decisión de denegar el arresto domiciliario estuvo basada en un entendimiento contrario al principio constitucional que proscribe todo trato discriminatorio...*” (CSJN, “Fernández, Ana María s/ causa n° 17.156”, F.67.XLIX / F.74.XLIX; rta. el 18 de junio de 2013.-

³⁷ “La Situación de los Derechos Humanos en las Cárcenes Federales de la Argentina”, Informe Anual 2012, Procuración Penitenciaria de la Nación, publicado en <http://www.ppn.gov.ar/~ppn/?q=informes-anuales>

³⁸ Christie, Nils “Una sensata cantidad de delito”, 1° edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, página 99.-

progenitor es un dato clave, y que prescinde por completo de la ponderación del interés superior del niño en el caso concreto. En este contexto, podemos concluir que la ley, a través de las previsiones observadas, no reconoce adecuadamente una distinción entre padre y madre para fundar la existencia de un régimen diferenciado en lo que hace a la responsabilidad parental durante el transcurso de una pena privativa de la libertad, sino que estigmatiza a esta última como el sujeto con cierto derecho a mantener el cuidado del hijo menor de edad en ese contexto.

Algunas interpretaciones jurisprudenciales han avanzado en admitir la posibilidad de que un padre de un menor de cinco años de edad pueda cumplir una detención en su domicilio, a pesar de que, como se vio, el art. 32 inciso f) de la ley 24.660 sólo contempla expresamente la posibilidad de gozar de ese derecho a la mujer privada de la libertad. Concretamente, en el fallo “Bagnato”³⁹, la jueza Ángela Ledesma señaló que una exégesis que limite la facultad de cumplir su pena privativa de la libertad en el ámbito domiciliario a las mujeres “*resulta restrictiva pues deja fuera situaciones en las cuales sea un hombre el que tenga a su cargo una persona con discapacidad, generando una situación de discriminación, contraria a la CN y al derecho convencional, art. 75 inc. 22 de la CN y art. 1 de CADH...Ello así pues, en definitiva, lo que la norma contenida en la ley 24.660 pretende garantizar es que aquella relación de dependencia no se quiebre, más allá del género de la persona privada de la libertad...Nos encontramos ante un derecho, cuyo valor esencial es la dignidad humana y evitar que la prisión deteriore las relaciones familiares*”.

VII.- Consideraciones finales. Una propuesta de regulación de la responsabilidad parental en contexto de encierro carcelario centrada en la valoración del interés superior del niño y en el respeto a la dignidad humana del individuo privado de su libertad.

Ya se dijo aquí que la suspensión genérica del ejercicio de la responsabilidad parental que pesa sobre los condenados a penas superiores a tres años resulta irrazonable e ilegítima y, en consecuencia, inconstitucional. Ello así, en razón de que no persigue un fin legítimo, y constituye una restricción que no tiene relación ni proporción con el contenido del acto injusto, lo que la convierte en un recorte de derechos inválida.

³⁹ CNCP Sala III, Causa n° 11331, Reg. 1833/09, 15/12/09, rta. el 15 de noviembre de 2009.-

Los casos en los cuales la ley ha buscado mitigar el rigor y la generalidad de la limitación lo ha hecho poniendo el acento exclusivamente en el género del individuo privado de su libertad –padre o madre- con preeminencia respecto de cualquier otra valoración.

También se ha demostrado que varios aspectos de la patria potestad pueden ser, de hecho, ejercidos aún en el marco del encierro carcelario. Sin embargo, no puede negarse que la situación de encierro implica complicaciones significativas para el normal ejercicio de la responsabilidad parental. Frente a esta problemática, la solución ideada por la ley ha sido la de suspender, por regla, el desempeño de los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad a todo individuo privado de su libertad por un tiempo superior a tres años, bajo el ropaje mentiroso de una supuesta finalidad tutelar, y consagrando excepciones infra reguladas, de una simpleza y una necesidad e hipocresía angustiantes, para los casos en que la persona condenada es mujer y madre de un niño menor de cinco años. La legislación vigente en estos supuestos promete tutelar a los niños de corta edad cuyas madres se hallan privadas de la libertad, pero luego establece un sistema bastante tosco, sin movilidad, que de tutelar tiene muy poco y que no se toma para nada en serio la mortificante problemática que viven las madres y sus hijos en contextos de reclusión en establecimientos penitenciarios. En estos casos, el sistema está muy lejos de brindar una solución tutelar eficiente.

En este sentido, cabe citar: “...*la idea de una pena útil no ha sido totalmente desalojada del plano normativo y las legislaciones y reglamentaciones penitenciarias dan cuenta de ello en su intención de mantener presente la idea de la resocialización como ideal y meta a alcanzar, al tiempo que nadie desconoce las condiciones de vida de las prisiones. La legislación argentina es un reflejo evidente de ello en un escenario caracterizado por la pluralidad de mensajes y de símbolos incoherentes destinados a defender una realidad siempre oscura y tendencialmente anquilosada en donde se ha privilegiado el eufemismo y la violencia*”⁴⁰.

Por todo ello, es que no queda más opción que asumir que no estamos ante una mera consecuencia accesoria de la pena con finalidad tutelar, sino ante una llana

⁴⁰ Daroqui, Alcira y otros, “Voces del Encierro, mujeres y jóvenes encarcelados en la Argentina”, Ediciones Omar Favale, año 2006, página 186.-

limitación de derechos como consecuencia de la condena, cuyo origen es punitivo e infamante y su propósito consiste en irrogarle un menoscabo adicional al condenado.

Para terminar, quiero sugerir algunas propuestas acerca de cuáles deberían ser las raíces o puntos de partida de una regulación del ejercicio de la responsabilidad parental en contextos de prisionización, acorde a un derecho penal liberal en un Estado de derecho, en el cual la clave sea la dignidad del individuo.

En primer lugar, creo que, frente a un Código Penal en el cual el dato relevante es la condena, debe pensarse en un sistema en el cual ya no se trate de anexas al castigo la privación de la capacidad jurídica, sino que ponga el eje en planificar cómo puede ejercerse la responsabilidad parental en un contexto en el cual dicha capacidad está fácticamente disminuida. En este sentido, la condena no debería excluir al sujeto, en forma automática, “*ipso iure*”, de la totalidad de los derechos y obligaciones emergentes de la patria potestad, sino tan sólo modularlos al dato del encierro en prisión.

Mientras que hoy el eje está puesto en la condena, en razón de que la idea que subyace al artículo 12 del Código Penal es netamente sancionatoria y estriba en la pérdida de un poder para el individuo condenado, que es la potestad que tiene respecto de otra persona –el hijo– por su condición de padre, aquí se propone partir de una nueva concepción de la responsabilidad parental, ya no pensada como un poder de quien la ejerce sino como un conjunto de derechos y obligaciones, cuya titularidad no se pierde por el hecho de la condena penal. De allí, deberá pensarse en los modos, aptitudes y dispositivos para que quien continúa siendo titular de esos derechos pueda ejercerlos a pesar de su capacidad disminuida por la circunstancia del encierro.

La matriz dominante del nuevo sistema debería partir entonces de considerar al encierro como determinante de una incapacidad de hecho para ejercer la responsabilidad parental y no a la condena como promotora de una incapacidad de derecho del progenitor.

La regulación debería tener en cuenta cuáles son los derechos que no pueden ser ejercidos por el hecho físico del encierro y cuáles son aquellos que es posible satisfacer, por ejemplo a través de la asistencia estatal para apuntalar la capacidad disminuida del penado (verbigracia, mediante traslados al exterior del establecimiento penitenciario, o a través de la figura del mandatario especial prevista en el art. 1879 del Código Civil, o a tenor del régimen de salidas contemplado en la ley de ejecución penal). Por lo menos, una nueva regulación debería contemplar que aquellas

cuestiones que requieran decisión de ambas partes (art. 264 quáter del Código Civil) sean comunicadas al tribunal y que se escuche la opinión de la madre pero también del padre condenado. También debería adaptarse el procedimiento establecido en el Código Civil para dirimir los desacuerdos entre los progenitores sobre las cuestiones derivadas de la patria potestad (art. 264 ter del C.C.).

Tal como lo ha sostenido el CELS: *“En el caso concreto del derecho de 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 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”*⁴¹.

En definitiva, un nuevo sistema debe comenzar a edificarse a partir de la idea de que el padre sigue siendo, a pesar de la condena, titular de los derechos inmanentes a la responsabilidad parental; que padece de una incapacidad de hecho para ejercerlos y que el Estado debe potenciar, con intervenciones proactivas, la posibilidad de que esos derechos sean satisfechos en condiciones poco propicias de encierro carcelario.

Esta línea directriz es la que marcó un quiebre, por ejemplo, en el sistema legal de salud mental. Las personas con discapacidad mental conforman, al igual que los presos, un colectivo social en particular situación de vulnerabilidad estructural. La debilidad jurídica de estos grupos se agudiza con el retaceo a sus derechos y garantías bajo el pretexto de su supuesta incapacidad. El paradigma anterior a la entrada en vigor de la nueva ley de salud mental n° 26.657 consideraba al “enfermo mental” o al “menor” como un sujeto necesitado de un aparato estatal tutelar que lo sustituyera en

⁴¹ Ponencia del C.E.L.S. para la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, de fecha 22 de agosto de 2012.-

la toma de sus decisiones; se restringía así severamente su capacidad de ejercer sus derechos para evitarle los males mayores que podía aparejarles su interrelación con el mundo exterior. El individuo con padecimientos psíquicos era sustituido en su voluntad por el criterio de un curador que lo representaba en todos los actos de la vida civil, prescindiendo de la aquiescencia del sujeto incapaz. Este sistema tradicional de incapacitación y abordajes tutelares y segregativos fue dejado atrás a partir de la sanción de la mencionada ley 26.657, que adecuó la normativa interna a los principios y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado Argentino sobre la materia⁴². Dicha norma realiza un reconocimiento de las personas con padecimientos psíquicos como sujetos de derechos y ya no como objetos de protección estatal, y establece como regla la presunción de capacidad de las personas con afecciones en su salud mental. A su vez, la ley prevé la implementación de dispositivos para apoyar el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad mental, pero sin sustituir su voluntad por la del profesional, quien tiene la función de asistirlo técnicamente pero respetando su interés.

La Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, en su artículo 23, párrafo 4º, prevé que los niños no se separarán de sus padres en razón de una discapacidad de alguno de ellos.

La propuesta consiste, básicamente, en considerar la situación del individuo condenado como una problemática que determina un obstáculo, una incapacidad de hecho para el ejercicio de la responsabilidad parental, que debe ser compensada, en la medida de lo posible, por dispositivos alternativos enderezados a facilitar el goce de ese conjunto de derechos.

Además, creo que es ineludible recuperar la impronta del interés superior del niño, que hoy encuentra muy poca satisfacción en normas concretas. Se sugiere una revisión de la concepción de la responsabilidad parental en clave de satisfacer el interés superior del niño en cada caso particular. Este principio rector implica otorgar al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten⁴³. Por supuesto que

⁴² Debe especialmente mencionarse a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 26.378, sancionada el 21 de mayo de 2008 y promulgada el 6 de junio de ese mismo año.-

⁴³ Convención sobre los Derechos del Niño; art. 3, párrafo 1: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las*

el interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso; es flexible y debe ajustarse y definirse de modo individual, teniendo en cuenta el contexto particular.

La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan⁴⁴.

El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha establecido que si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no concede a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad de que el niño participe en la determinación de su interés superior, y que el hecho de que un niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior⁴⁵. También ha postulado que cuando sea necesaria la separación del niño de alguno de sus padres, *“los responsables de la toma de decisiones velarán por que el niño mantenga los lazos y la relación con sus padres y su familia...a menos que ello contravenga el interés superior del niño. Cuando se separa a un niño de su familia, en las decisiones que se adopten acerca de la periodicidad y la duración de las visitas y otras formas de contacto deben tenerse en cuenta la calidad de las relaciones y la necesidad de conservarlas”*⁴⁶. El Comité ha concluido que *“las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en*

autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

⁴⁴ Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, “Observación General N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, párrafos 70 a 74.- El art. 12 de la CDN establece: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

⁴⁵ Observación General n° 14, párrafos 53 y 54.-

⁴⁶ Idem, párrafo 65.-

*particular. Es contrario al interés superior del niño que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores... Cuando los padres... hayan cometido un delito, se deben ofrecer y aplicar caso por caso alternativas a la privación de la libertad, teniendo plenamente en cuenta los posibles efectos que puedan tener las distintas condenas en el interés superior del niño...*⁴⁷

Las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño revisten particular trascendencia, teniendo en cuenta, en primer lugar, que la Convención sobre los Derechos del Niño cuenta con jerarquía constitucional, a lo que debe adunarse que la propia Corte Suprema de Justicia ha sostenido, en su jurisprudencia, que dicha institución es el “*intérprete autorizado en el plano universal de dicha Convención*”⁴⁸, como así también, la necesidad de que los tribunales argentinos eviten que el Estado incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado⁴⁹.

Las Observaciones Generales procuran definir con mayor precisión las principales obligaciones de los Estados en relación a la Convención. Resulta claro que la adopción de pactos internacionales de derechos humanos como escalón más alto de la pirámide normativa local y la aceptación de la jurisdicción de órganos internacionales en materia de derechos humanos, obligan al intérprete local a conocer la interpretación que se ha hecho de esos pactos en sede internacional⁵⁰. Resulta entonces evidente la trascendencia de que los tribunales nacionales conozcan y respeten el alcance de los derechos individuales y de las obligaciones internacionales de acuerdo a la opinión de los órganos de interpretación de los tratados internacionales; esta cuestión se vincula estrechamente con el reconocimiento de la obligatoriedad de a aplicación de dichos pactos, convenciones y tratados. Y es que la

⁴⁷ Idem, párrafos 67 y 69.-

⁴⁸ CSJN, Fallos 331:2047 “G.M.G. s/ protección de persona”, rta. el 16/9/2008, publicado en La Ley 01/10/2008.-

⁴⁹ CSJN, “Fibrica Constructora S. C. A. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, rta. el 7 de julio de 1993, considerando 3. En igual sentido “Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)”, rta. el 13 de octubre de 1994, considerandos 8 y 9.-

⁵⁰ Cf. Maier, Julio B. J. “Derecho Procesal Penal, t. I; Fundamentos”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 187.-

jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos –como la CDN-, no sólo sirve de complemento a la parte dogmática de la Constitución sino que, además, condiciona el ejercicio del poder público en general y del Poder Judicial en particular, al pleno respeto y garantía de los derechos y mecanismos consagrados en estos instrumentos. En este sentido, resulta obvio que dada la jerarquía constitucional otorgada a los tratados de derechos humanos, su violación constituye no sólo un supuesto de responsabilidad internacional del Estado sino también una vulneración de la Constitución misma. En el plano interno, la no aplicación de estos tratados por parte de los tribunales nacionales, supone la adopción de decisiones arbitrarias, puesto que prescinden de la consideración de normas de rango constitucional.

En lo hasta aquí analizado, a lo que cabe añadir las previsiones de la ley 26.061 (“Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”), que recoge el nuevo paradigma que implicó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, plasmado en la consideración jurídica de sujeto de derechos de la niña, niño y adolescente, surge con claridad la exigencia de idear dispositivos para que el niño, niña o adolescente sea escuchado y que su opinión sea tomada en cuenta en forma primordial al momento de arribarse en sede judicial o administrativa a una decisión que lo afecte.

Estas pautas que permean en todo el texto de la CDN deben orientar el modo en que se ejercerá la responsabilidad parental en contextos de encierro carcelario. Para ello deviene ineludible la adopción de mecanismos para la toma de decisiones que sean sensibles a las características particulares de cada situación, en aras de garantizar que en cada caso se satisfaga el interés superior del niño. La clave ya no debiera pasar por la condición de “condenado” del padre sino que deberá prestarse atención a la búsqueda de posibles soluciones que atiendan al interés superior del niño en cada supuesto.

Además, existen dispositivos previstos en el Código Civil que regulan cuestiones vinculadas a la práctica de la patria potestad, respecto de los cuales podría pensarse en su adaptación para establecer cómo podría ejercerse la responsabilidad parental en los casos en que uno de los progenitores se encontrare privado de su libertad. En este sentido, la ley civil prevé la posibilidad de que el juez escuche al menor en los supuestos en que deba dirimir las desavenencias entre los progenitores referidas a cuestiones vinculadas al ejercicio de la responsabilidad parental. Dicho

cuerpo normativo prevé que el juez resolverá “*lo más conveniente para el interés del hijo*” (art. 264 ter del C.C.), teniendo además en cuenta “*lo que convenga al interés familiar*” (art. 264 quáter del C.C.).

En modo alguno se pretende soslayar las dificultades que se derivan de la situación de encierro carcelario de alguno de los progenitores, que por supuesto genera límites en el ejercicio de la responsabilidad parental, las cuales son inherentes a esa situación fáctica. Los instrumentos procesales hoy existentes en la ley no fueron pensados para afrontar la práctica de los derechos y obligaciones inmanentes a la patria potestad en un contexto de prisionización. Esto está fuera de toda duda. Sin embargo, de la inexistencia de instrumentos procesales idóneos no se sigue de ningún modo la imposibilidad técnica de crearlos y desarrollarlos. La ausencia de herramientas idóneas simplemente ilustra un estado de cosas, susceptible de ser modificado. En síntesis, la actual inadecuación de las normas no dice nada acerca de la imposibilidad conceptual de reconocer la responsabilidad parental a un progenitor que se encuentra privado de su libertad, sino que en todo caso exige imaginar y crear instrumentos procesales aptos para que algunos derechos y obligaciones derivados de esa institución, puedan ser llevados a cabo, aún con las limitaciones propias que la situación de encierro determina.

El único caso en el cual la exclusión de la responsabilidad parental podría conservar un atisbo de razonabilidad se verifica cuando, por ejemplo, se trata de una persona que ha cometido un delito en perjuicio de sus hijos menores. En esta hipótesis, es plausible la vinculación entre la inhabilitación del ejercicio de la patria potestad con la naturaleza del hecho. Estos casos están incluso regulados por la ley civil. En este sentido, el inciso 1º del art. 307 prevé la privación de la patria potestad cuando el padre o la madre hubiesen cometido un delito contra o con el hijo menor. Aún así, la adopción de esa medida, para el Código Civil, prevé la existencia de un proceso judicial previo que examina las características del caso particular. Además, el art. 308 del C.C. establece que la privación de la autoridad de los padres podrá ser dejada sin efecto por el juez si los padres demostraran que, por circunstancias nuevas, la restitución se justifica en beneficio o interés de los hijos. Esto permite ilustrar que, al menos para estos casos, la normativa que rige en el ámbito civil regula el procedimiento de privación de la patria potestad de un modo que ofrece mayores garantías para la participación e las partes y de análisis, por parte del juez, del caso concreto, que el mentado art. 12 del C.P.

Propongo, en definitiva, una revisión crítica de la regulación actualmente vigente en materia de responsabilidad parental en el marco de la prisionización, y algunos puntos de partida para la construcción de un nuevo modelo que ponga el acento en la dignidad del hombre y en el interés superior del niño.-