

En la ciudad de Lomas de Zamora, a los siete días del mes de agosto del año dos mil trece, 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 Doctores Pedro Dardo Raúl Pianta -en ejercicio de la Presidencia-, Maria del Carmen Mora y Guillermo Federico Puime, en dependencias del Tribunal a efectos de dictar VEREDICTO en los términos del artículo 374 del Código de Procedimientos en materia Penal, en la causa nro. 07-00-055971-12 -reg. interno 4275/5- seguida a Guillermo Alexis Alcaraz en orden al delito de robo calificado por el empleo de arma de fuego en grado de tentativa, en concurso real con portación de arma de uso civil sin contar con la debida autorización legal. Practicado el sorteo de Ley, resultó del mismo que debía observarse el siguiente orden de votación: Doctores Pianta - Mora - Puime, planteándose así las siguientes

C U E S T I O N E S

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

A la cuestión planteada, el Dr. Pedro D. R. 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 de Septiembre de 2012, una persona de sexo masculino mayor de edad, ingresó a un local comercial sito en la calle Bourghardt N° 844

de la localidad de Longchamps, partido de Almirante Brown, e intimidó a la Sra. Patricia Adriana Puyol con un arma de fuego tipo revolver calibre 32 marca Tiver serie 04133 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 Patricia Puyol y Dalina Taira a fs. 11 y 12.

En ese aspecto he tenido presente que la víctima de autos describió con lujos 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 Dalina Taira 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 aquel efectuó. Relató que instantes después salió del sitio en el que se

guareció notando que la Sra. Patricia Puyol se encontraba bien y que el maleante había escapado. Por su parte se agregó a fs. 20 una declaración testimonial que prestó el ciudadano Miguel Angel Mateos. Esta persona dijo poseer un local de peluquería lindante al comercio siniestrado y, coincidiendo plenamente con la Sra. Puyol, 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. Puyol, y que inmediatamente y sin perderlo de vista salió en persecución de la persona que escapaba. Dijo el Sr. Mateos 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. Puyol. Esas manifestaciones encontraron respaldo en las que juramentadamente prestó el policía Ramón Jiménez 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 Patricia Puyol, Dalina Taira y Miguel Mateos; y a fs. 21 y 28 por el aludido Ramón Jiménez y por su colega Miguel Capellaro. 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 percutada por la misma, y  
que el  
proyectil hallado atravesó el cañón de aquella.

Consideré 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.

Artículos 371 inciso primero, 373 y 210 del Código de  
Procedimiento Penal.

A la misma cuestión, la Señora Juez Doctora María del Carmen  
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.

Artículos 371 inciso primero, 373 y 210 del Código de  
Procedimiento Penal.

Al interrogante planteado, el Señor Juez Doctor Guillermo F.  
Puime dijo:

Por compartir sus fundamentos me expido en igual sentido que  
el

Señor Juez Doctor Dr. Pianta, por ser ello mi convicción  
sincera y  
razonada.

Artículos 371 inciso primero, 373 y 210 del Código de  
Procedimiento Penal.

SEGUNDA: ¿Se encuentra acreditado que el acusado Guillermo  
Alexis Alcaraz haya participado del hecho que se tuvo por  
probado?

A la cuestión planteada, el señor Juez 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 Miguel Angel Mateos quien de un modo contundente y bajo juramento de ley aseveró a fs. 20 que una vez que el procesado Guillermo Alexis Alcaráz emprendió la huída persiguió al mismo sin perderlo de vista hasta que alertó de lo ocurrido al policía Ramón Jiménez quien logró apresar al acusado secuestrándole la totalidad del dinero y el perfume que Alcaráz 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 Patricia Puyol, Dalina Taira y Miguel Mateos; y a fs. 21 y 28

por el aludido Ramón Jiménez y por su colega Miguel Capellaro que cooperó con aquel 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.

Artículos 371 inciso segundo, 373 y 210 del Código de Procedimiento Penal.

A la misma cuestión, la Sra. Juez Dra. Mora dijo:

Coincido plenamente con la conclusión a la que arribara el Señor

Juez que lleva el primer voto, por ser ello mi convicción sincera y razonada.

Artículos 371 inciso segundo, 373 y 210 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre el mismo t3pico, el Sr. Juez 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  
convicci3n  
sincera y razonada.

Art3culos 371 inciso segundo, 373 y 210 del C3digo de  
Procedimiento Penal.

TERCERA: ¿Existen eximentes?

A la cuesti3n planteada, el Se1or Juez Dr. Pianta expres3:  
No han sido invocadas ni encuentro que existan circunstancias  
que  
permitan eximir al procesado de la sanci3n penal que debe  
impon3rsele.

Por lo expuesto voto negativamente la presente cuesti3n por  
ser ello fruto de mi sincera y razonada convicci3n.

Art3culos 371 inciso tercero, 373 y 210 del C3digo de  
Procedimiento Penal.

La Se1ora Juez Dra. Mora, al mismo interrogante, dijo:  
Adhiero al voto de mi colega preopinante por compartir sus  
fundamentos, siendo ello mi convicci3n sincera y razonada.  
Art3culos 371 inciso tercero, 373 y 210 del C3digo de  
Procedimiento Penal.

A la misma cuesti3n, el Sr. Juez Dr. Puime se1al3:  
Me adhiero al voto del Sr. Juez que lleva la primer voz,  
cuyos  
fundamentos comparto y por ser mi sincera y razonada  
convicci3n.

Art3culos 371 inciso tercero, 373 y 210 del C3digo de  
Procedimiento Penal.

CUARTA: ¿Median atenuantes?

A la cuesti3n en tratamiento el Dr. Pianta dijo:  
Entiendo que, como lo solicitara el Sr. Fiscal, resulta  
razonable considerar como un atenuante de la sanci3n penal  
que  
corresponda imponerle al acusado, el buen concepto informado  
en el  
informe ambiental presentado por la defensa p3blica y que el  
mismo no  
registra condenas anteriores.

Por todo lo expuesto voto positivamente la presente cuesti3n  
por ser ello fruto de mi sincera y razonada convicci3n.  
Art3culos 371 inciso cuarto, 373 y 210 del C3digo de  
Procedimiento Penal.

Al interrogante en tratamiento, la Sra. Juez Dra. Mora dijo:

Sobre el particular, voto en igual sentido que mi colega preopinante, por ser mi convicción sincera y razonada. Artículos 371 inciso cuarto, 373 y 210 del Código de Procedimiento Penal.

A la misma cuestión, el Señor Juez Dr. Puime señaló: Voto en idéntico sentido que mi colega que lleva el primer voto,

por ser ello mi convicción sincera y razonada.

Artículos 371 inciso cuarto, 373 y 210 del Código de Procedimiento Penal.

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.

Artículos 371 inciso quinto, 373 y 210 del Código de Procedimiento Penal.

La Señora Juez Dra. Mora, al interrogante suscitado dijo: Votó en igual sentido que el Señor Juez que lleva la primera voz,

por ser su convicción sincera y razonada.

Artículos 371 inciso quinto, 373 y 210 del Código de Procedimiento Penal.

A la misma cuestión, el Sr. Juez Dr. Puime dijo:

Que se unía a las consideraciones efectuadas por su Colega que lleva el primer voto, por ser su convicción sincera y razonada.

Artículos 371 inciso quinto, 373 y 210 del Código de Procedimiento Penal.

#### V E R E D I C T O

En mérito al resultado que arroja la votación de las cuestiones precedentemente planteadas y decididas, el Tribunal pronuncia respecto del imputado Guillermo Alexis Alcaráz cuyas demás condiciones personales obran en autos, VEREDICTO CONDENATORIO por el hecho que acaeció el día 28 de Septiembre de 2012, en la calle

Bourgwardt N° 844 de la localidad de Longchamps partido de Almirante

Brown en perjuicio de la Sra. Patricia Adriana Puyol.

Con lo que terminó el Acto, firmando los Señores Jueces:

Ante mi:

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

C U E S T I O N E S:

PRIMERA: ¿Que 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 artículos 42, 55, 166 inciso 2° párrafo 2° y 189 bis inciso 2° párrafo 3° del Código 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.

Artículos 42, 55, 166 inciso 2° párrafo 2° y 189 bis inciso 2°

párrafo 3° del Código Penal y 375 inciso primero, 373 y 210

del Código  
de Procedimiento Penal.

A la misma cuestión, la Señora Juez Dra. Mora dijo:  
Adhiero al voto del Doctor Dr. Pianta, por ser ello mi  
convicción sincera.

Artículos 42, 55, 166 inciso 2° párrafo 2° y 189 bis inciso  
2°  
párrafo 3° del Código Penal y 375 inciso primero, 373 y 210  
del Código  
de Procedimiento Penal.

A la cuestión en tratamiento, el Señor Juez Dr. 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.

Artículos 42, 55, 166 inciso 2° párrafo 2° y 189 bis inciso  
2°  
párrafo 3° del Código Penal y 375 inciso primero, 373 y 210  
del Código  
de Procedimiento Penal.

SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Sobre este tópico el Señor Juez 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 artículo 12 del Código Penal y  
por ende  
del artículo 309 del Código Civil; la conformidad que al  
respecto  
prestó el Sr. 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 artículo 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 artículos 1° y 18 de la Constitución Nacional; 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 de agosto de 2013, a las 09.00 horas.

Así lo voto por ser mi sincera y razonada convicción. Arts. 1, 40, 41, 42, 55, 166 inciso 2° párrafo 2° y 189 bis inciso 2° párrafo 3° del Código Penal y 210, 373 y 375 inciso primero del Código de Procedimiento Penal.

A la misma cuestión, la Sra. Juez Dra. Mora dijo: Voto en idéntico sentido que mi colega preopinante, por ser ello mi sincera y razonada convicción.

Artículos 1, 40, 41, 42, 55, 166 inciso 2° párrafo 2° y 189 bis inciso 2° párrafo 3° del Código Penal y 210, 373 y 375 inciso primero del Código de Procedimiento Penal

A la cuestión planteada, el Sr. Juez Dr. Puime dijo: Voto en igual sentido que el Sr. Juez que lleva la primera voz, por ser ello mi sincera y razonada convicción.

Artículos 1, 40, 41, 42, 55, 166 inciso 2° párrafo 2° y 189 bis inciso 2° párrafo 3° del Código Penal y 210, 373 y 375 inciso primero del Código de Procedimiento Penal

Con lo que terminó el acto, firmando los Señores Jueces:

Ante mi:

S E N T E N C I A

Lomas de Zamora, 7 de agosto de 2013.

Por lo que resulta del Acuerdo que antecede, el Tribunal FALLA:

I. CONDENAR a Guillermo Alexis Alcaraz, apodado "Yimi", de 31 años de edad, con D.N.I. Nro. 29.006.331, de estado civil

casado,  
instruido, de ocupación gastronómico, de nacionalidad  
argentino,  
nacido el día 13 de agosto de 1981 en la localidad de Don  
Bosco,  
partido de Quilmes, con domicilio en la calle El Zorzal nro.  
4472 de  
la localidad de San José, Temperley, hijo de Gilberto Alcaraz  
y de  
Juana Isabel Camargo, 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 de Septiembre de  
2012, en la  
localidad de Longchamps partido de Almirante Brown, en  
perjuicio de  
Patricia Adriana Puyol. Artículos 1, 40, 41, 42, 55, 166  
inciso 2°  
párrafo 2° y 189 bis inciso 2° párrafo 3° del Código Penal y  
210, 373  
y 375 del Código de 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 de agosto de 2013, a las 09.00 horas. Artículos 372  
del Código  
de Procedimiento Penal, 3 de la Convención por los Derechos  
del Niño y  
1° y 18 de la Constitución Nacional.  
Regístrese y téngase por formalmente notificados al Sr.  
Agente  
Fiscal de Juicio, a la Sra. Defensora oficial y al imputado  
Alcaraz  
con la lectura de la presente por Secretaría (artículo 374  
del Código  
de Procedimiento Penal).

Ante mi:

\*\*\*\*\*

En la ciudad de Lomas de Zamora, a los veintisiete días del mes de Agosto del año 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. Guillermo 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 Guillermo Alexis Alcaraz en orden al delito de robo calificado por el empleo de arma de fuego 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

#### C U E S T I O N E S

PRIMERA: ¿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 artículo 12 del Código Penal y del artículo 309 del Código Civil en lo concerniente a la privación de la Patria Potestad?

A la cuestión Planteada, el Dr. Pedro D. R. Pianta dijo:  
Al celebrarse el debate previsto en el artículo 372 del C.P.P.

la Sra. defensora pública fundamentó acabadamente el planteo de inconstitucionalidad de la norma del artículo 12 del Código Penal (y consecuentemente del artículo 309 del Código 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 Sra. defensora la obligación estatal de otorgar una protección integral a la familia invocando las prescripciones del artículo 14 bis de la Constitución Nacional y del artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Destacó el principio del artículo 5 inciso 3° de la aludida Convención, definiéndolo como de intrascendencia de los efectos de la sanción penal.

Además basó su postura en las normas del artículo 11 inciso 2° de aquella Convención y en el artículo 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 Sr. 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 artículo 12 del Código 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 N° 38.114

del 26 de agosto de 2010, afirmó que el artículo 12 del Código 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 Sr. 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 artículo 309 del Código 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 resaltado de parte del texto me pertenece).

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. Ed. Trotta. Año 1999. pág. 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 Código Penal vulnera derechos fundamentales y, zanjada esa cuestión, de ser necesario, enfocar el análisis en la norma del artículo 309 Del Código Civil.

Para ello seguiré los lineamientos trazados por la Corte Suprema Nacional 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 Editorial Bosch año 1984, página 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 Bárbara Marcantonio 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 Alcaraz 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 6 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 Alcaraz 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 Alcaráz, 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 Alcaráz.

Retomando la opinión de Ferrajoli, que señala que los derechos fundamentales son la base de la moderna igualdad, y al amparo del artículo 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, Alcaráz 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 Alcaraz 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 Alcaráz 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 artículo 18 de la Constitución Nacional y los artículos 5° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 7° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 5° inciso 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos. Más allá de lo expuesto, resulta imprescindible enfocar el exámen 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, Tomo 2, quinta edición, editorial Astrea, año 2006, página 729). En base a ello, cabe ahora determinar si, en el caso analizado, la privación del ejercicio de la Patria Potestad que establece el artículo 12 del Código Penal afectaría el interés superior de los hijos del acusado consagrado en el artículo 3° de la Convención de 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 artículos 11 inciso 2° 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 artículo 14 bis de la Constitución Nacional y el artículo 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 Guillermo Alexis

Alcaraz 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 artículo 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 artículo 5 inciso 3° 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 Alcaraz 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 artículo 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 artículo 12 del Código Penal en lo concerniente a la privación del ejercicio de la patria potestad, resulta improcedente que me expida sobre la constitucionalidad del artículo 309 del Código 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 artículo 12 del

Código Penal en cuanto priva el ejercicio de la patria potestad al condenado Guillermo Alexis Alcaraz 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 artículos 1, 14 bis, 16, 18, 75 inciso 22 y 119 de la Constitución Nacional; 5 incisos 2° y 3°, 11 inciso 2° 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.

A la misma cuestión, la Señora Juez Doctora María del Carmen 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.

Artículos 1, 14 bis, 16, 18, 75 inciso 22 y 119 de la Constitución Nacional; 5 incisos 2° y 3°, 11 inciso 2° 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.

Al interrogante planteado, el Señor Juez Doctor Guillermo F. Puime dijo:

Por compartir sus fundamentos me expido en igual sentido que el Señor Juez Doctor Dr. Pianta, por ser ello mi convicción sincera y razonada.

Artículos 1, 14 bis, 16, 18, 75 inciso 22 y 119 de la Constitución Nacional; 5 incisos 2° y 3°, 11 inciso 2° 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.

SEGUNDA: ¿Qué pena corresponde aplicarle al condenado Guillermo Alexis Alcaráz?

A la cuestión Planteada, el Dr. Pedro D. R. 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 (3) años y cuatro (4) 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 Sra. Jefa del Servicio Penitenciario Provincial para que mientras dure el encierro el Guillermo Alexis Alcaraz pueda acceder a un trabajo conforme a las leyes laborales vigentes.

Así lo voto por ser ello mi sincera y razonada convicción.  
Artículos 1, 5, 12, 29 inc.3° y 210, 372, 373 y 375 del C.P.P..

A la misma cuestión, la Señora Juez Doctora María del Carmen 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.

Artículos 1, 5, 12, 29 inc.3° y 210, 372, 373 y 375 del C.P.P..

Al interrogante planteado, el Señor Juez Doctor Guillermo F. Puime dijo:

Por compartir sus fundamentos me expido en igual sentido que el

Señor Juez Doctor Dr. Pianta, por ser ello mi convicción sincera y razonada.

Artículos 1, 5, 12, 29 inc.3° y 210, 372, 373 y 375 del C.P.P..

Con lo que terminó el acto, firmando los Señores Jueces:

Ante mi:

Lomas de Zamora, 27 de agosto de 2013.

Por lo que resulta del Acuerdo que antecede, el Tribunal

FALLA:

I. CONDENAR a Guillermo Alexis Alcaraz, apodado "Yimi", de 31 años de edad, con D.N.I. Nro. 29.006.331, de estado civil casado, instruido, de ocupación gastronómico, de nacionalidad argentino, nacido el día 13 de agosto de 1981 en la localidad de Don Bosco, partido de Quilmes, con domicilio en la calle El Zorzal nro. 4472 de la localidad de San José, Temperley, hijo de Gilberto Alcaraz y de Juana Isabel Camargo, 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. Artículos 1, 5, 12, 29 inc. 3ro. del Código Penal, 1, 14 bis, 16, 18, 75 inciso 22 y 119 de la Constitución Nacional; 5 incisos 2° y 3°, 11 inciso 2° 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 C.P.P.

II. CUMPLIR con lo dispuesto por el artículo 22 de la Acordada 2840 de la S.C.J.P.B.A. y con lo normado por el artículo 83 inciso 3° del Código Adjetivo.

III. LIBRAR oficio a la Sra. Jefa del Servicio Penitenciario Provincial a fin de hacerle saber que deberá otorgar al inculcado Alcaraz 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 Sr. Agente Fiscal de Juicio, a la Sra. Defensora oficial y al imputado Alcaraz con la lectura de la presente por Secretaría (artículo 374 del Código de Procedimiento Penal).

Ante mi: