

DIÁLOGOS DE LA DEFENSA PÚBLICA

Aspectos civiles y penales
de la ley 27.363 sobre
privación y suspensión de
la responsabilidad parental

Ministerio Público

de la **Defensa**

2019

DIÁLOGOS DE LA DEFENSA PÚBLICA

Aspectos civiles y penales de la ley 27.363
sobre privación y suspensión de la
responsabilidad parental

2019

Diálogos de la defensa pública : aspectos civiles y penales de la ley 27.363 sobre privación y suspensión de la responsabilidad parental / Juan Pablo Olmo ... [et al.] ; coordinación general de Julieta Di Corletto. - 1a ed adaptada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Defensoría General de la Nación, 2019.

Libro digital, EPUB - (diálogos de la defensa pública / Olmo, Juan Pablo; 1)

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-47077-3-4

1. Derecho. 2. Derecho de Familia . I. Olmo, Juan Pablo. II. Di Corletto, Julieta, coord.

CDD 346.015

DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

Dra. Stella Maris Martínez

COORDINACIÓN GENERAL

Secretaría General De Capacitación Y Jurisprudencia

Secretaria general (Int.)

Dra. Julieta Di Corleto

DIRECCIÓN - COLECCIÓN DIALOGOS DE LA DEFENSA PÚBLICA

Defensoría Pública Tutoría N° 1

Defensor público tutor

Dr. Juan Pablo Olmo

COORDINACIÓN EDITORIAL

Subdirección de Comunicación Institucional

2019 Ministerio Público de la Defensa

Defensoría General de la Nación

www.mpd.gov.ar

Callao 970 – CP 1023

Ciudad de Buenos Aires

Esta publicación es un logro colectivo que se ha realizado bajo la dirección de Juan Pablo Olmo y la coordinación de la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, a cargo de Julieta Di Corleto. En su redacción, han participado doce integrantes de distintos ámbitos de esta institución, con intervención tanto en el fuero civil como en el fuero penal. Ello ha dado como resultado un diálogo enriquecedor entre los distintos trabajos que forman parte de esta obra, todo lo cual confluye en un análisis exhaustivo, integral y riguroso de la ley 27.363.

Se suele decir que no es conveniente abordar las problemáticas familiares desde la óptica del derecho penal. En este caso, sin embargo, se observa un proceso inverso: la ley 27.363 prevé tipos penales –e instancias procesales– de los cuales se derivan consecuencias jurídicas en el ámbito del derecho de familia, en el caso la privación de la responsabilidad parental y la suspensión de su ejercicio.

Pocas leyes acaso interpelan la actuación de tantas defensorías y equipos de trabajo dentro del Ministerio Público de la Defensa de la Nación. Por ello, estoy convencida que *Diálogos de la defensa pública* resultará de suma utilidad no solo para quienes se desempeñan en el ejercicio de la función defensorista, sino para la comunidad jurídica en general.

Stella Maris Martínez

Defensora general de la Nación

INDICE

PRÓLOGO	7
PRESENTACIÓN	9
CAPÍTULO I. ASPECTOS CIVILES DE LA REFORMA	13
Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación <i>María Soledad Pennise Iantorno y Marcela Virginia Panatti</i>	15
Trámite parlamentario de la sanción de la ley 27.363 de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación <i>Selene I. Scasserra</i>	31
Extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental a la luz de las modificaciones de la ley 27.363 <i>Juan Pablo Olmo</i>	51
Reparación del daño en casos de violencia de género <i>María Belén Pascuali</i>	73
CAPÍTULO II. CUESTIONES VINCULADAS AL DERECHO PENAL	87
Implicancias penales de los artículos 700, 700 bis y 702 del Código Civil y Comercial de la Nación <i>María Mercedes Crespi</i>	89
La responsabilidad parental en el artículo 12 del Código Penal: la jurisprudencia de la CSJN y las dificultades interpretativas a la luz de la normativa civil <i>Pablo A. Zalazar y Daniela L. Yankielewicz</i>	109
Responsabilidad parental y ley de ejecución de la pena privativa de libertad N° 24.660 <i>Martina Gómez Romero</i>	127
Ejercicio de la responsabilidad parental en contexto de encierro <i>Inés Aldanondo</i>	143

CAPÍTULO III. EL ÁMBITO PROCESAL	153
Procesos de privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental <i>Cecilia Hebe Bonaverdi</i>	155
Incumbencias profesionales de los integrantes del Ministerio Público de la Defensa en el marco de la ley 27.363 <i>Agustín Rivero</i>	175
Aplicación temporal de la ley 27.363 a los procesos en trámite <i>Juan Pablo Olmo</i>	187

| PRÓLOGO |

Diálogos de la defensa pública surge a partir de la iniciativa del defensor público tutor Juan Pablo Olmo, quien en el marco de las actividades de formación, perfeccionamiento y actualización que se realizan en el área de la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, y a partir de la sanción de la ley 27.363 que establece nuevos supuestos de privación y suspensión de la responsabilidad parental, nos instó a trabajar en la temática, convocando a diferentes actores del Ministerio Público de la Defensa que tienen injerencia en la interpretación y aplicación de la normativa en cuestión.

En este sentido, la publicación que se presenta recrea las interacciones que pueden darse en el marco de un proceso donde, en algunos supuestos con posiciones encontradas, los actores del Ministerio Público de la Defensa intervendrán en torno a un mismo caso en el que se invoque o se resista la aplicación de la ley 27.363. De todos modos, y más allá de la posibilidad de pensar este trabajo como un ámbito de discusión de posiciones encontradas, también es factible pensarlo como un producto del esfuerzo que supone el trabajo de la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia.

En efecto, este libro también condensa la modalidad de trabajo que se intenta plasmar en cada una de las actividades desarrolladas por la Secretaría, en las cuales se promueve un aprendizaje cooperativo. De acuerdo con este modelo, con el objetivo de que cada participante mejore sus propios aprendizajes, a partir de los aportes individuales, una misma temática es analizada en múltiples dimensiones y desde las más diversas perspectivas. Más allá de la letra de la ley, la publicación expone diferentes caras de un mismo problema. Al igual que en un curso dictado en el ámbito de la Secretaría, aquí no se predica una única forma de resolverlo, sino que se invita a identificar los conceptos claves, los actores y los derechos que entran en juego a partir de una decisión judicial que suspende o priva a una persona del ejercicio de la responsabilidad parental.

Desde la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia esperamos que esta obra sea la primera en una serie de otras que, al igual que lo que buscamos en los espacios de capacitación, ponga en diálogo a las/os integrantes de la

defensa pública, para que todas/todos nos veamos fortalecidos con un debate abierto, respetuoso y comprensivo de las diferentes perspectivas.

Julieta Di Corleto

Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

| PRESENTACIÓN |

En mayo de 2017, el Congreso Nacional sancionó la ley 27.363 de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. La norma incorpora el artículo 700 bis CCyCN con tres nuevas causales de privación de la responsabilidad parental, vinculadas a la comisión de ciertos delitos contra los hijos o el otro progenitor. La novedad es que la privación opera de pleno derecho cuando hay condena firme, sin necesidad de iniciar un proceso en sede civil a tal fin. Pero también se le agrega un quinto inciso al artículo 702, con una nueva causal de suspensión del ejercicio, para los casos en que haya auto de procesamiento o equivalente.

Si bien se trata de una ley civil que regula derecho de fondo, en ella aparecen aspectos procesales, cuestiones propias del derecho penal y una marcada perspectiva de género. Asimismo, involucra la actuación de diversas defensorías y demás dependencias dentro del Ministerio Público de la Defensa, que incluso podrían tener actuaciones encontradas ante un mismo caso. Todo ello la convierte en terreno fértil para su análisis desde distintas ópticas y de acuerdo a los diferentes aspectos de la problemática que se nos presentan a quienes ejercemos la defensa pública.

A partir del diálogo entre la defensa pública civil y penal se pretende acercar distintas voces sobre una misma ley. En esta oportunidad se trata de una ley de tan solo cuatro artículos, analizados minuciosamente a lo largo de once trabajos doctrinarios, todos los cuales fueron redactados por integrantes del Ministerio Público de la Defensa.

La obra está dividida en tres capítulos. El primero de ellos, “Aspectos civiles de la reforma”, inicia con un trabajo introductorio sobre titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental. María Soledad Pennise Iantorno y Marcela Virginia Panatti desarrollan estos dos aspectos que se ven involucrados en la reforma, piedra fundamental para entender las implicancias de las causales de privación (que operan sobre la titularidad) y de suspensión (que afectan el ejercicio); máxime si se repara en que el Código unificado regula cuestiones novedosas, como ser la delegación de la responsabilidad parental, el ejercicio por parte del progenitor afín, entre otras. Luego incluimos el trabajo de Selene I. Scasserra, en

el cual se describe minuciosamente el trámite parlamentario que ha transitado la sanción de la que hoy conocemos como ley 27.363. El análisis de la redacción del texto originario, de los debates parlamentarios y de los aspectos agregados y los que fueron quitados del texto definitivo, brinda una herramienta de suma utilidad para interpretar adecuadamente los alcances de la norma. Sentadas las bases teóricas de la reforma, el tercer trabajo, de mi autoría, está dedicado a pasar en limpio el nuevo esquema de extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental. Aquí se analiza el impacto normativo de la incorporación del artículo 700 bis CCyCN con tres nuevas causales de privación de pleno derecho de la responsabilidad parental y una quinta de suspensión del ejercicio (art. 702 inc. e, CCyCN), en aspectos tales como la superposición de causales, los alcances de la privación o suspensión respecto de los hijos, las posibilidades de rehabilitación, etc. Cierra este capítulo María Belén Pascuali con el abordaje de los aspectos vinculados a la reparación del daño en contexto de violencia de género. En su trabajo, se incluyen los presupuestos de la responsabilidad civil como fuente de las obligaciones y, también, los alcances de la llamada “Ley Brisa” para víctimas colaterales de femicidio.

El capítulo segundo se sumerge de lleno en el derecho penal. El primer trabajo también es de apertura y está a cargo de María Mercedes Crespi. La autora desarrolla los aspectos penales involucrados en los artículos que receptan las causales de privación y suspensión de la responsabilidad parental, tanto su clarificación terminológica y conceptual, como los alcances de los institutos y tipos penales allí previstos. Luego, Pablo Zalazar y Daniela Yankielewicz plantean los distintos escenarios que se pueden presentar en la práctica, según cuatro elementos: el tipo penal de que se trata, contra quién se cometa el delito, la existencia de condena firme y que la pena supere los tres años. De este modo, quedan evidenciados los casos donde se superpone la aplicación de normas del Código Civil y Comercial y del artículo 12 del Código Penal, con las correspondientes propuestas interpretativas. Por su parte, Martina Gómez Romero se aboca a los entrecruzamientos entre la nueva normativa y la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad N° 24.660. Aquí se destacan, entre otras cuestiones, la aplicación de las normas referidas a la detención domiciliaria, la permanencia de los hijos con la mujer privada de libertad y las concordancias con la curatela regulada en el Código Penal. Finalmente, Inés Aldanondo aborda los pormenores que se presentan en el ejercicio de la responsabilidad parental en contexto de encierro. De este modo, deja en evidencia la inconveniencia y demás dificultades prácticas que se presentan por la aplicación automática de la suspensión prevista en el artículo 12 del Código

Penal, sin distinción según el tipo de delito, ni la medida en que la solución legal conllevaría un beneficio para los hijos.

El tercer y último capítulo está dedicado a los aspectos procesales de la reforma. Cecilia Hebe Bonaverdi desarrolla el procedimiento que se debe instar en el ámbito de la justicia de familia, en orden a privar de la responsabilidad parental o, en algún caso, suspender su ejercicio; dejando de lado los casos en que las causales operan de pleno derecho. Otro tanto ocurre con el análisis de los procesos para su rehabilitación. A continuación, Agustín Rivero se dedica a las incumbencias profesionales del Ministerio Público de la Defensa, especialmente el rol del defensor público de menores e incapaces. Ello así, teniendo en cuenta que la ley prevé el deber de comunicarle los casos donde se plantean las nuevas causales de privación y suspensión, a fin de instar las acciones pertinentes, para lo cual el autor propone distintos lineamientos de actuación. Por último, esta publicación concluye con mi artículo sobre la aplicación temporal de la ley 27.363. Como regla de derecho transitorio, está previsto que las nuevas causales de privación y suspensión se apliquen a las situaciones jurídicas pendientes o en curso de ejecución, lo que implica tener que plantear los distintos escenarios posibles ante su entrada en vigencia, con las soluciones para cada caso.

Resta agradecerles a todos los autores y autoras por su invaluable contribución, ya que, de otro modo, esta publicación no hubiera sido posible. Como tampoco lo hubiera sido sin la significativa colaboración de la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia en la tarea de coordinar este trabajo y de la Subdirección de Comunicación Institucional, por su apoyo incondicional en cada una de estas iniciativas.

Juan Pablo Olmo

Defensor público tutor
Defensoría Pública Tutoría N° 1

CAPÍTULO I

ASPECTOS CIVILES DE LA REFORMA

TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

María Soledad Pennise Iantorno

Prosecretaria letrada de la Defensoría General Adjunta de la Nación

Marcela Virginia Panatti

Prosecretaria letrada de la Defensoría General Adjunta de la Nación

I. Palabras preliminares

En este trabajo pretenderemos aportar precisiones relativas a los conceptos de responsabilidad parental –titularidad, ejercicio, delegación y progenitor afín–, para luego referirnos brevemente a la extinción, privación y suspensión de esa responsabilidad, con el objeto de determinar qué circunstancias fácticas o comportamientos, según el caso, pueden generarlas y a quiénes les resulta aplicable.

II. Responsabilidad parental. Su regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación

Este instituto se encuentra regulado en el Libro II *Relaciones de Familia*, Título VII (arts. 638 al 704) del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN).

En su artículo 638, el Código define a la *responsabilidad parental*¹ como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los *progenitores* sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral²,

1 Al respecto, cabe recordar que esta relación entre padres e hijos, según el ordenamiento civil que nos rigió hasta el año 2015, se denominaba *patria potestad* y se encontraba definida en el art. 264 del Código Civil, en los siguientes términos: “La patria potestad era el conjunto de deberes y derechos que correspondían a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores y no se hubieran emancipado”.

2 Por supuesto, el concepto incluye las funciones de alimento, sostén y vivienda, a las que se agregan las vinculadas a la educación, diferenciación y socialización. Todas fundamentales para que el niño pueda alcanzar su desarrollo integral.

mientras sea *menor de edad* y no se haya emancipado.

Resulta claro que la reforma operada en 2015 estuvo inspirada en los cambios y en las necesidades sociales que la jurisprudencia ya venía reconociendo. Del mismo modo, la concepción del niño como sujeto de derecho –aunque merecedor de un plus de protección por su condición de edad– debía plasmarse en la regulación legal de la relación con sus progenitores.

Es en ese contexto que los principios generales que rigen el instituto bajo análisis encuentran respaldo en normas que integran el bloque de constitucionalidad, conforme surge del art. 75 inc. 22 de la CN³, y están expresamente enumerados en el art. 639 del Código Civil y Comercial de la Nación, a saber:

- a) el interés superior del niño;
- b) la autonomía progresiva del hijo, conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; y
- c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, según su edad y grado de madurez.

De este modo, es fácil advertir que en la actualidad se ha dejado de lado el verticalismo rígido para ir equilibrándose, en lo que se refiere al grado de participación del niño, en esa relación.

Ello no significa que se desdibuje la esencia del vínculo en cuanto a derechos y deberes, sino que se concede un papel preponderante al reconocimiento legal de la capacidad progresiva del niño y su debida consideración, tal como se advierte claramente del art. 26 CCyCN.

Sin embargo, a nuestro entender, el ejercicio de la responsabilidad parental es esencial para la formación de los niños –y, consecuentemente, para su vida en sociedad–. Por ello, esa función debe realizarse sin perder de vista que los niños, además de ser respetados y ser escuchados, necesitan protección, guía, valores morales, amor, límites, ejemplos constructivos a seguir. Por este motivo, los progenitores tienen el deber de asumir correctamente su rol, obrar con criterio y activamente en el acompañamiento de sus hijos.

³ Ello es así, en tanto el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño resguarda el interés superior del menor; el art. 5 recepta la evolución de sus facultades, dirección y orientación para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención y el art. 12 contempla el derecho a ser oído en todo conflicto que le atañe, debiendo ser tenida en cuenta su opinión en función de la edad y madurez que tenga el niño. Estos principios han sido receptados por la ley 26.061 (arts. 2; 3 incs. b y c; 24 y 27) y luego, por el Código Civil y Comercial de la Nación.

A partir de este análisis, entendemos que la actual denominación de este instituto resulta más adecuada frente a la idea de humanización del derecho y es acorde con una visión constitucionalizada del derecho privado.

III. Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental

En primer lugar, para analizar los alcances de la responsabilidad parental debemos distinguir entre la titularidad y el ejercicio de aquella.

La *titularidad* se refiere al conjunto de deberes y derechos que los progenitores tienen en su carácter de representantes legales.

En ese contexto, la titularidad de la responsabilidad es conjunta para los hijos matrimoniales y, en el caso de los extramatrimoniales, si hubo reconocimiento del otro progenitor.

Por su parte, el ejercicio se traduce en la puesta en práctica de aquellos derechos y deberes.

Ahora bien, ese *ejercicio* puede estar en cabeza de los progenitores o no. En este aspecto, no podemos dejar de mencionar la posibilidad que otorga el Código de delegar el ejercicio de la responsabilidad parental en otro pariente⁴ e, incluso, en el progenitor afín⁵ –figura que hoy tiene una regulación específica en el CCyCN–, siempre que ello sea en interés del hijo y por razones justificadas.

Esta distinción resulta relevante para el momento de enumerar los supuestos de extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental.

Como veremos a continuación, los arts. 641 y 644 del Código Civil y Comercial de la Nación enumeran *diferentes situaciones fáctico-jurídicas* que se pueden presentar en el vínculo entre padres e hijos, y definen quién o quiénes ejercerán la responsabilidad parental sobre el hijo.

a) En caso de convivencia con ambos progenitores, le corresponde a ambos. Existe, entonces, la presunción de que los actos realizados por uno, respecto de los bienes y la vida de los hijos, cuentan con la conformidad del otro progenitor, a fin de no entorpecer las actividades de la vida cotidiana.

Aquí, tal como se advierte, no existe diferencia alguna respecto de que el hijo sea matrimonial o extramatrimonial. Lo único relevante es que tenga doble vínculo filial y exista convivencia.

4 Ver, al respecto, lo normado por artículo 643 del CCyCN.

5 Su regulación se encuentra en el Capítulo 7, Título VII, Libro III (arts. 672 al 676 y sobre la delegación, ver específicamente art. 674).

Existen, sin embargo, dos supuestos que hacen desvanecer esta presunción:

- 1) que se dé alguno de los actos mencionados en el art. 645 del CCyCN, o
- 2) cuando uno de los progenitores haya manifestado expresamente su oposición para la realización de un acto concreto del ejercicio ordinario de la responsabilidad parental.

Al respecto, corresponde mencionar que para que esa oposición tenga eficacia, debe haber sido puesta en conocimiento del otro progenitor, previamente a la realización u otorgamiento del acto.

b) En caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, le corresponde a ambos progenitores. Se ejerce con los mismos alcances y excepciones que los indicados en el punto a).

La particularidad que se presenta es que hay doble vínculo filial, pero no hay convivencia de ambos progenitores con el hijo. El ejercicio de la responsabilidad parental continúa en cabeza de los dos, aunque ya no convivan⁶. Se deroga, así, el sistema uniparental en el que uno de los progenitores tenía la “tenencia”⁷ de su hijo, mientras que al otro progenitor se le adjudicaba un rol secundario de comunicación y control. Hoy existe, como lo señala Lorenzetti (2017, 285), un sistema biparental, denominado de coparentalidad.

La intención que se persigue es que el cese de la convivencia tenga la menor incidencia posible en la vida de los hijos, para mantener y fortalecer el vínculo afectivo entre ellos.

En este supuesto, como ya se dijo, rige la presunción de conformidad del progenitor respecto de las decisiones adoptadas por el otro.

Sin embargo, la norma prevé la posibilidad de atribuir el ejercicio a uno solo de ellos, o establecerse distintas modalidades, ya sea por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, y siempre en interés del hijo.

6 Este régimen legal a tono con el principio de igualdad que imponen varios instrumentos internacionales de derechos humanos es también seguido por varias legislaciones extranjeras, entre las cuales podemos mencionar el Código Civil francés (art. 372.2 y 373.2), el Código Civil italiano (art. 155) y en la región, el Código Civil brasileiro (arts. 1583 y 1584, según ley 11.698 del 2008), entre otros. Esta modificación, además de tener un claro fundamento constitucional-internacional, es aceptada con mayor beneplácito tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional. En suma, este cambio mantiene el ejercicio compartido de la responsabilidad parental. Es decir, no solo se comparte la titularidad, sino también, por principio, el ejercicio.

7 Conf. denominación utilizada por el Código Civil Vélez Sarsfield, para aludir al hoy llamado cuidado personal del hijo.

c) En caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, quedará en cabeza del otro progenitor, quien, según sea la causa que corresponda, ostentará de manera unilateral la titularidad de la responsabilidad parental (esta solución se da en los supuestos de fallecimiento o de privación).

Este inciso del art. 641 del CCyCN se complementa con lo previsto en los arts. 699, inc. a, 702 inc. a y 703 del mismo cuerpo legal.

d) En caso de hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, la ejerce el único progenitor.

En este supuesto, de niños que tienen una sola filiación, el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde al progenitor que también posee la titularidad de manera única.

e) En caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, la responsabilidad parental la ejercerá el progenitor que ya lo hacía.

No obstante, siempre teniendo en miras el interés del hijo, los progenitores de común acuerdo o el juez podrán decidir el ejercicio conjunto o establecer distintas modalidades a tal efecto.

La posibilidad de decidir el ejercicio conjunto en estos casos puede tener sustento en la actitud posterior de ese progenitor y en aras de priorizar el interés del hijo. Lo cual demuestra una cierta flexibilidad en este aspecto, en atención a los múltiples factores que podrían incidir en la conducta del progenitor con posterioridad a la declaración judicial.

Luego de la enumeración efectuada, corresponde mencionar que el CCyCN en el art. 642 establece un procedimiento específico para hacer frente a los *desacuerdos entre los progenitores* que pudieran surgir respecto de algún acto o decisión sobre los bienes o la vida del niño.

Así, el juez deberá resolver la cuestión mediante el procedimiento más breve del que pueda disponer y, previamente, deberá realizar una audiencia a la que deberán asistir los progenitores y el Ministerio Público⁸.

Si en esta audiencia no se logra alcanzar un acuerdo, le compete al juez dilucidar si el acto cuestionado es abusivo o perjudicial para la salud física o espiritual del niño. En su resolución, el juez siempre tendrá como consideración

⁸ Se prevé la intervención del Ministerio Público, en los términos del art. 103 del CCyCN, para asegurar la debida representación de los niños involucrados.

principal al interés superior del niño, de conformidad con lo previsto en el art. 639 apartado a, del Código Civil y Comercial de la Nación.

Ahora bien, si los desacuerdos son frecuentes o surgen complicaciones que afecten severamente el ejercicio de la responsabilidad parental, el juez podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder los dos años. Es claro que si el progenitor que fue excluido del ejercicio demuestra, antes de que transcurran los dos años, que han cesado las causas que dieron sustento a la decisión judicial, podrá requerir que se le restituya el ejercicio de la responsabilidad parental, tal como era antes de la medida restrictiva.

Asimismo, para resolver estos conflictos el juez podrá ordenar la realización de medidas que impliquen la intervención multidisciplinaria e, incluso, someter las diferencias a mediación, derivando a las partes a este medio alternativo de solución del conflicto.

IV. Progenitores adolescentes

Otro de los supuestos de ejercicio de la responsabilidad parental es aquel que corresponde a los progenitores adolescentes, que se encuentra regulado por el artículo 644 del CCyCN.

Esa norma establece que los progenitores adolescentes, independientemente de que estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos, de modo que pueden decidir y realizar por sí mismos los quehaceres necesarios para su cuidado, educación y salud.

Sin embargo, la norma prevé la participación de las personas que ejercen la responsabilidad parental del progenitor adolescente, en diferente grado, según el tipo de acto de que se trate. A saber:

- a) pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño;
- b) pueden intervenir cuando el progenitor adolescente omita realizar las acciones necesarias para preservar el adecuado desarrollo del hijo;
- c) deben manifestar su asentimiento o no, para integrar el consentimiento del progenitor adolescente, cuando los actos sean trascendentes para la vida del niño, tales como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que pongan en peligro su vida u otros actos que puedan lesionar gravemente los derechos de aquellos.

Frente al supuesto de que se presenten desacuerdos, la decisión quedará en cabeza del juez, quien deberá imprimir el trámite previsto en el art. 642, al que nos referimos *ut supra*.

El artículo también establece que la plena capacidad de uno de los progenitores no modifica este régimen.

Sin perjuicio de que la norma bajo examen no lo exprese, entendemos que este régimen debe interpretarse de forma armónica con lo previsto por el art. 26 CCyCN, en el que se regula el ejercicio de los derechos por parte de las personas menores de edad. De otra forma, sería inaceptable que los progenitores adolescentes pudieran decidir por sí solos actos respecto de sus hijos, para los cuales ellos mismos requieren de la asistencia de sus progenitores.

V. Delegación del ejercicio de la responsabilidad parental

El CCyCN prevé dos supuestos de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, regulados en los arts. 643 y 674.

En la primera norma, se otorga la posibilidad de que el ejercicio sea delegado en un pariente, siempre que esto sea en interés del hijo y por razones suficientemente justificadas.

Para que esta delegación tenga validez legal, se requiere que el acuerdo con el pariente que la asume sea homologado por el juez, previa escucha del niño.

Esta delegación del ejercicio es transitoria, tiene un plazo máximo de un año, con posibilidad de renovarse, también judicialmente, por otro año más, siempre que haya razones fundadas que lo justifiquen.

En todo momento *los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental* y, por lo tanto, el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo. Este régimen también es aplicable al hijo que tiene un solo vínculo filial.

En la segunda norma referida, el Código prevé la posibilidad de que el progenitor a cargo del hijo delegue el ejercicio de la responsabilidad parental a su cónyuge o conviviente –progenitor afín⁹–, cuando por circunstancias específicas, tales como viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, no pueda hacerse cargo del cuidado de su hijo, el otro progenitor también se encuentre imposibilitado o no resulte conveniente para el hijo que este asuma el ejercicio.

El legislador, en el artículo 672 CCyCN, define al progenitor afín como aquel

⁹ En este aspecto, el Capítulo 7, Título VII, Libro II del CCyCN, regula los deberes y obligaciones de los progenitores e hijos afines.

cónyuge o conviviente que habita con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente.

Tal como lo prevé el artículo 674, el acuerdo de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental requiere de homologación judicial, de la que puede prescindirse si el otro progenitor presta conformidad de forma fehaciente.

Si bien la norma no lo dice concretamente, entendemos que resulta esencial que previo a la homologación se escuche al hijo, con grado de madurez suficiente, como lo establece el art. 643 en el otro supuesto de delegación mencionado.

Esta posibilidad que habilita el ordenamiento de fondo, en virtud del concepto de familia que se viene pregonando desde hace tiempo, pretende darle un marco institucional a la dinámica de estos grupos familiares, ello, en consonancia con lo afirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a que “el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”¹⁰.

De esto se desprende que, en el plano jurídico, las relaciones familiares hoy contemplan, además de los lazos biológicos o adoptivos, aquellos que se originan en el terreno de la afectividad.

Es así que se advierte que las normas que incorporó el CCyCN están orientadas a facilitar, o en algunos casos a reconocer legalmente, los mecanismos para que estas familias, existentes de hecho en nuestra sociedad, lleven a cabo adecuadamente su función de cuidado y educación de los niños que viven en el hogar.

El progenitor afín no viene a ocupar el lugar del padre o de la madre. No se trata de un progenitor “sustituto” y su colaboración no debe afectar, en modo alguno, los derechos de los progenitores.

Tal es así que, entre sus funciones, el art. 673 establece que se encuentra facultado para cooperar en la crianza y educación de los hijos de su pareja; realizar los actos cotidianos relativos a la formación de los niños en el ámbito doméstico; y adoptar decisiones en situaciones de urgencia.

En la vida cotidiana, estas funciones se traducen en que los padres y madres afines podrán firmar boletines, autorizar salidas extracurriculares, anotar a sus hijos afines en torneos recreativos, etc. Es claro, entonces, que

10 Conf. Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

como se dijo, la norma viene a reconocer y legitimar el rol de apoyo en la crianza de los niños y adolescentes que de hecho ejercen estos miembros en la familia ensamblada.

Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental, ya que en caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente, prevalece el criterio del progenitor.

El ejercicio de estos deberes y derechos se extinguen con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial.

Sin perjuicio del supuesto de delegación hasta acá mencionado, el Código prevé en el art. 675 la posibilidad del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental de uno de los progenitores con su cónyuge o conviviente, para los casos de muerte, ausencia o incapacidad del otro titular.

Se aplican las mismas reglas establecidas para la delegación en cuanto a la homologación, el descuerdo y la extinción, pero, además, la norma agrega como causa de extinción del ejercicio, el supuesto en el que el progenitor recupere su plena capacidad y reasuma su ejercicio.

Asimismo, con fundamento en los principios básicos de solidaridad familiar, interés superior del niño, y, como así también, en su derecho a un nivel de vida digna, es que se ha establecido la obligación alimentaria¹¹ en cabeza del progenitor afín, respecto de los hijos del otro.

Esta obligación es de carácter **subsidiario**; es decir, que solo será exigible su cumplimiento por parte de aquel, cuando los progenitores –obligados principales– no cumplan con el deber de alimentar a sus hijos o lo hagan de manera insuficiente.

Como regla, esta obligación es de carácter **transitorio**, ya que cesa con la disolución del vínculo conyugal o la ruptura de la convivencia.

Sin embargo, existen supuestos de excepción en los que la obligación subsiste, por ejemplo: si el progenitor afín hubiera asumido durante la vida en común el sustento del hijo del otro y el cambio de situación ocasionara un grave daño al niño o adolescente. En estos casos puede fijarse una cuota de carácter **asistencial y transitorio**, a su cargo.

El tiempo por el que se imponga esa obligación lo decide el juez, quien deberá tener en cuenta la capacidad económica del obligado, las necesidades del niño y el tiempo que haya durado la convivencia.

¹¹ Conf. art. 676 del CCyCN.

Entendemos que por el principio de solidaridad familiar, ya invocado, esta obligación entre padres e hijos afines tiene carácter recíproco.

VI. Extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental

Finalmente, vamos a mencionar aquellas causales que ponen en riesgo la subsistencia de la titularidad y del ejercicio de la responsabilidad parental. Nos referiremos, solo a modo enunciativo, al contenido del Capítulo 9 del Título bajo estudio, que regula las distintas alternativas que implican la finalización o suspensión de la responsabilidad parental y su ejercicio, como así también la posibilidad de dejar sin efecto la sanción.

En ese sentido corresponde distinguir entre:

- 1) extinción,
- 2) privación,
- 3) rehabilitación y,
- 4) suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental.

Cada una de ellas presenta causas de procedencia, requisitos y efectos diferenciados, tal como veremos a continuación.

VI.1. Extinción

El art. 699 del CCyCN establece que la titularidad de la responsabilidad parental se extingue, por:

- a) muerte del progenitor o del hijo;
- b) profesión del progenitor en instituto monástico;
- c) alcanzar el hijo la mayoría de edad;
- d) emancipación, excepto lo dispuesto en el artículo 644 (sobre progenitores adolescentes¹²);
- e) adopción del hijo por un tercero. Sin perjuicio de la posibilidad de que sea restituida en caso de revocación y nulidad de la adopción. La extinción no se produce cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente (es decir, en los supuestos de adopción por integración).

Todas estas causales presentan como denominador común que aluden a cir-

¹² Ver, al respecto, el punto IV del presente trabajo, donde se analiza específicamente el caso de los progenitores adolescentes.

cunstances objetivas en las que no tiene incidencia el comportamiento de los titulares, es decir, que no están previstas como una sanción. Al ocurrir la causa que la genera, la extinción opera de pleno derecho y su enumeración legal es taxativa.

VI.2. Privación

Los artículos 700 y 700 bis¹³ CCyCN enumeran los supuestos que generan la privación de la responsabilidad parental.

El art. 700 prevé como causales:

- a) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata;
- b) el abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o bajo la guarda de un tercero;
- c) poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo; y
- d) el haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo.

En los supuestos previstos en los incisos a, b y c la privación tiene efectos a partir de la sentencia que declare la privación; mientras que en el caso previsto en el inciso d, desde que se declaró el estado de adoptabilidad del hijo.

El art. 700 bis incorpora como causales, las siguientes:

- a) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género, conforme lo previsto en el artículo 80, incisos I y II del Código Penal de la Nación, en contra del otro progenitor;
- b) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de lesiones previstas en el artículo 91 del Código Penal, contra el otro progenitor, o contra el hijo o hija de que se trata;
- c) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito contra la integridad sexual previsto en el artículo 119 del Código Penal de la Nación, cometido contra el hijo o hija de que se trata.

La privación operará, también, cuando los delitos descriptos se configuren en grado de tentativa, si correspondiere.

En este punto es necesario aclarar que a diferencia de la extinción que –como ya se dijo– opera de pleno derecho, la privación requiere de una sentencia judicial que la declare y, por lo tanto, produce efectos a partir de su dictado.

¹³ Incorporado al Código Civil y Comercial por ley 27.363.

La única excepción se da en el supuesto del inciso d del art. 700, ya que la sentencia lo que hace es declarar el estado de adoptabilidad del hijo y, como consecuencia de ello, opera la privación de la responsabilidad parental del o los progenitores.

La excepción advertida, a nuestro entender, se convierte en regla para los supuestos de privación contenidos en el art. 700 bis, incorporados por la ley 27.363. Ello en atención a que, en esos casos, la privación viene impuesta como consecuencia de la sentencia condenatoria dictada en sede penal y queda para el fuero civil, lo relativo a la protección del hijo.

Otra diferencia que se observa, en relación con la extinción, es que la privación sí implica una sanción al comportamiento de los progenitores, aunque para imponerla también debe evaluarse el interés superior del niño, para evitar que esa decisión se transforme en una sanción para el hijo. Contrariamente, en los casos del art. 700 bis se presume que la privación de la responsabilidad parental es la medida adecuada para proteger el interés superior del hijo, en orden a la gravedad de los hechos por los que fuera condenado el progenitor victimario.

En este punto, corresponde cuestionarse si los otros hijos, que no han sido agredidos por el progenitor, también son alcanzados por la privación de la responsabilidad parental a su respecto. Creemos que el alcance debería ser extensivo¹⁴ también para ellos, a fin de resguardar su integridad y adecuado desarrollo, sin perjuicio de que la determinación del interés superior del niño debe efectuarse individualmente para cada niño involucrado.

En este cometido, tendrá relevancia la actuación del Ministerio Público cuando sean remitidos los testimonios a sede civil, a los efectos de adoptar las medidas que resulten pertinentes para la protección de los derechos del o los hijos del procesado o condenado.

En razón de la gravedad de los efectos de la declaración judicial de privación de la responsabilidad parental, la enumeración legal es taxativa.

El art. 700 bis, in fine, establece que, una vez que adquiere firmeza la condena penal, se produce de pleno derecho la privación de la responsabilidad parental.

Para proteger los derechos de los niños involucrados, la sentencia deberá ser comunicada al Ministerio Público a los fines de lo previsto en el artículo 703 del CCyCN. Y con el fin de asegurar la debida participación de los niños en el proceso, deberá procederse conforme lo establecen los arts. 26, segundo párrafo, del CCyCN, y 27 de la ley 26.061.

¹⁴ En el mismo sentido, ver Mazzinghi y Mazzinghi (2017, 1).

La privación de la responsabilidad parental solo puede recaer en los progenitores, que son los titulares, por lo tanto la privación afecta a la titularidad.

VI.3. Rehabilitación

Sin perjuicio de los supuestos de privación y sus fundamentos, el Código prevé la rehabilitación en el art. 701, que implica dejar sin efecto la privación dispuesta si se demuestra que ello se justifica en beneficio del interés del hijo. Para ello, deberá obtenerse una declaración judicial y en ese proceso deberá citarse al otro progenitor y garantizarse la participación del niño.

VI.4. Suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental

El art. 702 establece que el ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure:

- a) la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento;
- b) el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres (3) años;
- c) la declaración por sentencia firme, de la limitación de la capacidad, por razones graves de salud mental, que impiden al progenitor dicho ejercicio;
- d) la convivencia del hijo o hija con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales;
- e) el procesamiento penal o acto equivalente, por los delitos mencionados en el artículo 700 bis.

El auto de procesamiento debe ser comunicado al Ministerio Público según lo previsto en el artículo 703, teniéndose en cuenta la asistencia letrada establecida en el artículo 26, segundo párrafo; y también se debe notificar a la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción, a efectos de que proceda en sede civil, a los fines de este artículo. Se deberá observar lo previsto en el artículo 27 de la ley 26.061.

No se procederá a suspender el ejercicio de la responsabilidad parental en los términos del presente inciso, en los casos del artículo 700 bis incisos a y b, cuando en los hechos investigados o en sus antecedentes mediare violencia de género.

Como indica Olmo (2019), se advierte que en los casos del art. 702 incs. a, b, c y d la suspensión opera de pleno derecho como consecuencia de la sentencia firme dictada, según el supuesto de que se trate. Del mismo modo, una vez agotadas las circunstancias que dieron origen a la suspensión, aquella queda sin efecto también automáticamente.

La ley 27.363 incorporó la causal establecida en el inciso e, que establece que

cuando se dicte auto de procesamiento en los supuestos del art. 700 bis CCyCN también se suspende el ejercicio de la responsabilidad parental.

Es de importancia destacar que el art. 704 CCyCN establece que la obligación alimentaria que recae sobre el progenitor subsiste durante la privación y suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental.

VII. Cese de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental

En este aspecto, normativamente se prevén los supuestos que dan lugar al cese de la delegación, estos son:

a) para el caso del pariente, el transcurso del tiempo por el que fue otorgada, o su renovación si se hubiera solicitado (conforme surge del art. 643 CCyCN),

b) para el caso del progenitor afín, el art. 675 *in fine* CCyCN prevé que ese ejercicio se extingue con la ruptura del matrimonio, de la unión convivencial o con la recuperación de la capacidad plena del progenitor que no estaba en ejercicio de la responsabilidad parental.

Además de estos supuestos, consideramos que todas las circunstancias fácticas enumeradas en los arts. 699, 700, 700 bis y 702 del CCyCN pueden ser analógicamente aplicadas para que opere el cese de la delegación de la responsabilidad parental. Si bien aquellos no pueden ser sujetos de suspensión ni privación por no ser titulares, la ocurrencia de alguno de los supuestos enumerados en las normas referidas, necesariamente, debería provocar consecuencias en las personas que tengan delegada la responsabilidad parental.

VIII. Palabras finales

A partir de este análisis, podemos concluir que la intención del legislador está orientada a facilitar la dinámica de las nuevas estructuras familiares, poniendo énfasis en la afectividad.

No obstante, ha establecido que la titularidad solo corresponde a los progenitores. El progenitor afín y el pariente solo pueden ejercer la responsabilidad parental por delegación homologada judicialmente, conservando siempre los progenitores el derecho a supervisar la crianza y educación de los hijos, en su carácter de titulares.

El eje central del instituto bajo estudio gira en torno a la protección del interés superior del niño, a su autonomía progresiva (a mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos) y, consecuentemente, a que su opinión sea tenida en cuenta, según su edad y grado de madurez.

Por lo tanto, cualquier duda o vacío legal que ocurra en orden al ejercicio de la responsabilidad parental, entendemos que deberá pasar por el tamiz del interés superior del hijo, su protección integral, para cuya determinación resulta esencial la participación y escucha del niño¹⁵.

Finalmente, creemos que para garantizar que ese interés sea una consideración primordial, cobra relevancia la intervención que le compete al Ministerio Público en los términos del art. 103 del CCyCN, quien será parte esencial, por ejemplo: 1) frente a un posible desacuerdo de los progenitores, que se judicialice; 2) ante el pedido de privación de la responsabilidad parental; 3) en el proceso de homologación judicial de un acuerdo de delegación de la responsabilidad parental; y 4) frente a los supuestos de los art. 700 bis, 702 y 703 del CCyCN.

Bibliografía

Lorenzetti, Ricardo Luis. 2015. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo IV. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.

Olmo, Juan Pablo. 2019. “Extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental a la luz de las modificaciones de la ley 27.363”. En: *Diálogos de la defensa pública. Aspectos civiles y penales de la ley 27.363 sobre privación y suspensión de la responsabilidad parental*, 51–71. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

Mazzinghi, Jorge A. M. y Mazzinghi, Esteban M. 2017. “Privación y suspensión de la responsabilidad parental (Una reforma no del todo necesaria y con ciertas desprolijidades)”. *El Derecho Diario de doctrina y jurisprudencia*, 14.234: 1–3.

Panatti, Marcela Virginia y María Soledad Pennise Iantorno. 2016. “Determinación del Interés Superior del Niño, tras su incorporación en el Código Civil y Comercial de la Nación”. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 1: 9–19.

15 El artículo 703 establece que: “Si uno de los progenitores es privado de la responsabilidad parental o suspendido en su ejercicio, el otro continúa ejerciéndola. En su defecto, se procede a iniciar los procesos correspondientes para la tutela o adopción, según la situación planteada, y siempre en beneficio e interés del niño o adolescente”.

TRÁMITE PARLAMENTARIO DE LA SANCIÓN DE LA LEY 27.363 DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Selene I. Scasserra

Integrante de la Defensoría Pública Curaduría N° 1

I. Introducción

La ley 27.363, sancionada por el Congreso de la Nación Argentina el 31 de mayo del 2017¹, es la primera y, hasta el momento, la única que ha reformado el texto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación², a poco menos de dos años de que entrara en vigor.

La reciente norma introdujo cambios en el articulado del Libro Segundo, Título VII, Capítulo 9 del Código vigente, en lo atinente a las causales de privación y suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, al incorporar el artículo 700 bis CCyCN y modificar la redacción original del artículo 702 CCyCN. En virtud de ello, el legislador ha instrumentado una novedosa solución legal para el abordaje de una problemática social de significativa trascendencia como la que configura la violencia en el ámbito intrafamiliar, que reconoce como principales afectados a aquellos sujetos de derecho que detentan el estatus de mayor vulnerabilidad frente a este flagelo: los niños, niñas y adolescentes, víctimas directas o colaterales de delitos aberrantes consumados por sus progenitores. Al mismo tiempo, las nuevas disposiciones del Código de fondo tienen una marcada perspectiva de género, amparando la situación particular que atraviesan las mujeres damnificadas en contextos de violencia doméstica.

Como podrá apreciarse a lo largo de este artículo, la ley 27.363 es el resultado del consenso entre los distintos bloques políticos sobre la finalidad común de incluir en el Código Civil y Comercial de la Nación medidas de acción y garantías efectivas tendientes a resguardar y preservar los derechos fundamentales de

¹ La ley 27.363 fue promulgada el 22 de junio de 2017 y publicada en el Boletín Oficial el 26 de junio del mismo año.

² En adelante, CCyCN.

las víctimas de violencia doméstica. De este modo, este trabajo tiene por objeto analizar la evolución de la norma desde la formulación originaria del proyecto, hasta la adopción de su redacción final, en función de las diversas iniciativas, proyectos y debates que se suscitaron en el curso del trámite parlamentario.

II. Antecedentes de la ley 27.363: el proyecto originario y sus fundamentos

La ley 27.363 encuentra su génesis en el proyecto presentado el 27 de octubre del 2015 ante el Congreso de la Nación por los senadores Marina Raquel Riofrío y Juan Manuel Abal Medina, en el que se procuraba la reforma del articulado del Libro Segundo, Título VII, Capítulo 9 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La iniciativa proponía la incorporación de un nuevo artículo bajo el número 700 bis, que estipulaba una nueva causal de privación de la responsabilidad parental, en función de la condena penal por la comisión del delito de femicidio previsto en el artículo 80 inciso II del Código Penal de la Nación³, en los siguientes términos:

Artículo 700 bis. Privación al femicida. Queda privado de la responsabilidad parental el progenitor o progenitor afín que sea condenado como autor, coautor, instigador o cómplice por el delito de homicidio agravado conforme artículo 80, inciso II del Código Penal contra la progenitora o progenitora afín de las hijas o hijos en común o afines con la víctima, respecto de ellos⁴.

Entre los fundamentos esgrimidos por los senadores en torno al proyecto presentado, se destacaron “estadísticas alarmantes respecto a la cantidad de muertes por femicidio y la cuantía de hijos que quedaban huérfanos y en situación de desamparo” (Veloso 2017, 808).

La concientización sobre la trágica realidad que atraviesa la vida de aquellas mujeres y niños, niñas y adolescentes involucrados en contextos de violencia doméstica, condujo a la elaboración de variadas propuestas legislativas dirigidas a su prevención, erradicación y sanción, que cobraron cada vez mayor relevancia entre los temas incluidos en la agenda pública. Como antecedente significativo, se alude a la sanción de la ley 26.791 (el 14 de noviembre del 2012), que incorporó al femicidio como figura agravada del tipo penal del homicidio simple, contenido en el inciso II del artículo 80 del Código Penal.

³ Artículo 80 del Código Penal de la Nación: “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: [...] II. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género”. (Inciso incorporado por art. 2º de la ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012).

⁴ Expediente S-3685/15, I.

No obstante, los autores resaltaron que:

Más allá [...] de la muerte de las mujeres por violencia sexista, importa la situación de desamparo y vulnerabilidad en la que quedan los hijos de la fallecida, quienes durante largo tiempo han sido víctimas directas o indirectas de los malos tratos infligidos a la madre a los que ahora se suma su irreparable pérdida⁵.

En tales circunstancias, ante la ausencia de una previsión legal que así lo estableciera, el progenitor y autor del asesinato de la madre no quedaba privado de la responsabilidad parental. Como corolario, el destino de esos menores de edad testigos o víctimas indirectas de violencia de género y las decisiones trascendentales sobre su persona y bienes, quedaban supeditados a la voluntad de quien le arrebató la vida a su madre, y eran doblemente castigados.

En este sentido, argumentaron que:

[...] al dolor de la pérdida de un ser tan significativo en la vida del niño/a, se le suma la consecuente presión de tener que seguir en contacto con el femicida mientras se encuentra detenido (con visitas al penal) y en el peor de los casos teniendo que volver a convivir con el victimario en una misma vivienda cuando recupera su libertad, poniendo en peligro su salud psíquica e incluso física⁶.

Frente a esta realidad, se subraya que el ordenamiento vigente para entonces no reconocía a los niños, niñas y adolescentes como víctimas del impacto negativo de estas vivencias en su desarrollo psíquico y emocional —aun cuando les ocasionan consecuencias potencialmente muy graves—, ni como propensos a resultar víctimas directas de la violencia perpetrada por el progenitor. Adicionalmente, en estas circunstancias queda invisibilizada:

[...] la transmisión generacional de los modelos de interacción violenta, como uno de los efectos a largo plazo que se asocian a la exposición de los hijos a este tipo de conductas en el marco de su familia, que constituye el agente socializador más trascendente (Famá 2017, 3).

En este entendimiento, los impulsores del proyecto originario concluyeron que la incorporación al Código Civil y Comercial de la Nación de este nuevo supuesto de privación de la responsabilidad parental por la comisión del delito de femicidio, se erigía como una medida necesaria en amparo del interés superior del niño —consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, a

5 Expediente S-3685/15, 2.

6 *Ibidem*.

la que la ley 23.849 confiere jerarquía constitucional, de conformidad con las disposiciones del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional—. Ello, con la finalidad primordial de “evitar exponer a los menores a procesos de revictimización que [...] no hacen más que vulnerar sus derechos humanos fundamentales, de indispensable cumplimiento para asegurar el desarrollo pleno e integral de la infancia”⁷ y, consecuentemente, garantizarles el derecho a transitar una vida, desarrollo y formación libres de violencia.

III. Trámite de la sanción de la ley 27.363: tratamiento del proyecto legislativo en el Congreso Nacional

Una vez presentado ante el Senado, el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación adquirió estado parlamentario. Al poco tiempo, obtuvo tratamiento en la Cámara de origen *sobre tablas* en el recinto, es decir, sin dictamen de Comisión. Así, el 25 de noviembre de 2015 fue aprobado en el Senado sin que su redacción originaria se viera alterada.

Luego, el proyecto legislativo fue remitido a la Cámara de Diputados para su revisión (artículo 78, Constitución Nacional⁸), la que, a su vez, procedió a delegarlo a las comisiones permanentes de Legislación General y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, para su análisis, debate y consiguiente dictamen.

Una vez que existió acuerdo en las comisiones, se elaboraron dos dictámenes, uno por la mayoría y otro por la minoría, que fueron publicados en el Orden del Día para conocimiento de los restantes legisladores. Después, se remitió a la Cámara de Diputados para su discusión en el plenario.

Finalmente, el proyecto fue tratado en la Cámara de Diputados el 4 de abril de 2017. En esta instancia del trámite parlamentario, el proyecto originario aprobado por el Senado fue objeto de múltiples modificaciones, que ampliaron notablemente su ámbito de aplicación, en los aspectos subjetivo y objetivo.

A continuación, se procede a precisar los cambios introducidos sobre el proyecto originario en esta etapa, a partir de los ejes fundamentales tratados en el recinto.

IV. Modificaciones al artículo 700 bis

Como se expresó, el proyecto legislativo fue sometido a consideración de

7 Expediente S-3685/15, 4.

8 Artículo 78. “Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley.”

las comisiones permanentes de Legislación General y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia. La labor de ambas comisiones arrojó como resultado la elaboración de dos dictámenes, uno por la mayoría y otro por la minoría⁹ que, si bien partieron de los lineamientos esbozados en el proyecto originario, introdujeron diversas variantes.

El dictamen que alcanzó la mayoría de votos positivos en las comisiones parlamentarias apoyaba la sanción del proyecto de reforma presentado por el bloque político integrado por los diputados Lipovetzky, Martínez, Rista y López. De conformidad con el artículo 1º de la propuesta, la nueva versión del artículo 700 bis quedaba redactada en los siguientes términos:

Artículo 700 bis: Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por:

- a) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género conforme lo previsto en el artículo 80, incisos I y II del Código Penal de la Nación, en contra del otro progenitor;
- b) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de lesiones previstas en el artículo 91 del Código Penal, contra el otro progenitor;
- c) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito contra la integridad sexual previsto en el artículo 119 del Código Penal de la Nación, cometido contra un hijo o hija.

La privación operará también cuando los delitos descriptos se configuren en grado de tentativa.

La condena penal firme produce *de pleno derecho* la privación de la responsabilidad parental. La sentencia definitiva debe ser comunicada al Ministerio Público a los fines de lo previsto en el artículo 703, teniéndose en cuenta la asistencia letrada establecida en el artículo 26, 2do párrafo, y a la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción, a efectos de que proceda en sede civil, a los efectos de este artículo. Se deberá observar lo previsto en el artículo 27 de la ley 26.061 (Cámara de Diputados de la Nación 2017, 29)¹⁰.

IV.1. Nuevos sujetos de regulación incluidos en el proyecto del artículo 700 bis

Como puede apreciarse, la nueva versión del proyecto amplió el ámbito

⁹ En la medida en que la discusión parlamentaria se produjo, fundamentalmente, en torno al dictamen de mayoría, en este trabajo no se abordará en profundidad la alternativa contenida en el dictamen de minoría.

¹⁰ El resaltado es propio.

personal de aplicación del artículo 700 bis. Por un lado, las hipótesis que dan lugar a la sanción comprenden a todos los progenitores que resulten víctimas de los tipos penales incluidos, independientemente de su sexo. Ello, con la salvedad de que se introdujo al femicidio (artículo 80 inciso 11 del Código Penal) como un tipo penal específico y diferenciado. En este último supuesto, la privación de la responsabilidad parental solo operará respecto del progenitor hombre que haya cometido el delito en cuestión contra la progenitora. Además, la nueva redacción incluye situaciones de violencia y delitos contra la integridad sexual de los hijos. Por otro lado, respecto de los sujetos pasibles de la sanción legal establecida en el artículo 700 bis, la propuesta adoptada por el dictamen de mayoría introdujo dos cambios sobre el proyecto originario.

En primer término, dispuso que las nuevas causales de privación de la responsabilidad parental resulten operativas respecto de “cualquiera de los progenitores”. Como consecuencia, “desde el aspecto subjetivo es indiferente el género de los participantes [...] por lo que los sujetos del tipo penal pueden pertenecer a cualquiera de los dos sexos, es decir, parejas hétero u homoaffectivas” (Fernández 2017, 2). En segundo término, otro de los cambios en la redacción originaria del artículo 700 bis fue la exclusión de la figura del progenitor afín como víctima o victimario, entendiéndose por tal al cónyuge o conviviente que vive con el progenitor que tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente (artículo 672, CCyCN).

Esta decisión ha sido objeto de cuestionamientos en el recinto. En su disidencia parcial con el dictamen de mayoría, la diputada Ana I. Copes replicó que “teniendo en cuenta las diferentes dinámicas y roles en las familias de la actualidad [...] hay excepciones relevantes [...] que deben ser tenidas en cuenta a la hora de legislar” (Cámara de Diputados de la Nación 2017, 34–35). Sus argumentos se sustentaron en la posibilidad de que, en el marco de las familias ensambladas, el ejercicio de la responsabilidad parental puede recaer en el progenitor afín, sea por: a) la delegación efectuada por el progenitor a cargo del hijo cuando no se encuentre en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor o no fuese conveniente que este último asuma su ejercicio (artículo 674, CCyCN); b) el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental cuando se produzca la muerte, ausencia o incapacidad del otro progenitor, siempre que subsistan el matrimonio o la unión convivencial que lo unen al progenitor a cargo (artículo 675, CCyCN).

Sobre este punto, resulta pertinente efectuar una aclaración. El Código

Civil y Comercial de la Nación define a la responsabilidad parental como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado (artículo 638). A su vez, la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental son dos figuras legales diferentes que derivan de la responsabilidad parental; “Mientras que la *titularidad* alude al conjunto de deberes y derechos que la ley reconoce a favor de ambos padres, el *ejercicio* se refiere a la posibilidad de actuar en cumplimiento de esos deberes y derechos” (Medina y Roveda 2016, 758), es decir, a la forma en que se van a hacer efectivos (758).

De este modo, aun cuando en determinados supuestos el ejercicio de la responsabilidad parental puede recaer sobre el progenitor afín, en la medida en que no resulta —en definitiva— titular de la responsabilidad parental, mal puede ser privado de una investidura que no posee (Lloveras y Ríos 2017).

IV.2. Extensión del ámbito objetivo de regulación del artículo 700 bis: incorporación al proyecto de nuevas hipótesis de privación de la responsabilidad parental

En comparación con el proyecto original, el dictamen de mayoría tratado en el recinto extendió sustancialmente el ámbito material de regulación del artículo 700 bis. Además del supuesto de homicidio agravado por mediar violencia de género (artículo 80 inciso 11 Código Penal), incorporó tres nuevas hipótesis de privación de la responsabilidad parental, en función de otros tres tipos penales: a) homicidio agravado por el vínculo (artículo 80, inciso 1, Código Penal¹¹) contra el otro progenitor; b) lesiones gravísimas (artículo 91, Código Penal¹²) contra el otro progenitor; c) delitos contra la integridad sexual (artículo 119, Código Pe-

11 Artículo 80. “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 1º A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia”.

12 Artículo 91. “Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.”

nal¹³) cometido contra un hijo o hija¹⁴. Se previó que los presupuestos se extiendan al autor, coautor, instigador o cómplice; y que rijan para los casos en que el delito sea efectivamente consumado o se produzca en grado de tentativa (artículo 42 Código Penal¹⁵).

A diferencia de aquellas contenidas en el artículo 700 CCyCN, se optó por investir a las nuevas sanciones de efecto automático o —como establece el articulado— *de pleno derecho*. Ello se traduce en que su operatividad no queda supeditada a la promoción de un proceso civil, sino que resulta suficiente la condena firme dictada en sede penal, por cualquiera de los delitos enunciados, para que cualquiera de los progenitores quede privado en forma inmediata de la responsabilidad parental respecto de su/s hijo/s o hija/s.

El legislador ha puesto especial énfasis en estos delitos y, [...] la particular gravedad de los hechos que aquí se tipifican hace presumir que la privación de la responsabilidad parental es una medida adecuada para la protección de los hijos menores de edad. Por ende, no es necesaria su prueba en sede

13 Artículo 119. “Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima. La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías. En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si: a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima; b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda; c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio; d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas; e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones; f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo. En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a, b, d, e o f.

14 Corresponde destacar que la incorporación de los delitos contra la integridad sexual de los niños, niñas y adolescentes como una causal de la sanción civil fue impulsado por la diputada Analía Rach Quiroga.

15 Artículo 42. “El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44.”

judicial en un proceso habilitado a tal fin, lo cual también atentaría contra la celeridad para dar las respuestas que este tipo de casos demandan, en desmedro de una tutela judicial efectiva (Olmo 2019a).

La inclusión de las nuevas causales de privación de la responsabilidad parental dotadas de efecto automático fue acogida favorablemente en el recinto y, consecuentemente, se alcanzó la mayoría necesaria para incluirlas en el plexo del dictamen de consenso. Sin embargo, durante su tratamiento en el plenario, ciertos puntos controvertidos pusieron en tela de juicio los alcances de la normativa propuesta en el proyecto.

Por ejemplo, algunos bloques políticos remarcaron que el artículo 700 bis no contemplaba un supuesto de excepción en amparo de la mujer víctima de violencia de género que, por haber actuado en defensa propia o de sus hijos, incurriera en las causales de homicidio agravado por el vínculo o lesiones graves contra el otro progenitor. De este modo, se cuestionó que, si la progenitora resultaba condenada por su accionar en sede penal, quedaría automáticamente privada de la responsabilidad parental respecto de sus hijos menores.

En esta inteligencia, la diputada Sosa manifestó que:

Este proyecto de ley, tal como está redactado, [...] no contempla el caso de las mujeres que se defienden de un ataque criminal de su pareja y por el ejercicio de su defensa terminan siendo condenadas por homicidio agravado por el vínculo. [...] con lo cual —por medio de este proyecto de ley— se las va a privar también de la responsabilidad parental sobre sus hijos e hijas (Cámara de Diputados de la Nación 2017, 52).

Sin embargo, la discusión sobre este particular resulta un tanto desacertada, pues omite considerar que, de comprobarse en sede penal que la mujer obró en defensa propia (artículo 34, inciso 6º, del Código Penal¹⁶) o de sus hijos (artículo 34, inciso 7º, del Código Penal¹⁷), ello de por sí conduciría a que esta

16 Artículo 34. “No son punibles: [...] 6º. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia; [...]”

17 Artículo 34. “No son punibles: [...] 7º. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber

quedase librada de responsabilidad penal, por verificarse la existencia de una causa de justificación.

En otro orden de ideas, se advirtió que el inciso b) del artículo 700 bis propuesto por el dictamen en consideración, solo establecía la sanción civil para el caso en que un progenitor sea condenado por lesiones gravísimas contra el otro (artículo 91, Código Penal), sin que se aludiera al supuesto en que el delito sea cometido contra el mismo menor de edad, por lo que se planteó equiparar esta situación. Finalmente, el resultado fue afirmativo en el recinto y, en la redacción última de la norma, se incluyó al final del inciso b) del artículo 700 bis la leyenda “o contra el hijo o hija de que se trata”. En función de ello, la privación automática por la condena penal firme por el delito de lesiones graves contra un hijo solo opera en relación a ese hijo y no respecto de otros, si los hubiere.

Idéntica solución se extendió a la redacción del inciso c) del artículo 700 bis, reemplazándose la fórmula “contra un hijo o hija” por “contra el hijo o hija de que se trata”.

Además, en el párrafo siguiente al inciso c), donde alude a que la privación operará también cuando los delitos descriptos se configuren en grado de tentativa, se propuso el agregado de la fórmula “si correspondiere” al final, que fue votado afirmativamente.

Por su parte, otra disyuntiva en torno al proyecto en tratamiento se sustentó en que los delitos de homicidio agravado por el vínculo contra el otro progenitor y contra la integridad sexual de un hijo o hija (artículo 119, Código Penal) encuadrarían en los supuestos contenidos en el artículo 700 incisos a) y c) CCyCN, que establecen —respectivamente— la privación de la responsabilidad parental contra: 1) el progenitor condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata; y 2) contra el que ponga en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo.

Al respecto, y sobre el supuesto de privación de la responsabilidad parental contenido en el artículo 700, inciso c, CCyCN, la diputada Copes observó que:

[...] al requerir una sentencia específica puede (y de hecho, es lo que sucede normalmente) dilatarse excesivamente su efectivización, dejando al sujeto menor al cuidado del progenitor que ha cometido el delito y/o de su entorno familiar (Cámara de Diputados de la Nación 2017, 33).

precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.”

Además, se deliberó sobre los desaciertos que presentaba la técnica legislativa empleada para la confección del proyecto. Fundamentalmente, se consideró inapropiada la incorporación de un nuevo artículo al Código Civil y Comercial de la Nación, máxime, cuando habían transcurrido menos de dos años desde su vigencia. Como alternativa, se debatió la posibilidad de reformar el artículo 700 CCyCN e incluir en su texto las nuevas hipótesis de privación de la responsabilidad parental, a las que se adjudicaría el efecto correspondiente en cada caso (esto es, la expresa referencia a las causales que operan automáticamente y las que no). Finalmente, ninguna de las propuestas formuladas alteró la técnica empleada en la redacción del artículo de referencia.

Adicionalmente, otra novedad reside en que el proyecto en consideración instrumentó un procedimiento para que la condena penal firme sea comunicada al Ministerio Público a los fines previstos en el artículo 703 CCyCN¹⁸, al efecto de resolver la representación legal del niño, niña o adolescente cuyo progenitor ha sido privado en forma automática de la responsabilidad parental (Basso 2017). Ello, teniéndose en cuenta la actuación de la persona menor de edad con asistencia letrada, de conformidad con lo establecido en el artículo 26, 2^{do} párrafo CCyCN. En resguardo de esta garantía, deben arbitrarse todos los medios para la designación de un abogado del niño, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez para participar activamente en el proceso (Famá 2017).

También, la iniciativa establecía que la condena penal se comunique al organismo administrativo de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción, con el objeto de que proceda a adoptar las medidas de protección de derechos que correspondieren en cada caso concreto.

Finalmente, disponía el deber de observar lo previsto en el artículo 27 de la ley 26.061, esto es, las garantías mínimas de procedimiento que deben asegurarse a los niños, niñas y adolescentes en el marco de los procesos judiciales o administrativos: derecho a ser oído ante la autoridad competente cada vez que lo solicite; a que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; a contar asistencia letrada preferentemente especializada en niñez y adolescencia desde el inicio del proceso (en caso de carecer de

18 Artículo 703. "Casos de privación o suspensión de ejercicio. Si uno de los progenitores es privado de la responsabilidad parental o suspendido en su ejercicio, el otro continúa ejerciéndola. En su defecto, se procede a iniciar los procesos correspondientes para la tutela o adopción, según la situación planteada, y siempre en beneficio e interés del niño o adolescente."

recursos económicos, el Estado deberá asignarle un letrado que lo patrocine); a participar activamente en todo procedimiento; y a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

De este modo, se distingue que la intención del legislador al proponer la incorporación de este artículo y sus consecuentes modificaciones tuvo por objeto “proteger a los hijos aun cuando no resulten damnificados directos del delito, en el entendimiento de que actos de tal gravedad perpetrados contra su progenitor o progenitora son expresiones de violencia contra ellos” (Famá 2017).

V. Impedimento a la rehabilitación de la responsabilidad parental para las causas de privación automática: el artículo 701 bis

El proyecto de ley que se encontraba en el orden del día formulaba otra reforma al Código Civil y Comercial de la Nación, cuya viabilidad fue puesta en tela de juicio en el recinto. En efecto, el artículo 2º de la propuesta disponía la incorporación de un nuevo artículo, en los siguientes términos: “Artículo 701 bis: Lo establecido en el artículo anterior no será aplicable a los casos previstos en el artículo 700 bis del presente Código” (Cámara de Diputados de la Nación 2017, 29).

De este modo, operaría como una excepción a la regla general contenida en el artículo 701 CCyCN, que estipula que la privación de la responsabilidad parental puede ser dejada sin efecto por el juez si los progenitores, o uno de ellos, demuestra que la restitución se justifica en beneficio e interés del hijo.

Quienes promovieron esta iniciativa, señalaban que resultaba contraproducente la restitución de la responsabilidad parental a los progenitores condenados en sede penal por delitos que investían tanta gravedad como los que contenía el artículo 700 bis. De esta forma, la incorporación de una prohibición legal como la que se proponía con el artículo 701 bis, impediría que, arbitrariamente, el menor se vea sometido a un proceso de revictimización, en desmedro de sus derechos más elementales.

Por el contrario, aquellos que no compartían el criterio que se pretendía con esta iniciativa advirtieron que receptaba una vieja figura derogada por la ley 23.264 de 1985, que introdujo cambios sustanciales al régimen de la filiación y la patria potestad del viejo Código Civil. En efecto, esta ley suprimió la figura de la pérdida de la patria potestad y la reemplazó por la privación. Sobre este particular, los redactores de la ley 23.264 sostuvieron que:

[...] la privación de la patria potestad deja de ser una sanción de carácter definitivo y es siempre revisable si los padres demostraren que por circunstancias

sobrevinientes la restitución de la patria potestad se justifica en beneficio e interés del hijo (Bossert y Zannoni 1985, 362).

Además, la reincorporación al ordenamiento vigente de una figura rígida como la pérdida de la responsabilidad parental, que sentenciaba *sine die* la relación entre padres e hijos en el campo civil, traía aparejados severos problemas constitucionales. Por un lado, en materia de derecho constitucional-convencional, equivaldría a sostener desde el derecho civil lo que se conoce en el ámbito punitivista como “derecho penal de autor”: “Esto implicaría decir que la [...] personalidad del autor constituye un elemento tipificante de la acción sancionada, es decir, que sostiene una perspectiva determinista de las personas [...]” (Cámara de Diputados de la Nación 2017, 34), prescindiendo de la consideración del principio humano básico de que las personas pueden cambiar (Herrera y De La Torre 2017).

En segundo término, desde una valoración práctica, se destacó que los delitos incluidos en el artículo 700 bis conllevan penas que, en determinadas circunstancias, pueden fijarse muy altas. De este modo, “sería muy difícil que una persona cumpla la condena y después inicie un proceso de rehabilitación y que el mismo sea positivo después de la cantidad de años sin tener vínculo jurídico y por ende afectivo con el hijo” (Cámara de Diputados de la Nación 2017, 32). Más aún, “en un contexto jurídico en el que los hijos/as adolescentes se los habilita a contar con su propio patrocinio letrado y por ende, su oposición a cualquier pedido de rehabilitación tendría un peso fundamental en la decisión judicial al respecto” (Fernández 2017, 6).

Finalmente, el artículo 701 bis fue eliminado del proyecto de ley por consenso. A este respecto, la doctrina sostiene que:

La aprobación del art. 701 bis hubiese significado un retroceso que [...] resulta incompatible con el fin de reinserción social de las penas privativas de la libertad que subyace dentro de las garantías emergentes del art. 18 de la Constitución Nacional (Famá 2017, 5).

VI. Propuestas de modificación al artículo 702 CCyCN: ampliación de las causales de suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental

El proyecto de reforma del dictamen de mayoría también incluía modificaciones al artículo 702 CCyCN, que contempla los supuestos de suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental.

En primer término, proponía el agregado de la expresión “o hija” al inciso d)

del artículo 702 CCyCN, que estipula la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental en caso de convivencia del hijo —o hija— con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales.

En segundo lugar, la propuesta legislativa pretendía la incorporación de una quinta hipótesis de la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, la cual operaría mientras dure:

[...] e) El procesamiento penal por los delitos mencionados en el artículo 700 bis. El auto de procesamiento debe ser comunicado al Ministerio Público a los fines de lo previsto en el artículo 703, teniéndose en cuenta la asistencia letrada establecida en el artículo 26, 2do párrafo y a la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción, a efectos de que proceda en sede civil, a los fines de este artículo. Se deberá observar lo previsto en el artículo 27 de la ley 26.061 (Cámara de Diputados de la Nación 2017, 29).

La iniciativa tuvo por objeto incorporar al ordenamiento vigente una solución legal a la situación provisoria que atraviesan los niños, niñas y adolescentes mientras se desarrolla el proceso penal de sus progenitores, imputados por los delitos incluidos en el artículo 700 bis. De este modo, mientras se mantuviese esa situación provisional, el agregado establecía que el progenitor en cuestión quedaría suspendido de pleno derecho en el ejercicio de la responsabilidad parental (Famá 2017).

Del mismo modo que el artículo 700 bis, la iniciativa de reforma al artículo 702 CCyCN instituía un procedimiento para que se comunique el auto de procesamiento al Ministerio Público —a los fines previstos en el artículo 703 CCyCN, teniéndose en cuenta la asistencia letrada del menor establecida en el artículo 26, 2do párrafo— y al organismo administrativo de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción. Se estableció, igualmente, el deber de observancia de las garantías mínimas de procedimiento en los procesos judiciales y administrativos en que se ven afectados los derechos de las niñas, niños y adolescentes, contenidos en el artículo 27 de la ley 26.061.

Sin embargo, no tardó en advertirse un error en la disposición en comentario. En relación al procedimiento, el apartado que hacía referencia al *auto de procesamiento*, podría suscitar diversos inconvenientes en la aplicación práctica de este inciso. Ello, puesto que la figura del auto de procesamiento no se encuentra incluida en los códigos procesales penales de todas las jurisdicciones provinciales. De este modo, se resolvió aclarar que, para que proceda la suspensión, debe comunicarse al Ministerio Público el auto de procesamiento o la figura que

“haga las veces de”, es decir, el auto de elevación a juicio o el que se establezca en cada uno de los códigos procesales locales.

En este sentido, se argumentó que:

En el momento que el juez penal establezca el auto de procesamiento o la elevación a juicio, es decir, inicia el acto procesal dentro del ámbito de lo que es el proceso penal, se debe determinar claramente la [...] suspensión de la responsabilidad parental. No es conveniente que esto quede sin aclararse ni resolverse y termine siendo discutido en sede civil o a criterio del Ministerio Público, en su caso. Esa debe ser la obligación del juez [...] en el momento que se dicta el auto de procesamiento [...]¹⁹.

Así las cosas, con el objeto de evitar inconvenientes a futuro, se procedió a votar la incorporación de la leyenda *el procesamiento penal o acto equivalente* en la redacción del nuevo supuesto, lo que resultó afirmativo.

Adicionalmente, se debatió en el recinto el agregado de una cláusula a la propuesta modificatoria del artículo 702 CCyCN. Esta iniciativa contenía un supuesto de excepción al inciso e, que no estaba previsto originariamente, y tuvo por objeto amparar la situación de las mujeres víctimas de violencia de género en el ámbito intrafamiliar.

La iniciativa consistía en agregar un párrafo al final del inciso e) que pretendía incorporarse al artículo 702 CCyCN, en estos términos: “No se procederá a suspender el ejercicio de la responsabilidad parental en los términos del presente inciso en los casos del artículo 700 bis, incisos a) y b), cuando en los hechos investigados o en sus antecedentes mediare violencia de género” (Cámara de Diputados de la Nación 2017, 144).

Como fundamento para la incorporación de este agregado final, la diputada Analía Rach Quiroga sostuvo que:

La razón de esta incorporación es clara y contundente en el marco del procesamiento por los delitos previstos justamente en los incisos a) y b) del artículo 700. Si la madre comete alguno de estos delitos mediando legítima defensa, porque los hechos se dan claramente en un contexto de violencia de género, el procesamiento penal procede de todos modos y esta circunstancia es atendible únicamente en el auto de sentencia. Por lo tanto, si no se incorporara este párrafo que proponemos desde nuestro bloque, se estaría colocando a la mujer víctima de violencia de género en una situación de mayor vulnerabilidad. No solamente tendrá que atender y llevar adelante un proceso penal en su contra —cuando lo único que

¹⁹ Intervención del diputado Lipovetzky (Cámara de Diputados de la Nación 2017, 44).

hizo fue ejercer su derecho de legítima defensa contra su agresor— sino que además estaríamos privándola de la relación con sus hijos o hijas. Al incorporarse en este proyecto el párrafo propuesto, estaríamos en total consonancia con la protección, promoción y efectiva satisfacción de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, y a la par de la obligada perspectiva de género del ordenamiento jurídico vigente (Cámara de Diputados de la Nación 2017, 144).

Finalmente, con las modificaciones propuestas, se aprobó la reforma al artículo 702 del CCyCN, que materializó la perspectiva de género que incentivó originariamente la reforma.

Queda de relieve que la intención del legislador se dirigió a amparar la situación de colectivos expuestos a mayor vulnerabilidad, como el que integran las mujeres y los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia en el ámbito intrafamiliar, lo que imprime a la norma un carácter tuitivo. Como resultado, la discriminación efectuada es de índole *positiva*, habida cuenta que no reviste una finalidad excluyente, sino que establece un marco jurídico diferenciado y específico para el abordaje de una problemática social de gravedad, como la que configura el flagelo de la violencia doméstica.

Por otro lado, resulta pertinente hacer una observación sobre los cambios que este agregado produce en la operatividad de la quinta causal de suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental. Como se observa, originariamente el proyecto de reforma preveía que este nuevo supuesto también operara de pleno derecho, es decir, sin necesidad de un pronunciamiento judicial, lo que guardaba coherencia con las causales de privación del artículo 700 bis que pretendían incorporarse.

Ahora bien, el agregado de la excepción (que tiene lugar cuando en los hechos investigados o en sus antecedentes medie violencia de género) exige al operador jurídico realizar una valoración, para evaluar la eventual procedencia o no de la medida de suspensión, cuando no surja expresamente del auto de procesamiento o equivalente que la mujer obró en un contexto de violencia de género. Si se la suspendiera automáticamente porque esta circunstancia no surge del auto de procesamiento, obligaría a la mujer afectada a tener que demostrarla con posterioridad, pero en el ínterin se mantendría la suspensión, con lo que la norma perdería su virtualidad (Olmo 2019a). Por lo tanto, podría interpretarse que la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental operará de pleno para la causal del inciso e) del artículo 702, excepto en los casos de delitos cometidos por la mujer contra el otro progenitor.

VII. Eficacia temporal de la ley

Por último, el dictamen de mayoría contenía otro agregado en relación al proyecto originario, consistente en una disposición de derecho transitorio, en los siguientes términos: “Art. 4º-La presente ley será aplicable a las situaciones jurídicas pendientes o en curso de ejecución” (Cámara de Diputados de la Nación 2017, 30).

De este modo, la ley producirá sus consecuencias jurídicas desde que las condenas penales y los autos de procesamiento o equivalentes queden firmes, cuando ello ocurra con posterioridad a entrada en vigencia de la ley; o, incluso, cuando queden firmes con anterioridad, en cuyo caso surtirá efectos a partir de su entrada en vigor (Olmo 2019b).

Esta propuesta no suscitó objeción alguna en el curso del debate parlamentario, por lo que su formulación no se vio alterada.

VIII. A modo de cierre: la redacción final de la ley de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación

El proyecto modificado y ampliado en la Cámara por Diputados en la sesión del 26 de abril de 2017 fue aprobado por 203 votos a favor y 2 abstenciones. Con posterioridad, fue remitido al Senado, donde se aprobó por unanimidad el 31 de mayo de 2017. La ley se promulgó de hecho el 22 de junio de ese mismo año y, días más tarde, el 26 de junio, se publicó en el Boletín Oficial, en los siguientes términos:

Artículo 1º - Incorpórase al Código Civil y Comercial de la Nación el siguiente artículo 700 bis:

Artículo 700 bis: Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por:

- a) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género conforme lo previsto en el artículo 80, incisos I y II del Código Penal de la Nación, en contra del otro progenitor;
- b) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de lesiones previstas en el artículo 91 del Código Penal, contra el otro progenitor, o contra el hijo o hija de que se trata;
- c) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito contra la integridad sexual previsto en el artículo 119 del Código Penal de la Nación, cometido contra el hijo o hija de que se trata.

La privación operará también cuando los delitos descriptos se configuren en grado de tentativa, si correspondiere.

La condena penal firme produce de pleno derecho la privación de la respon-

sabilidad parental. La sentencia definitiva debe ser comunicada al Ministerio Público a los fines de lo previsto en el artículo 703, teniéndose en cuenta la asistencia letrada establecida en el artículo 26, segundo párrafo y a la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción, a efectos de que proceda en sede civil, a los efectos de este artículo. Se deberá observar lo previsto en el artículo 27 de la ley 26.061.

Artículo 2º- Modifícase el artículo 702 del Código Civil y Comercial de la Nación el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 702: Suspensión del ejercicio. El ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure:

- a) La declaración de ausencia con presunción de fallecimiento;
- b) El plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres (3) años;
- c) La declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio;
- d) La convivencia del hijo o hija con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales;
- e) El procesamiento penal o acto equivalente, por los delitos mencionados en el artículo 700 bis. El auto de procesamiento debe ser comunicado al Ministerio Público a los fines de lo previsto en el artículo 703, teniéndose en cuenta la asistencia letrada establecida en el artículo 26, segundo párrafo y a la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción, a efectos de que proceda en sede civil, a los fines de este artículo. Se deberá observar lo previsto en el artículo 27 de la ley 26.061. No se procederá a suspender el ejercicio de la responsabilidad parental en los términos del presente inciso en los casos del artículo 700 bis incisos a) y b), cuando en los hechos investigados o en sus antecedentes mediare violencia de género.

Artículo 3º- La presente ley será aplicable a las situaciones jurídicas pendientes o en curso de ejecución.

Artículo 4º - Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional (Cámara de Diputados de la Nación 2017, 230).

Como se observa, el resultado final obtenido a partir de los debates suscitados en el recinto arrojó las siguientes modificaciones en el articulado del Código vigente:

- a) Incorporó el artículo 700 bis, que agrega tres nuevas hipótesis de privación de la responsabilidad parental investidas de efecto automático, en función de la condena penal firme por los delitos previstos, cuando se cometan contra el otro progenitor o contra el hijo o hija de que se trate. Las causales operan respecto de cualquiera de los progenitores y se extienden al autor, coautor, instigador o cómplice. Además, rigen para los casos en que el delito se consuma o se configura en grado de tentativa, si corresponde.

Además, instrumenta un procedimiento para que la condena penal sea comunicada a: 1) el Ministerio Público a los fines del artículo 703 CCyCN, teniéndose en cuenta la posibilidad de que el menor intervenga por sí y con asistencia letrada de conformidad con el artículo 26, 2do párrafo; y 2) al órgano administrativo de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción. Deben observarse las garantías mínimas de procedimiento contenidas en el artículo 27 de la ley 26.061.

- b) Introdujo la expresión *o hija* a la redacción del artículo 702 inciso d, que prevé la convivencia del hijo o hija con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales.
- c) Agregó el inciso e al artículo 702 CCyCN, que incorporó una nueva causal de suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental: el procesamiento penal o acto equivalente por los delitos mencionados en nuevo artículo 700 bis CCyCN. En el mismo sentido que el artículo 700 bis, instituye un procedimiento de comunicación al Ministerio Público y a la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente de cada jurisdicción. Al final del artículo, se agrega un supuesto de excepción en el cual la suspensión no procede para los casos de los incisos a) y b) del artículo 700 bis, si el delito se comete contra el otro progenitor, cuando en los hechos investigados o en sus antecedentes medie violencia de género.
- d) Finalmente, se agregó una norma de derecho transitorio, que determina que la reforma introducida al Código Civil y Comercial de la Nación será aplicable a las situaciones jurídicas pendientes o en curso de ejecución.

Bibliografía

Basso, Silvina M. 2017. "El régimen de privación y suspensión de la responsabilidad parental a partir de la ley 27.363". *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, septiembre: 711-721.

Bossert, Gustavo; Eduardo Zannoni. 1985. *Régimen legal de filiación y patria potestad. Ley 23.234*. Buenos Aires: Astrea.

Cámara de Diputados de la Nación. 2017. Diario de Sesiones, 5a reunión – 3a sesión ordinaria (especial) del 26 de abril. Consultado: 12/12/2018. <https://www.diputados.gov.ar/sesiones/sesiones/sesion.html?id=2220&numVid=0>

Expediente S-3685/15. Consultado: 01/12/2018. <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/3685.15/S/PL>.

Famá, María Victoria. 2017. "Ley sobre privación y suspensión de la responsabilidad

parental. La comisión de delitos contra la vida, la integridad física y sexual de progenitores e hijos”. *Diario La Ley*, 13/07/2017: 1.

Fernández, Silvia E. 2017. “Privación de la responsabilidad parental y violencias. Comentarios sobre la ley 27.363”. *Diario La Ley*, 01/08/2017: 1.

Herrera, Marisa; Natalia De la Torre. 2017. “Privación automática de la responsabilidad parental y derechos humanos: de vulnerabilidad y vulnerabilidades en plural”. *Diario La Ley*, 09/05/2017: 1.

Lloveras, Nora; Juan Pablo Ríos. 2017. “Reforma en la responsabilidad parental después del Código Civil y Comercial. Un salto cualitativo”. *Diario La Ley*, 15/08/2017: 1.

Medina, Graciela; Eduardo Roveda. 2016. *Derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Olmo, Juan Pablo. 2019a. “Extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental a la luz de las modificaciones de la ley 27.363”. En: *Diálogos de la defensa pública. Aspectos civiles y penales de la ley 27.363 sobre privación y suspensión de la responsabilidad parental*, 51–71. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

Olmo, Juan Pablo. 2019b. “Aplicación temporal de la ley 27.363 a los procesos en trámite”. En: *Diálogos de la defensa pública. Aspectos civiles y penales de la ley 27.363 sobre privación y suspensión de la responsabilidad parental*, 187–192. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

Veloso, Sandra F. 2017. “Nuevas pautas y modificaciones de la suspensión y privación de la responsabilidad parental como consecuencia de la ley 27.363”. *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, Octubre: 807–817.

EXTINCIÓN, PRIVACIÓN, SUSPENSIÓN Y REHABILITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL A LA LUZ DE LAS MODIFICACIONES DE LA LEY 27.363

Juan Pablo Olmo

Defensor público tutor. Titular de la Defensoría Pública Tutoría N° 1

I. Introducción

La ley 27.363 incorporó tres causales de privación de pleno derecho de la responsabilidad parental, es decir sin necesidad de iniciar un proceso a tal fin (art. 700 bis CCyCN), y una quinta causal de suspensión del ejercicio (art. 702, inc. e, CCyCN), según surge de sus artículos 1 y 2, respectivamente. El objeto de este trabajo consiste en analizar las causales de extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental, según el régimen vigente luego de la reforma al Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN).

II. Marco normativo aplicable

En la actualidad, el Código prevé los casos en que se extingue la titularidad de la responsabilidad parental (art. 699 CCyCN)¹; las causales por las que se puede privar de la responsabilidad parental a un progenitor a través de un proceso judicial (art. 700 CCyCN)², o incluso los supuestos en que opera de pleno

1 Artículo 699 CCyCN: “Extinción de la titularidad. La titularidad de la responsabilidad parental se extingue por: a) muerte del progenitor o del hijo; b) profesión del progenitor en instituto monástico; c) alcanzar el hijo la mayoría de edad; d) emancipación, excepto lo dispuesto en el artículo 644; e) adopción del hijo por un tercero, sin perjuicio de la posibilidad de que se la restituya en caso de revocación y nulidad de la adopción; la extinción no se produce cuando se adopta el hijo del cónyuge o del conviviente”.

2 Artículo 700 CCyCN: “Privación. Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por: a) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata; b) abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero; c) poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo; d)

derecho (art. 700 bis CCyCN)³, con la salvedad de que en ambos casos está prevista su rehabilitación (art. 701 CCyCN)⁴; y, finalmente, las causales de la suspensión de su ejercicio (art. 702 CCyCN)⁵.

En efecto, mientras que los artículos 699, 700, 700 bis y 701 CCyCN refieren a la titularidad de la responsabilidad parental, el artículo 702 CCyCN apunta al ejercicio⁶.

haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo. En los supuestos previstos en los incisos a), b) y c) la privación tiene efectos a partir de la sentencia que declare la privación; en el caso previsto en el inciso d) desde que se declaró el estado de adoptabilidad del hijo”.

3 Artículo 700 bis CCyCN: “Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por: a) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género conforme lo previsto en el artículo 80, incisos I y II del Código Penal de la Nación, en contra del otro progenitor; b) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de lesiones previstas en el artículo 91 del Código Penal, contra el otro progenitor, o contra el hijo o hija de que se trata; c) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito contra la integridad sexual previsto en el artículo 119 del Código Penal de la Nación, cometido contra el hijo o hija de que se trata. La privación operará también cuando los delitos descriptos se configuren en grado de tentativa, si correspondiere. La condena penal firme produce de pleno derecho la privación de la responsabilidad parental. La sentencia definitiva debe ser comunicada al Ministerio Público a los fines de lo previsto en el artículo 703, teniéndose en cuenta la asistencia letrada establecida en el artículo 26, segundo párrafo y a la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción, a efectos de que proceda en sede civil, a los efectos de este artículo. Se deberá observar lo previsto en el artículo 27 de la ley 26.061”.

4 Artículo 701 CCyCN: “Rehabilitación. La privación de la responsabilidad parental puede ser dejada sin efecto por el juez si los progenitores, o uno de ellos, demuestra que la restitución se justifica en beneficio e interés del hijo”.

5 Artículo 702 CCyCN: “Suspensión del ejercicio. El ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure: a) la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento; b) el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años; c) la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio; d) la convivencia del hijo o hija con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales; e) el procesamiento penal o acto equivalente, por los delitos mencionados en el artículo 700 bis. El auto de procesamiento debe ser comunicado al Ministerio Público a los fines de lo previsto en el artículo 703, teniéndose en cuenta la asistencia letrada establecida en el artículo 26, segundo párrafo y a la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción, a efectos de que proceda en sede civil, a los fines de este artículo. Se deberá observar lo previsto en el artículo 27 de la ley 26.061. No se procederá a suspender el ejercicio de la responsabilidad parental en los términos del presente inciso en los casos del artículo 700 bis incisos a) y b), cuando en los hechos investigados o en sus antecedentes mediare violencia de género”.

6 Mientras que la titularidad alude al conjunto de deberes y derechos reconocidos en cabeza

III. Causales de extinción

La extinción de la titularidad de la responsabilidad parental se produce por la desaparición de los presupuestos que confieren su titularidad. Si se da alguno de los supuestos legales, se produce la extinción automáticamente, sin necesidad de pronunciamiento judicial alguno; con la aclaración de que en el caso del artículo 699, inciso e CCyCN, si bien la extinción no se produce por una sentencia dictada al efecto, lo es a consecuencia de otra sentencia: la de adopción.

- a) El primer caso (art. 699 inc. a) se da ante la muerte del progenitor o del hijo de que se trate. Es decir, si muere un hijo, el progenitor conserva la titularidad respecto de los otros hijos si los hubiere; y si muere el progenitor, la titularidad queda en cabeza del otro progenitor, siempre y cuando exista doble filiación. En el Código Civil derogado se entendía que quedaba incluido el supuesto de ausencia con presunción de fallecimiento. Sin embargo, en el nuevo Código ello no provoca la extinción sino la suspensión del ejercicio (art. 702, inc. a, CCyCN).
- b) La extinción también se produce por la profesión del progenitor en instituto monástico (inc. b); a diferencia de lo que ocurría con el Código anterior, en el cual también se producía la extinción en caso de profesión del hijo. Actualmente, este último supuesto fue derogado y, por tanto, aun en este caso el hijo seguirá beneficiándose de los efectos propios de la responsabilidad parental.
- c) La responsabilidad parental se extiende durante la minoridad de los hijos. Por lo tanto, una vez que arriban a la mayoría de edad, también se extingue (inc. c). Lo mismo ocurre en el caso del adolescente de entre 16 y 18 años incluido en el “Programa de Acompañamiento para el Egreso de Adolescentes y Jóvenes sin Cuidados Parentales” creado por ley 27.364, según el cual adquiere la mayoría de edad de manera anticipada (art. 2, párr. 3°).
- d) Otro tanto ocurre con la emancipación (inc. d), esto es cuando el hijo contrae matrimonio válido durante la menor edad, en los términos previstos por el artículo 404 CCyCN. Sin embargo, se mantienen las consecuencias jurídicas derivadas del artículo 644 CCyCN: los progenitores de un adolescente que, a su vez, ha tenido un hijo, detentan ciertas facultades de control en orden al ejercicio de la responsabilidad parental por parte del progenitor adolescente, sea para oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales

de los progenitores, en cambio, el ejercicio refiere a la posibilidad de actuar en cumplimiento de esos deberes y derechos, la forma en que se van a efectivizar.

para el niño, intervenir directamente en caso de omisión por parte del progenitor adolescente (párr. 2º), o bien en el otorgamiento del asentimiento para actos trascendentes en la vida del niño (párr. 3º).

- e) Finalmente, la titularidad también se extingue con la sentencia de adopción (inc. e), excepto el supuesto de adopción de integración (adopción del hijo del cónyuge o del conviviente, cfr. art. 630 CCyCN). No ocurre lo mismo con la resolución judicial que declara la situación de adoptabilidad, puesto que en este caso opera la privación de la responsabilidad parental (art. 700, inc. d, CCyCN).

A su vez, la norma deja abierta la posibilidad de la revocación o nulidad de la adopción, en cuyo caso se produce la restitución de la responsabilidad parental. Sin embargo, si la adopción estuvo precedida de una declaración judicial de la situación de adoptabilidad (art. 607 CCyCN), se vuelve al estado anterior en el que regía la privación.

IV. Causales de privación

IV.1. Generalidades

Cualquiera de los progenitores puede quedar privado de la responsabilidad parental si incurre en algunas de las causales previstas en los artículos 700 y 700 bis CCyCN. Se sanciona la realización por parte de los progenitores de ciertos actos o el haber incurrido en conductas que la ley califica como reprobables, lo que implica el incumplimiento de los deberes que se les imponen para la protección y formación integral de sus hijos. Ello así, en el entendimiento de que la privación resulta beneficiosa para los hijos de acuerdo a su interés superior. Por lo tanto, ha pasado de considerarse una sanción a los padres, a una medida de protección en favor de los hijos⁷. En estos casos, los progenitores perderán el derecho al cuidado del hijo y, por lo tanto, también el derecho de delegar el ejercicio de la responsabilidad parental, compartirlo u objetar cualquiera de estas decisiones que tomara a este respecto el otro progenitor (Basset 2017); el derecho a administrar el patrimonio del hijo y representarlo (art. 695 CCyCN); el derecho de comunicación con el hijo; no podrán tomar decisiones sobre los actos trascendentes de la vida del niño (art. 645 CCyCN). Asimismo, podrán ser declarados indignos de suceder al hijo (art. 2281, inc. g, CCyCN). Sin embargo, se mantiene la obligación alimentaria en favor del hijo (art. 704 CCyCN).

7 Para su desarrollo, nos remitimos a Olmo (2009, 731).

Originariamente, el Código unificado previó cuatro causales en su artículo 700, en tanto que la ley 27.363 incluyó un artículo 700 bis con tres causales nuevas. La mayor novedad es que las causales incorporadas por la reforma operan de pleno derecho, sin necesidad de iniciar un proceso judicial que declare la privación a través de una sentencia en sede civil⁸, a diferencia de lo que ocurre con las causales del artículo 700, que tramitarán mediante proceso ordinario, excepto el caso del inciso d, tal como veremos más adelante.

IV.2. El artículo 700 CCyCN

En cuanto al primer grupo de causales, el artículo 700, inc. a, CCyCN estipula la condena penal como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o bienes del hijo de que se trata. Es decir, se deberá iniciar un proceso tendiente, en principio, a privar la responsabilidad parental respecto del hijo en cuestión, aunque no descartamos la posibilidad de que la medida se extienda respecto de otros hijos, para lo cual se deberá invocar la causal del inc. c, que en este caso operaría de modo residual.

En cuanto al inciso b, el reproche está dado por el abandono del hijo. El abandono se valora en sentido subjetivo, esto es la conducta atribuible al progenitor, independientemente de que desde el punto de vista objetivo no se encuentre desamparado, puesto que queda bajo el cuidado del otro progenitor o de un tercero. Evidentemente, no se consideran abandono los casos de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en cabeza de un pariente (art. 643 CCyCN) o del progenitor afin (art. 674 CCyCN). Aquí también la causal opera únicamente respecto del hijo que ha sido abandonado, con la salvedad indicada al analizar la causal anterior.

El inciso c prevé una causal más amplia, como es la de poner en peligro la seguridad o la salud física o psíquica del hijo, lo que permite incluir conductas del progenitor que, en principio, no estén directamente dirigidas hacia el hijo. Sería el caso, v.gr., de actos cometidos contra sus otros hijos (hermanos del hijo afectado por la causal) o contra el otro progenitor. En cualquier caso, la privación operará respecto del hijo al cual se demuestre haberlo expuesto a la situación de peligro.

En estos tres primeros supuestos (incs. a, b y c), la privación surte efectos desde que queda firme la sentencia que así la declara.

⁸ Tal es lo que se desprende del texto de la ley y así lo ha interpretado unánimemente la doctrina: Herrera y De la Torre (2017), Basset (2017), Solari (2017), Escudero de Quintana (2017), Famá (2017), Mazzinghi y Mazzinghi (2017), Fernández (2017), Castrillón y Jáuregui (2017), Petrillo (2017), Lloveras y Ríos (2017), Yuba (2017), Basso (2017), Veloso (2017), Pietra (2017) y Parodi (2018).

Hay una cuarta causal (inc. d) referida a la declaración judicial de la situación de adoptabilidad del hijo de que se trate, según lo previsto en el artículo 607 CCyCN⁹. En el caso, resultan aplicables los supuestos regulados en sus incisos b y c. La privación producirá efectos desde la sentencia firme que declara la situación de adoptabilidad de ese hijo.

Resta señalar que el artículo 700, inc. d CCyCN tiene su correlato con el artículo 610 CCyCN, según el cual “la sentencia de privación de la responsabilidad parental equivale a la declaración judicial en situación de adoptabilidad”. Es decir: las causales de privación de la responsabilidad parental (art. 700, incs. a, b y c, y art. 700 bis, incs. a, b y c, CCyCN) equivalen a la declaración en situación de adoptabilidad, a la vez que la declaración de la situación de adoptabilidad por las causales del artículo 607 incs. b y c CCyCN provoca automáticamente la privación de la responsabilidad parental (art. 700, inc. d, CCyCN).

IV.3. El artículo 700 bis CCyCN

En cuanto al artículo 700 bis CCyCN, prevé causales de privación automática (*ipso iure*) de la responsabilidad parental sin necesidad de iniciar un proceso en sede civil. Por lo tanto, una vez que la condena en sede penal se encuentra firme, corresponde extender testimonio que dé cuenta de ello y esta será la documentación que acredite la privación, con el mismo valor que tiene una sentencia en sede civil respecto de las causales previstas en el artículo 700 CCyCN.

El legislador ha puesto especial énfasis en estos delitos y, a diferencia de lo que ocurre en los casos del artículo 700 CCyCN, la particular gravedad de los hechos que aquí se tipifican hace presumir que la privación de la responsabilidad paren-

9 Artículo 607 CCyCN: “Supuestos. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si: a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual solo por razón fundada; b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida solo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento; c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste. El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días”.

tal es una medida adecuada para lo protección de los hijos menores de edad. Por ende, no es necesaria su prueba en sede judicial en un proceso habilitado a tal fin, lo cual también atentaría contra la celeridad para dar las respuestas que este tipo de casos demandan, en desmedro de una tutela judicial efectiva.

El artículo 700 bis, inciso a, CCyCN prevé el caso del condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género en contra del otro progenitor (art. 80, incs. I y II, CP)¹⁰.

El inciso b refiere a la condena por el delito de lesiones del artículo 91 CP¹¹ contra el otro progenitor, o contra el hijo o hija de que se trata.

Finalmente, el inciso c prevé la condena por el delito contra la integridad sexual cometido contra el hijo o hija de que se trata (art. 119 CP)¹².

10 Artículo 80 Código Penal: “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 1º A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia. [...] II. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediar violencia de género...”.

11 Artículo 91 CP: “Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir”.

12 Artículo 119 CP: “Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediar violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima. La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías. En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si: a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima; b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda; c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio; d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas; e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones; f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo. En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f).”.

En cualquier caso, la privación también opera si el delito se configura en grado de tentativa¹³, es decir que no se exige que se haya consumado el acto. La norma también prevé que la condena firme sea comunicada al Ministerio Público a los fines previstos en el artículo 703 CCyCN¹⁴, puesto que, en caso de que el ejercicio de la responsabilidad parental no recaiga en el otro progenitor (por no tener doble vínculo filiatorio, por fallecimiento, ausencia, incapacidad o restricción de la capacidad a tales fines, etc.), se deberán iniciar los trámites judiciales que correspondan a fin de suplir una eventual falta de representación legal de los hijos, como ser el discernimiento de la tutela o bien la adopción; como así también su comunicación a la autoridad de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que resulte competente en cada jurisdicción, v.gr., para adoptar las medidas administrativas que resulten necesarias (arts. 33 y ss. ley 26.061). Para estos casos, se hace hincapié en la posibilidad de que el hijo intervenga por sí y con asistencia letrada, en los términos de los artículos 26 párr. 2º CCyCN y 27 ley 26.061. En nuestra opinión, estas soluciones también rigen, por aplicación analógica, para los demás supuestos de privación de la responsabilidad parental; con la salvedad de que cuando la privación se genera a instancias de una intervención judicial en sede civil, el Ministerio Público interviniente ante dicho fuero ya estará anoticiado de la situación.

IV.4. Superposición de causales

Se pueden observar algunas similitudes –y superposición– entre las causales previstas en el artículo 700, incs. a y c, CCyCN y las incorporadas en el artículo 700 bis CCyCN, que van desde lo general a lo particular, respectivamente; como si se tratara de una relación entre género y especie. Es decir, algunas conductas podrían incluirse en más de una causal: por ejemplo, si se da una conducta tipificada en el artículo 700 bis, inc. c, CCyCN, también quedaría incluida en el artículo 700, inc. a, CCyCN. A la inversa, una conducta que se incluya en el artículo 700 inc. a, CCyCN no necesariamente quedará incluida también en el artículo 700 bis inc. c, CCyCN.

Por lo tanto, entendemos que debe resolverse de la siguiente manera:

¹³ Artículo 42 CP: “El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad...”.

¹⁴ Artículo 703 CCyCN: “Casos de privación o suspensión de ejercicio. Si uno de los progenitores es privado de la responsabilidad parental o suspendido en su ejercicio, el otro continúa ejerciéndola. En su defecto, se procede a iniciar los procesos correspondientes para la tutela o adopción, según la situación planteada, y siempre en beneficio e interés del niño o adolescente”.

De darse alguna de las causales del artículo 700 bis CCyCN, la privación de la responsabilidad parental opera de pleno derecho con la condena firme. Por lo tanto, si se inicia un expediente en sede civil para la privación de la responsabilidad parental, la acción deberá ser rechazada *in limine*. En estos casos, la privación de pleno derecho se impone por sobre la causal de suspensión en los casos de condena de más de tres años (artículo 702, inc. b, CCyCN), a la vez que torna redundante pretender privar de la responsabilidad parental por la causal del artículo 700, inc. a, CCyCN.

En cambio, si se trata de un delito contra el hijo que no encuadre en los supuestos del artículo 700 bis, inc. b o c, CCyCN, deberá iniciarse la acción en sede civil por las causales del artículo 700, inc. a o c, CCyCN, según corresponda; sin perjuicio de la suspensión de pleno derecho prevista en el artículo 702, inc. b, CCyCN.

IV.5. Alcances de la privación

En cuanto a los alcances de la privación, en el caso del artículo 700 bis, inc. a CCyCN el condenado queda privado automáticamente de la responsabilidad parental de todos los hijos que tienen en común, al igual que en el caso del artículo 700 bis, inc. b CCyCN, si el delito se comete contra el otro progenitor.

En cambio, si en el artículo 700 bis, inc. b, CCyCN el delito es contra alguno de los hijos, quedará privado de pleno derecho solo respecto de ese hijo, al igual que en el caso del artículo 700 bis, inc. c, CCyCN. En cualquiera de los dos casos, para privarlo de los otros hijos se deberá iniciar una acción en sede civil por la causal del artículo 700, inc. c, CCyCN.

Finalmente, resta señalar que las causales de privación de pleno derecho de la responsabilidad parental previstas en el artículo 700 bis CCyCN no aplican respecto del progenitor afín (art. 672 CCyCN) que haya sido condenado, puesto que este no detenta la titularidad de la responsabilidad parental, de modo que mal podría privárselo de algo que no tiene. En cambio, sí se aplica respecto del progenitor en la adopción por integración (art. 620, párr. 3º, CCyCN) (Herrera y De la Torre 2017, 1).

IV.6. Cuadro comparativo

Plataforma fáctica	Encuadre jurídico	Efectos
Condena firme por los delitos previstos en el art. 80 inc. I y II CP contra el otro progenitor.	Art. 700 bis inc. a) CCyCN	Privación automática de la responsabilidad parental respecto de todos los hijos en común.

Plataforma fáctica	Encuadre jurídico	Efectos
Condena firme por el delito previsto en el art. 91 CP contra el otro progenitor.	Art. 700 bis inc. b) CCyCN	Privación automática de la responsabilidad parental respecto de todos los hijos en común.
Condena firme por delitos contra el otro progenitor, no previstos en el art. 80 inc. I y II y en el art. 91 CP.	Art. 700 inc. c) CCyCN	Se debe iniciar un proceso en sede civil para privar de la responsabilidad parental respecto de todos los hijos en común o de algunos.
Condena firme por el delito previsto en el art. 91 CP contra el hijo.	Art. 700 bis inc. b) CCyCN	Privación automática de la responsabilidad parental respecto del hijo de que se trata. Respecto de los otros hijos, se debe iniciar un proceso en sede civil por la causal del art. 700, inc. c, CCyCN.
Condena firme por el delito previsto en el art. 119 CP contra el hijo.	Art. 700 bis inc. c) CCyCN	Privación automática de la responsabilidad parental respecto del hijo de que se trata. Respecto de los otros hijos, se debe iniciar un proceso en sede civil por la causal del art. 700, inc. c, CCyCN
Condena firme por delitos contra el hijo, no previstos en el art. 91 y 119 CP.	Art. 700 inc. a) CCyCN	Se debe iniciar un proceso en sede civil para privar de la responsabilidad parental respecto del hijo de que se trata. Respecto de los otros hijos, solo se podrá invocar la causal del art. 700, inc. c, CCyCN.

V. Rehabilitación de la responsabilidad parental

En los casos en que la privación de la responsabilidad parental haya sido declarada judicialmente en razón de las causales del artículo 700 incs. a, b y c

CCyCN, para que proceda la rehabilitación se requerirá de una nueva sentencia que así lo disponga. Lo mismo ocurre en los casos de privación de pleno derecho por las causales del artículo 700 bis CCyCN: se deberá iniciar un proceso de rehabilitación, puesto que el cumplimiento de la condena penal no rehabilita automáticamente la responsabilidad parental.

En todos los casos, para que la acción prospere se deberá alegar un hecho sobreviniente que aconseje la rehabilitación fundada en el interés superior de los hijos y no alcanzará con invocar el mero transcurso del tiempo de la condena. Asimismo, la rehabilitación podrá solicitarse antes o después de haberse cumplido la pena.

En cambio, en la causal del artículo 700, inc. d, CCyCN, si la situación de adoptabilidad fuera revisada en un futuro, el hecho de dejarse sin efecto rehabilita automáticamente la responsabilidad parental sin necesidad de un pronunciamiento específico a tal fin.

VI. Causales de suspensión del ejercicio

VI.1. Generalidades

La suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental no opera, en principio, ante un accionar reprochable del progenitor, sino que se justifica ante un presupuesto fáctico que desaconseja conservar su ejercicio mientras dure la circunstancia prevista por la ley. Es lo que ocurre con las cuatro causales que conformaban la redacción originaria del artículo 702 CCyCN, a las que la ley 27.363 incorporó un quinto supuesto referido, aquí sí, a un cuestionamiento de la conducta del progenitor: haber sido procesado en sede penal por los delitos mencionados en el artículo 700 bis CCyCN.

VI.2. El artículo 702 CCyCN

El artículo 702, inc. a, CCyCN establece que el ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento. Su antecedente del artículo 309 CC preveía la suspensión para el caso de la ausencia simple, pero en la actualidad esta circunstancia no trae aparejada estos efectos, sino que la norma exige la ausencia con presunción de fallecimiento declarada en sede judicial (art. 85 y ss., CCyCN)¹⁵. Una vez

¹⁵ Artículo 85 CCyCN: “Caso ordinario. La ausencia de una persona de su domicilio sin que se tenga noticia de ella por el término de tres años, causa la presunción de su fallecimiento aunque haya dejado apoderado. El plazo debe contarse desde la fecha de la última noticia del

declarada la ausencia con presunción de fallecimiento, automáticamente queda suspendido el ejercicio de la responsabilidad parental. Asimismo, si la persona llega a reaparecer, el ejercicio de la responsabilidad parental se restablece.

La suspensión también se da mientras dure el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años (inc. b). En nuestra opinión, se trata de una solución cuestionable, puesto que no repara en el verdadero beneficio que ello pudiera reportar en los hijos. Vencido el término de la condena, el ejercicio de la responsabilidad parental queda restablecido.

Esta causal debe armonizarse con los casos de la condena penal firme prevista en los artículos 700, inc. a, y 700 bis CCyCN, puesto que para esos casos está prevista la privación de la responsabilidad parental. En el caso del artículo 700 bis CCyCN la privación es automática, de modo que no hay lugar para la suspensión. En cambio, en el caso del artículo 700, inc. a, CCyCN podría primero quedar suspendida la responsabilidad parental automáticamente una vez que la sentencia se encuentre firme (en cuyo caso la suspensión finalizaría con el cumplimiento del plazo de la condena); lo cual, a su vez, permitiría iniciar el proceso de privación y, si así finalmente se resolviera, luego se requerirá de una sentencia de rehabilitación.

El inciso c prevé el supuesto de la suspensión como consecuencia de una sentencia que restrinja el ejercicio de la capacidad jurídica. Así como el anterior artículo 309 CC preveía la suspensión tanto para las sentencias de interdicción como de inhabilitación (excepto por prodigalidad), en el nuevo Código hay que distinguir según el caso: la suspensión opera en caso de sentencia de incapacidad (art. 32, párr. 4º, CCyCN) o de capacidad restringida en tanto limite expresamente el ejercicio de la responsabilidad parental (art. 32, párr. 1º, CCyCN). Por el contrario, en caso de una sentencia de capacidad restringida que no limite esta función, la responsabilidad parental se conserva, como así también en los casos de inhabilitación por prodigalidad (art. 48 CCyCN). Finalmente, así como la responsabilidad parental puede restringirse, también podrá limitarse de modo que se ejerza con la asistencia de apoyos, por aplicación del principio

ausente”. Artículo 86 CCyCN: “Casos extraordinarios. Se presume también el fallecimiento de un ausente: a) si por última vez se encontró en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte, o participó de una actividad que implique el mismo riesgo, y no se tiene noticia de él por el término de dos años, contados desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido; b) si encontrándose en un buque o aeronave naufragados o perdidos, no se tuviese noticia de su existencia por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido”.

general del derecho: “quien puede lo más, puede lo menos”¹⁶. En los casos en que opere la suspensión, el cese de las restricciones en las que se basa restituye por sí sola –automáticamente– el ejercicio de la responsabilidad parental.

El inciso d prevé una causal referida a la convivencia del hijo o hija con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales. Su antecedente estaba regulado en la última parte del derogado artículo 309 CC¹⁷ y que por entonces la doctrina entendió que no operaba de pleno derecho, sino que se requería de una resolución judicial en sede civil. En efecto, la norma aludía a que podía suspenderse previa audiencia con los progenitores. Sin embargo, en la actualidad el texto previsto en el Código unificado parece indicar lo contrario, es decir que opera de pleno derecho¹⁸. Ahora bien, debe interpretarse que la norma refiere a los casos de las medidas excepcionales reguladas en los artículos 39 y ss. ley 26.061¹⁹; mas no así a los supuestos de especial gravedad que habilitan el otorgamiento de la guarda judicial a un pariente, puesto que en este último caso está previsto expresamente que los progenitores conservan la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental (art. 657 CCyCN)²⁰. Sin embargo, en ambos supuestos podría resolverse lo contrario, por considerar que es lo más conveniente de acuerdo al interés superior del niño: en el caso de la medida excepcional se podría disponer

16 Para mayor detalle sobre el análisis de esta causal, nos remitimos a Olmo (2017, 161 y ss).

17 Artículo 309: “[...]Podrá suspenderse el ejercicio de la autoridad en caso de que los hijos sean entregados por sus padres a un establecimiento de protección de menores. La suspensión será resuelta con audiencia de los padres, de acuerdo a las circunstancias del caso”.

18 En igual sentido, ver Herrera (2015) y Mizrahi (2016).

19 Artículo 39 ley 26.061: “Medidas excepcionales. Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio. Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Estas medidas son limitadas en el tiempo y solo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen”.

20 Artículo 657 CCyCN: “Otorgamiento de la guarda a un pariente. En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código. El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio”.

expresamente que el ejercicio de la responsabilidad parental se conserve, aunque más no sea respecto de un solo progenitor, todo lo cual se circunscribe –claro está– a la vigencia de la medida; y en el caso de la guarda en cabeza de un tercero, se podría suspender cautelarmente el ejercicio mientras dure la guarda. Finalmente, una vez que se produzca el cese de las medidas excepcionales y la restitución del niño, el ejercicio de la responsabilidad parental queda restituido también, salvo que la medida finalice con la declaración judicial de la situación de adoptabilidad (art. 607, inc. c, CCyCN)²¹, en cuyo caso los progenitores quedan privados *ipso iure* de su titularidad (art. 700, inc. d, CCyCN). En el caso de la guarda, si se suspendió cautelarmente el ejercicio, finalizada la misma también se restituye de pleno derecho.

En resumen: en los casos ya citados del artículo 702 incisos a, b, c y d la suspensión opera de pleno derecho, es decir como consecuencia automática de la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento, de la condena penal, de la restricción a la capacidad jurídica y de la separación del hijo o hija de sus progenitores. Del mismo modo, una vez agotadas esas circunstancias, la suspensión también queda sin efecto automáticamente.

VI.3. El inciso e agregado por la reforma

La ley 27.363 incorporó una quinta causal (inc. e): el procesamiento penal²² o acto equivalente²³, por los delitos mencionados en el artículo 700 bis CCyCN. Así como la sentencia firme priva de pleno derecho la responsabilidad parental en los casos del artículo 700 bis CCyCN, el procesamiento firme da lugar a la suspensión de su ejercicio.

Para este caso, también está prevista la comunicación al Ministerio Público a los fines establecidos en el ya citado artículo 703 CCyCN, es decir, para dar inicio

21 Artículo 607 CCyCN: “*Supuestos.* La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si: ...c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas”.

22 Artículo 306 CPPN: “En el término de diez (10) días, a contar de la indagatoria, el juez ordenará el procesamiento del imputado siempre que hubiere elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquél es culpable como partícipe de éste”.

23 Por ejemplo, el llamamiento a juicio oral en el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires.

a los trámites judiciales que correspondan respecto de los hijos, como ser el discernimiento de la tutela, o bien la adopción; como así también su comunicación a la autoridad de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que resulte competente en cada jurisdicción, v.gr., para adoptar las medidas administrativas del caso (arts. 33 y ss. ley 26.061). Aquí también se hace mención a la observancia de los artículos 26, párr. 2º, CCyCN y 27 ley 26.061. Tal como lo expusimos en oportunidad de analizar las causales de privación, entendemos que estas soluciones también rigen, por aplicación analógica, para los demás supuestos de suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental por otras causales, sobre todo las de los incisos a y b del artículo 702 CCyCN, ya que en la causal del inciso c ya ha intervenido el Ministerio Público durante el proceso sobre el ejercicio de la capacidad jurídica (arts. 33, 35 y 40 CCyCN), como así también en el caso del inc. d (art. 103 CCyCN).

La norma también prevé que en los casos de los delitos previstos en el artículo 700 bis, inc. a y b CCyCN, la suspensión no procederá cuando en los hechos investigados o en sus antecedentes mediare violencia de género²⁴. Con esta excepción se busca que quien actuó en legítima defensa en un contexto de violencia de género, hasta tanto no pueda demostrar el eximente al momento de la sentencia, en el interin no se le suspenda el ejercicio de la responsabilidad parental. Así como el artículo 700 bis, inc. a, CCyCN solo refiere a los delitos contra el otro progenitor, en cuanto a la remisión al artículo 700 bis inc. b CCyCN (delito contra el otro progenitor o contra el hijo), entendemos que la excepción opera únicamente en los casos donde se le imputan los hechos cometidos contra el otro progenitor y no así contra el hijo, solución que se condice, además, con el hecho de que para la excepción no se menciona el artículo 700 bis inc. c CCyCN (que solo refiere al delito contra el hijo).

24 Artículo 4 ley 26.485: “Definición. Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”. Y su reglamentación: “Se entiende por relación desigual de poder, la que se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de éstas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales.” (Decr. 1011/2010).

Ahora bien, a diferencia de las otras causales de privación y suspensión, este supuesto amerita un mayor esfuerzo interpretativo en cuanto determinar los alcances de su operatividad. La redacción del proyecto originario no preveía la excepción que figura en la última parte de la norma, referida a la violencia de género, sino que fue agregada durante el trámite legislativo²⁵; y si hiciéramos el ejercicio de suprimirla, podría observarse una clara similitud con la redacción y el procedimiento previsto en el artículo 700 bis CCyCN. La diferencia hubiera radicado en que el artículo 700 bis CCyCN prevé causales de privación de pleno derecho ante la sentencia firme, en tanto que el artículo 702, inc. e, CCyCN según la redacción del proyecto originario preveía –para el interin– causales de suspensión de pleno derecho ante el auto de procesamiento.

Como se podrá observar, originariamente la reforma preveía que esta causal del artículo 702, inciso e, CCyCN también operara de pleno derecho, sin necesidad de pronunciamiento judicial alguno, lo cual guardaba coherencia con las nuevas causales de privación del artículo 700 bis CCyCN, también de aplicación automática. Sin embargo, el texto bajo análisis finalmente se aprobó con la siguiente redacción: “No se procederá a suspender el ejercicio de la responsabilidad parental en los términos del presente inciso[...]”. Con lo cual, para determinar la operatividad de la norma corresponde hacer una distinción.

En primer lugar, la norma dice que “no se procederá a suspender”, es decir, habla de un proceder, con lo cual debe interpretarse que se requiere de un pronunciamiento en tal sentido. A ello se le suma que, a diferencia de las causales de privación del artículo 700 bis CCyCN, el agregado final hace que en este caso la suspensión mal pueda operar de pleno derecho, puesto que no alcanza con el auto del procesamiento firme (como sí alcanza con la condena firme, que no necesita mayor análisis), sino que se requiere de una valoración, la comprobación de que estamos frente a un supuesto de violencia de género, aunque más no sea la sola invocación por parte de la persona procesada. En efecto, el auto de procesamiento puede no hacer referencia a estas circunstancias de violencia de género, o bien los hechos de violencia pueden ser antiguos en el tiempo y no quedar claro si están relacionados con el delito que actualmente se investiga. En fin, todo ello obliga a analizar la procedencia o no de la medida de suspensión. De lo contrario, si se considerara suspendido automáticamente el ejercicio de la res-

25 Proyecto de ley sobre privación de la responsabilidad parental al homicida (expediente n° S-3685/2015), presentado por los senadores Marian Raquel Ríofrio y Juan Manuel Abal Medina. Para un mayor detalle sobre el trámite parlamentario, ver Scasserra (2019).

ponsabilidad parental, ello obligaría a la persona afectada a tener que demostrar con posterioridad que actuó en un contexto de violencia de género, pero en el ínterin se mantiene la suspensión, con lo cual se desvirtúa la finalidad de la norma; puesto que, como se vio, los hechos que habilitan la excepción no necesariamente surgen con claridad de la resolución que dicta el procesamiento.

Por ende, el agregado final que durante el trámite parlamentario se le hizo al inciso e (excepción a la suspensión) ha neutralizado la posibilidad de aplicar automáticamente la suspensión en los casos de procesamiento penal o acto equivalente (la regla). Llegados a este punto, concluimos que la causal del inciso e no operará de pleno derecho sino tras un pronunciamiento judicial en sede civil que tramitará por las reglas del juicio ordinario²⁶. Si bien el procesamiento firme será una prueba esencial, la parte demandada podrá invocar que medió violencia de género como defensa para que no prospere la acción civil (aunque su comprobación definitiva en los términos del art. 24, inc. 6º, CP deberá llevarse a cabo en sede penal); en su defecto, si no introduce esta circunstancia a debate en la contestación de la demanda, la cuestión podrá ser declarada de puro derecho y se resolverá sin más trámite.

Por lo tanto, la regla es que la suspensión operará de pleno derecho, o sea cuando se procesa al progenitor, o bien a la progenitora por delito contra los hijos; mas no así en el supuesto de excepción, cuando la procesada es la progenitora por delito contra el otro progenitor, en cuyo caso corresponderá iniciar un proceso en sede civil. En el primer supuesto, la suspensión cesa de pleno derecho con una eventual sentencia absolutoria, pero si es condenatoria tendrá lugar la privación (art. 700 bis CCyCN). En el segundo supuesto, en cambio, corresponderá el dictado de una nueva resolución que restituya el ejercicio; con la aclaración de que si el procesamiento luego deviene en condena firme, la suspensión pasará a ser privación (art. 700 bis CCyCN) y aquí también se requerirá de una nueva resolución judicial que deje sin efecto esta última.

VII. Resumen final

EXTINCIÓN DE LA TITULARIDAD		
Causal	Operatividad	Restitución
Art. 699 inc. a) CCyCN	De pleno derecho.	–

²⁶ En igual sentido ver Basset (2017), Escudero de Quintana (2017), Mazzinghi y Mazzinghi (2017), Castrillón y Jáuregui (2017) y Pietra (2017).

EXTINCIÓN DE LA TITULARIDAD		
Causal	Operatividad	Restitución
Art. 699 inc. b) CCyCN	De pleno derecho.	–
Art. 699 inc. c) CCyCN	De pleno derecho.	–
Art. 699 inc. d) CCyCN	De pleno derecho.	–
Art. 699 inc. e) CCyCN	De pleno derecho.	De pleno derecho en caso de revocación o nulidad de la adopción; excepto resolución previa de la situación de adoptabilidad, en cuyo caso se requiere de una sentencia de rehabilitación.

PRIVACIÓN		
Causal	Operatividad	Rehabilitación
Art. 700 inc. a) CCyCN	Se requiere iniciar un proceso y que se declare mediante sentencia judicial.	Se requiere de una nueva sentencia judicial de rehabilitación.
Art. 700 inc. b) CCyCN	Se requiere iniciar un proceso y que se declare mediante sentencia judicial.	Se requiere de una nueva sentencia judicial de rehabilitación.
Art. 700 inc. c) CCyCN	Se requiere iniciar un proceso y que se declare mediante sentencia judicial.	Se requiere de una nueva sentencia judicial de rehabilitación.
Art. 700 inc. d) CCyCN	De pleno derecho desde la sentencia firme que declara la situación de adoptabilidad.	De pleno derecho en caso de que se deje sin efecto la situación de adoptabilidad.
Art. 700 bis inc. a) CCyCN	De pleno derecho.	Se requiere de una sentencia judicial de rehabilitación en sede civil.
Art. 700 bis inc. b) CCyCN	De pleno derecho.	Se requiere de una sentencia judicial de rehabilitación en sede civil.

PRIVACIÓN		
Causal	Operatividad	Rehabilitación
Art. 700 bis inc. c) CCyCN	De pleno derecho.	Se requiere de una sentencia judicial de rehabilitación en sede civil.

SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO		
Causal	Operatividad	Cese de la suspensión
Art. 702 inc. a) CCyCN	De pleno derecho.	Cesa de pleno derecho en caso de que aparezca el ausente.
Art. 702 inc. b) CCyCN	De pleno derecho.	Cesa de pleno derecho cuando se cumpla el plazo de la condena.
Art. 702 inc. c) CCyCN	De pleno derecho.	Cesa de pleno derecho cuando se dispone el cese de las restricciones en las que se basa.
Art. 702 inc. d) CCyCN	De pleno derecho.	Cesa de pleno derecho cuando se dispone el cese de las medidas.
Art. 702 inc. e) CCyCN (regla)	De pleno derecho.	Si luego hubo condena firme, se requiere una sentencia de rehabilitación. De lo contrario, cesa de pleno derecho con la sentencia absolutoria.
Art. 702 inc. e) CCyCN (excepción: progenitora procesada por el delito contra el otro progenitor)	Se requiere iniciar un proceso y que se declare mediante sentencia judicial.	Si luego hubo condena firme, se requiere una sentencia de rehabilitación. De lo contrario, cesa de pleno derecho con la sentencia absolutoria.

Bibliografía

Basset, Úrsula C. 2017. “La privación automática de la responsabilidad parental y sus presupuestos. Reforma al Código Civil y Comercial”. *Diario La Ley*, 03/07/2017: 1.

Basso, Silvina M. 2017. “El régimen de privación y suspensión de la responsabilidad parental a partir de la ley 27.363”. *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, Septiembre: 711–721.

Castrillón, Emilio A.; Rodolfo G. Jáuregui. 2017. “La reciente reforma sobre privación y suspensión de la responsabilidad parental. Aciertos y errores de la ley 27.363”. *Diario La Ley*, 04/08/2017.

Escudero de Quintana, Beatriz. 2017. “Ley 27.363 – Modificación del Código Civil y Comercial. Nuevas causales de privación y suspensión de la responsabilidad parental”. *El Dial*, 19/07/2017 (DC237C). Consultado: 2 de diciembre de 2018. eldial.com

Famá, María Victoria. 2017. “Ley sobre privación y suspensión de la responsabilidad parental. La comisión de delitos contra la vida, la integridad física y sexual de progenitores e hijos”. *Diario La Ley*, 13/07/2017: 1.

Fernández, Silvia E. 2017. “Privación de la responsabilidad parental y violencias. Comentarios sobre la ley 27.363”. *Diario La Ley*, 01/08/2017: 1.

Herrera, Marisa. 2015. “Comentario al artículo 702”. En: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo IV, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, 543–551. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Herrera, Marisa; Natalia De la Torre. 2017. “Privación automática de la responsabilidad parental y derechos humanos: de vulnerabilidad y vulnerabilidades en plural”. *Diario La Ley*, 09/05/2017: 1.

Lloveras, Nora; Juan Pablo Ríos. 2017. “Reforma en la responsabilidad parental después del Código Civil y Comercial. Un salto cualitativo”. *Diario La Ley*, 15/08/2017: 1.

Mazzinghi, Jorge A. M.; Esteban M. Mazzinghi. 2017. “Privación y suspensión de la responsabilidad parental (Una reforma no del todo necesaria y con ciertas desprolijidades)”. *Diario El Derecho*, 31/07/2017: 1.

Mizrahi, Mauricio L. 2016. *Responsabilidad parental*. Buenos Aires: Astrea.

Olmo, Juan Pablo. 2009. “La privación de la responsabilidad parental como medida de protección de los niños y adolescentes. Su proyección sobre la causal de abandono (307, inc. 2º, CCiv.)”. *La Ley Buenos Aires*, Agosto: 731.

Olmo, Juan Pablo. 2017. *Salud mental y discapacidad. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación*, 2º edición ampliada. Buenos Aires: Dunken,

Parodi, María Cecilia. 2018. “A propósito del nuevo esquema de ejercicio de responsabilidad parental luego de la sanción de la ley 27.363 y de la postura adoptada recientemente por la Corte Suprema de Justicia en torno al art. 12 de Código Penal”. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Mayo: 102.

- Petrillo, Paola M. 2017. "Comentario a la ley 27.363". *Anales de Legislación Argentina*, 8: 25.
- Pietra, María L. 2017. "Algunas cuestiones procesales respecto de la privación de la responsabilidad parental y la violencia de género". *Temas de Derecho Procesal*, Octubre: 177-186.
- Scasserra, Selene I. 2019. "Trámite parlamentario de la sanción de la ley 27.363 de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación". En: *Diálogos de la Defensa Pública. Aspectos civiles y penales de la ley 27.363 sobre privación y suspensión de la responsabilidad parental*, 31-50. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.
- Solari, Néstor E. 2017. "Violencia de género y responsabilidad parental. Reforma al Código Civil y Comercial. *Diario La Ley*, 10/07/2017: 1.
- Veloso, Sandra F. 2017. "Nuevas pautas y modificaciones de la suspensión y privación de la responsabilidad parental como consecuencia de la ley 27.363". *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, Octubre: 807-817.
- Yuba, Gabriela. 2017. "Comentario a la ley nacional 27.363". *Anales de Legislación Argentina*, 8: 33.

REPARACIÓN DEL DAÑO EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

María Belén Pascuali

Integrante de la Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad (art. 22, Ley 26.657) de la Defensoría General de la Nación

I. Introducción

Una de las materias que más convoca al derecho de familia es la relativa a la protección de la intimidad de la vida familiar y la necesidad de resguardarla de una excesiva intromisión del Estado. No obstante, esta protección jurídica no puede primar cuando alguno/a de sus integrantes “daña” a otro/a de forma directa, o indirecta, en su integridad psicofísica.

La ley 27.363 ha regulado nuevos supuestos de suspensión y privación de la responsabilidad parental, lo cual tiene impacto en el derecho civil, en el derecho penal y, también, en el derecho de daños. En todas las variables que plantea esta reforma y, puntualmente, en el tema que se abordará, indagaremos las alternativas jurídicas para la reparación integral de los daños derivados de la violencia familiar y de género.

En primer lugar, nos abocaremos al análisis de la compensación económica establecida a partir de la sanción de la “ley Brisa”, a favor de niños, niñas y/o adolescentes víctimas colaterales del femicidio de sus madres. Desde ya, una reparación simbólica, porque la vida ya no está, ya se ha perdido. Es irreparable.

Del mismo modo, y dado que la ley 27.363 involucra otras varias formas de violencia familiar, vale la pena revisar algunas ideas sobre la perspectiva actual de la responsabilidad civil y su posible contribución en materia de prevención de daños.

Sobre este punto, partiremos de la idea del papel reformador del Derecho (García Villegas 1995) para desarticular y modificar patrones socioculturales de conductas humanas, por ejemplo, a través de su potencial persuasivo.

En este escenario, nos preguntaremos: ¿Opera en un ámbito tan privado como es el familiar una sanción pecuniaria por daños?

Existió un recorrido histórico hasta llegar a la posibilidad de petitionar la reparación integral en el derecho de familia. Podríamos decir que un primer paso

fue desnaturalizar las asimetrías y privilegios existentes en el ámbito familiar, democratizando las relaciones que allí se construyen, legitimando nuevas estructuras familiares y “desromantizando” la violencia que puede presentarse – de hecho sucede– en el ámbito privado.

Entonces, ¿no resultan más reprochables los daños que se profieren quienes deben protegerse unos/as a otros/as? ¿Qué rol ocupa el Estado como garante de una reparación integral a víctimas colaterales del femicidio? ¿Es suficiente la respuesta o el “castigo” penal? ¿Se configuran en todos los casos los presupuestos de la responsabilidad civil (daño, antijuricidad, relación causal, factor de atribución)? ¿Cuáles con los obstáculos que se presentan a las víctimas para requerir una indemnización?

Guiados/as por estos interrogantes, intentaremos echar luz sobre las posibles vías de reparación que ofrece nuestro ordenamiento jurídico actual.

II. Marco jurídico internacional de protección de la violencia familiar y de género: la ley 27.363 y sus efectos jurídicos

Los diferentes tipos de violencia contra niños, niñas y adolescentes forman parte de un estilo de convivencia con los adultos que, a pesar de los esfuerzos de todos/as los/as que bregamos por su erradicación, continúa naturalizándose y promoviéndose. Al decir de Eva Giberti (2016), las familias y los adultos asumen que la organización jerárquica de la sociedad que coloca al o la niño/a en el lugar de subordinada/o debe –silenciosamente– rendir utilidades placenteras a quienes disponen de la autoridad que el poder de mando confiere.

En este contexto, el marco internacional de los derechos humanos ha sido fundamental en la configuración jurídica a nivel global de las demandas de las mujeres y de quienes llevan la voz de los/as niños, niñas y adolescentes en las últimas décadas.

Nos referimos a la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará) las cuales, además de contener derechos concretos de las mujeres y de la niñez, redefinen responsabilidades tanto dentro de la sociedad y la familia como con relación al Estado. Es decir, deberes de respeto, garantía y adopción de medidas que rigen en materia de protección de una vida libre de violencias.

Como consecuencia de estos instrumentos, el Estado argentino ha dictado varias leyes que apuntan a dicho objetivo, algunas de ellas: la ley 24.417 de Pro-

tección contra la Violencia Familiar, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, la ley 24.685 de Protección Integral a las Mujeres y la ley 27.363 sobre privación de la responsabilidad parental, entre otras.

Además de ello, los arts. 1 y 2 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) han abierto la posibilidad de resolver conforme la normativa internacional conflictos particulares, como pueden ser los derivados de la violencia familiar y de género.

La ley 27.363 se constituyó en la primera –y por ahora única– modificación al CCyCN, y redefinió las causales de privación de la responsabilidad parental reguladas en el art. 700, a través de la incorporación del art. 700 bis. Estos nuevos supuestos legales activarán el mecanismo de privación de la responsabilidad parental *ipso iure*, es decir, de manera “automática”. Así también, la reforma involucra la modificación del art. 702 estipulando una quinta causal de suspensión de la responsabilidad parental (inc. e).

En todos los casos, se trata de delitos graves contra la persona e integridad sexual de hijos/as o hacia sus progenitores en un contexto de violencia de género, atropellando, sin más, todos los andamiajes de protección de la niñez¹.

Las “nuevas” o redefinidas causales de privación describen conductas que son disparadoras de un doble efecto jurídico (Parodi 2018). Por un lado, el reproche penal (sanción), al ser delitos susceptibles de ser alcanzados por el poder punitivo del Estado, y por el otro, el efecto tuitivo de la norma civil –por ser personas menores de edad– a través de la suspensión o privación de la responsabilidad parental.

Un sistema judicial que no condene a indemnizar las consecuencias de la violencia doméstica es un sistema ineficaz que fomenta la impunidad y, en alguna medida, contribuye a generar la violencia (Medina 2013, 279). La autora fundamenta esta premisa en lo dicho por Yakin Ertürk, Relatora Especial sobre la Violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias² cuando afirmó: “Si un Estado no protege a las mujeres de los actos de violencia se le puede considerar cómplice de los autores privados de la violencia”.

1 El análisis de cada uno de los supuestos de privación y suspensión de la responsabilidad parental que trae esta reforma, fueron desarrollados en profundidad en Pennise y Panatti (2019), Scasserra (2019) y Olmo (2019).

2 Relatora Especial sobre la Violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk, Informe, *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer*, Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 60º período de sesiones, E/CN.4/2004/66, 26 de diciembre de 2003.

Veamos, entonces, las alternativas de reparación que brinda nuestra normativa, de acuerdo a los compromisos asumidos a nivel internacional.

III. “Ley Brisa”. Cuando el Estado reconoce y repara

En la década de 1980 el tema de la violencia contra las mujeres comenzó a estudiarse abiertamente. Esto fue posible porque algunas se atrevieron a denunciar las violencias que soportaban por parte de sus parejas y porque los movimientos políticos y sociales formados por mujeres avalaron internacionalmente esas denuncias.

Hasta ese momento, las diversas formas de violencia hacia mujeres y niñas/os se escondían prolijamente en la intimidad del grupo familiar, cualquiera fuese la condición social de las víctimas y de los victimarios (Giberti 2017)

El registro de mujeres víctimas de violencia física en el ámbito de las relaciones domésticas ha ido aumentando en la última década (Segato 2010). Según los especialistas, el aumento de las denuncias registradas no responde al aumento del fenómeno en sí, sino a la expansión de la conciencia de sus víctimas respecto de sus derechos.

En nuestro país, el movimiento “Ni una Menos”³, que se organizó en 2015, hizo visible jurídica⁴, simbólica y políticamente la consecuencia más extrema de la violencia hacia las mujeres: el femicidio. Al producirse, no solo se ve conculcado el derecho a la vida, sino a la igualdad y el derecho humano de todas a vivir una vida libre de violencias. Su impacto también alcanza a hijos e hijas.

En efecto, en la Argentina, una mujer muere víctima de femicidio cada 32 horas⁵.

3 La marcha denominada “Ni Una Menos” se realizó por primera vez el 3 de junio de 2015 en ochenta ciudades de Argentina, conformándose en el colectivo de protesta más extenso contra la violencia hacia las mujeres y su consecuencia más grave y visible, el femicidio.

4 Tras más de una decena de proyectos de ley para tipificar el femicidio desde el año 2011, la tipificación fue aprobada mediante la sanción de la ley 26.791 promulgada de hecho por el Congreso de la Nación Argentina el 11 de diciembre del 2012 y publicada el 14 de diciembre del mismo año (B.O. N° 32.543).

5 Según el último informe de Investigación de Femicidios en Argentina, elaborado por el Observatorio de Femicidios en Argentina “Adriana Marisel Zambrano” con la coordinación de la Asociación Civil La Casa del Encuentro, que abarca el período entre el 1º de enero y el 31 de octubre del 2018. El informe aún no ha sido publicado en la página oficial de la asociación, sin perjuicio de ello, se presentó oficialmente el 21 de noviembre de 2018 con el apoyo de organismos nacionales e internacionales y fue relevado por varios medios de comunicación. “En lo que va de 2018

Sin embargo, hasta hace no muchos años, nuestro país no contaba con estadísticas de la cantidad de delitos de esta naturaleza. No fue sino gracias al trabajo de La Casa del Encuentro⁶ y de su Observatorio de femicidios en Argentina “Adriana Marisel Zabrano”, que podemos medir con datos concretos el alcance de este crimen aberrante. Al día de hoy, se sigue trabajando para contar con estadísticas oficiales unificadas y completas sobre violencia sexista en el país, dado que las disponibles son producto de un exhaustivo relevamiento de agencias periodísticas de todo el país.

Las integrantes del Área de Investigación de La Casa del Encuentro definieron al femicidio como el asesinato cometido por un hombre hacia una mujer a quien considera de su propiedad.

Las estadísticas arrojan que durante el año 2018 se han producido 225 femicidios y “femicidios vinculados”⁷ de mujeres y niñas en nuestro país. Se agregan otros 29 femicidios vinculados entre varones y niños. Por su parte, 250 hijas/os perdieron a su madre, 169 de ellas (67,6%) son personas menores de edad⁸.

Estas cifras ya habían sido advertidas por el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas⁹, en el marco de las Observaciones Finales realizadas a nuestro país durante el año 2017, quienes observaron: “[...] el alarmante número de casos de feminicidios y violencia de género registrados, así como el incremento de los casos de violencia física sobre mujeres detenidas bajo jurisdicción federal [...]”.

Visibilizar la existencia de todos/as aquellos/as niños, niñas y adolescentes,

hubo un femicidio cada 32 horas y 225 en total”, *Infobae*: 21 de noviembre de 2018. Consultado: <https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2018/11/21/en-lo-que-va-de-2018-hubo-un-femicidio-cada-32-horas-y-225-en-total/>.

6 La Asociación Civil La Casa del Encuentro” es una organización –de la cual formé parte como abogada voluntaria durante el año 2017– fundada en la Ciudad de Buenos Aires el 4 de octubre del año 2003 como un proyecto feminista por los derechos humanos de todas las mujeres, niñas, niños y adolescentes. Uno de sus objetivos principales es brindar orientación, información y asistencia a las mujeres que se encuentren en situaciones de violencia sexista, explotación y trata con fines de prostitución. Asimismo, frente a la ausencia de estadísticas oficiales sobre femicidios en Argentina, La Casa del Encuentro produjo el primer informe en el año 2008.

7 La Casa del Encuentro denominó “femicidios vinculados” a los casos en que hijos o hijas son asesinados/as con el objeto de causar daños psíquico a la madre a quien consideran de su propiedad.

8 Los informes de Investigación de Femicidios en Argentina desde el año 2008 al 2017 se encuentran disponibles en: <http://www.lacasadelenacimiento.org/femicidios03.html>.

9 Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, *Observaciones finales sobre el quinto y sexto informe conjunto periódico de Argentina*, CAT/C/ARG/5–6, 10 de mayo de 2017.

llevó a La Casa del Encuentro a definir a todos/as ellos/as como “víctimas colaterales” de este hecho e impulsar mecanismos para su adecuada contención y resguardo. Así es como surge la “ley Brisa”, sancionada a nivel local¹⁰ y nacional¹¹, por la cual el Estado reconoce y otorga el derecho a una reparación¹² procurando que los/as niños, niñas y adolescentes obtengan una mejor calidad de vida, luego de haber sobrevivido –en general– a un contexto de violencia y sufrimiento, que culmina con un desenlace previsible pero siempre impensado.

Esta compensación económica implica un reconocimiento simbólico. El Estado reconoce la necesidad de reparar económicamente a las otras víctimas del femicidio: lo/as hijos/as. Ello, dado que este no pudo ser impedido por los tratados internacionales, leyes previas, organismos especializados y políticas públicas en la materia.

Cabe señalar que este mecanismo de reparación es compatible con los regímenes de la Asignación Universal por Hijo (AUH), asignaciones familiares, pensiones, cuotas alimentarias que puedan percibir¹³ o cualquier otra prestación de la cual sean destinatarios/as.

Conjuntamente, sobre esta base, las llamadas “víctimas colaterales” además de acceder a la compensación económica brindada por el Estado, contarían con la vía resarcitoria que más adelante desarrollaremos.

Por lo expuesto, entre las causales que privan automáticamente la responsabilidad parental, la que más consenso y repercusión ha tenido en las discusiones parlamentarias es la que se dirige a los padres que consuman un femicidio.

IV. La reparación civil del daño en casos de violencia familiar y de género

Los numerosos casos que se suscitan diariamente nos invitan a reflexionar

10 La ley 5.861 se sancionó por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires el 31 de agosto del 2017 y fue reglamentada por el Decreto N° 417/2017 del 8 de noviembre del mismo año.

11 La ley 27.452 se sancionó por unanimidad del Congreso de la Nación el 4 de julio de 2018, publicada en el Boletín Oficial el 26 de julio del 2018 y reglamentada a través del decreto 871/2028.

12 Para profundizar el estudio de esta política pública, consultar Pascuali, Orioli y Moya (2018).

13 El art. 704 del CCyCN se incorporó en la reforma del año 2015 y establece la subsistencia del deber alimentario durante la privación y la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental. Este nuevo respaldo legal es un aporte valiosísimo, ya que acertadamente enfoca la visión a la situación de los y las niños, niñas y adolescentes. Quienes durante y luego de atravesar procesos penales y civiles relacionados con el (mal) actuar de sus progenitores, quedan al cuidado de algún referente familiar (a través del otorgamiento de una guarda y/o tutela) o del Estado mediante su alojamiento en alguna institución de cuidado.

no solo sobre la eficacia (o no) de las medidas de protección, sino, además, sobre la idea de ampliar la mirada hacia la reparación integral a las víctimas. Al adentrarnos en qué involucra esta reparación, debemos poner en diálogo al derecho de familia con el de daños, comúnmente aislados por tildárselos de “incompatibles” y aplicados de manera independiente.

Herrera (2009) argumenta que no solo el derecho de familia se ha “constitucionalizado” o “humanizado”, sino también el derecho de daños. Según la autora, se tiene, en general, una mirada poco “romántica” sobre las virtudes del derecho de daños como respuesta a la violencia familiar. Esto puede darse por su intrínseca vinculación con aspectos financieros, patrimoniales y económicos que escapan de la visión interdisciplinaria y conciliadora del derecho de familia.

En este sentido, el artículo 35 de la ley 26.685 incorporó la posibilidad de reclamar la reparación civil por daños y perjuicios derivados de situaciones de violencia de género (en todas sus modalidades)¹⁴. Sin perjuicio de ello, no se aclara en el cuerpo del artículo, si esto puede hacerse –por ejemplo– en el marco de un proceso de pedido de medidas de protección. La norma, meramente, establece que debe hacerse según “las normas comunes que rigen la materia”, por lo cual, pareciera que la única posibilidad que tiene la víctima es la de iniciar un proceso de daños y perjuicios.

Dicho esto, debemos hacer la diferencia con otro tipo de instrumentos que brindan seguridad social o asistencial, como es el caso de la compensación económica que brinda la “ley Brisa”.

Podemos adelantar que este proceso revestirá sus particularidades por ceñirse en el marco de un ámbito familiar (Ortiz 2016), cuyo/a actor/a y cuyo/a demandado/a son familiares o tienen un vínculo interpersonal, entre otras cuestiones. Algunas de ellas, probablemente, desalentarán los planteos en tiempo y forma. Por ello, en la práctica se advierte muy poca aplicación, salvo algunos pocos precedentes jurisprudenciales¹⁵.

14 Al respecto, vale la pena recordar que las leyes de protección contra la violencia familiar 24.417 y 12.569 de la provincia de Buenos Aires (con la modificación por ley 14.509) omiten tratar el tema de la responsabilidad en este contexto. No así otras provincias, cuyas leyes de protección contra la violencia familiar han acogido la reparación integral de las víctimas (art. 10 de la ley 2466 de Santa Cruz y art. 5 del Decreto 17457/2001 de Santa Fe). Sin perjuicio de ello, no puede soslayarse la importancia de la inclusión del art. 35 en la ley 26.685, cuyo alcance es nacional.

15 Cabe citar: Cámara Nacional en lo Civil, Sala H, “S.J.J. c. G.M.M s/ divorcio y daños y perjuicios”, rta. 21/04/2016; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, “M., M. E. C/ M., R. L. S/ daños y perjuicios”, rta. 26/11/2004 (Causa N° 21.461/2001); Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental de Azul, Sala II, “A. M. A. c/ F.N.R. s/ Daños y Perjuicios”, rta. 10/03/2011 (Causa N° 54544).

Entre los motivos por los cuales no se solicita indemnización, se mencionan:

Los exiguos plazos de prescripción; el desconocimiento de que existen diversidad de legitimados contra quien reclamar, o dicho de otra forma, que existen múltiples obligados a reparar; la relación de parentesco entre la víctima y el dañador; el convencimiento que el consentimiento quita ilicitud al acto; la ignorancia que el daño actual es consecuencia de la violencia sufrida en otra época, escaso acceso a patrocinio jurídico gratuito para entablar la acción civil y la limitación de los legitimados indirectos para reclamar daño moral (Medina 2013, 3).

A tenor del nuevo Código, la indemnización de los daños consiste “en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por pago en dinero o en especie” (art. 1740 CCyC). Sin embargo, para los casos que se analizan en este trabajo, nos referiremos a reparación como un conjunto de medidas orientadas a restituir los derechos y mejorar la situación de las víctimas, así, promover reformas políticas que impidan la repetición de las violaciones (Beristain 2008). En este punto, aludimos al factor potencialmente disuasivo, simbólico y comunicativo de las sentencias reparadoras de situaciones de violencia familiar¹⁶.

Veamos, pues, qué marco jurídico nos brinda en la actualidad el CCyCN para la admisibilidad de la vía resarcitoria, dado que lo que se viola es el principio general de no dañar a nadie (Ortiz 2018). Se deberán verificar los presupuestos de la responsabilidad civil. Es decir, la existencia de: a) Una conducta antijurídica.

En los casos que nos atañen, se comprueba cada presupuesto: a) No existen dudas que actos como los derivados de la violencia de género, la violencia física, psicológica y/o moral, las humillaciones, las lesiones en la salud y proceder que signifiquen una lesión a cualquier interés digno son conductas que autorizan una indemnización por ser antijurídicas. En este punto, se deberá atender, también, al rol de protección y contención que ejercen determinados miembros dentro una familia ya sea por acción u omisión¹⁷; b) el factor de atribución de responsabilidad es subjetivo, por cuanto recae la responsabilidad en la conduc-

16 No solo la ley puede poner límite a las prácticas discriminatorias, sino también a las convicciones profundas o a los prejuicios (Segato 2010). La autora afirma que si percibimos el poder de propaganda y el potencial persuasivo de la dimensión simbólica de la ley, comprendemos que ella incide, de manera lenta y por momentos indirecta, en la moral, en las costumbres y en el sustrato prejuicioso del que emanan las violencias.

17 Es importante recordar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación le ha otorgado jerarquía constitucional al principio que prohíbe dañar a otro/a sin justa causa (*alterum non laedere*). Se trata del fallo “Santa Coloma, Luis F. y otro c/ Ferrocarriles Argentinos” de 05/08/1986 (JA 1986-IV-624).

ta asumida por quien tiene a su cargo los deberes de responsabilidad parental (Cechini 2009). El autor argumenta que las relaciones familiares no pueden considerarse en sí mismas riesgosas como otras que justifican su objetivación de la responsabilidad; c) en materia de situaciones de violencia familiar, la lesión que se indemniza –el daño– es únicamente la condición que normalmente, según el curso ordinario y natural de las cosas, es idónea para producir el resultado dañoso (Medina 2013).

V. Algunas cuestiones procesales

En primer lugar, vale la pena señalar que la posibilidad de entablar una demanda por daños y perjuicios no solo está reservada al integrante de la pareja que padeció un daño, sino también, en los supuestos en donde el dañado es el niño, niña y/o adolescente (por ser testigo de la violencia, y/o víctima directamente).

Ergo, la acción puede ser seguida contra el agresor o, bien, contra otras personas y/o organismos de protección de derechos de la niñez que resulten obligadas/os indirectos¹⁸. En otras palabras, a los que con su comportamiento han permitido que los hechos de violencia tuvieran lugar o han contribuido a que el perjuicio de la víctima se agravara, por ejemplo, por no haber cumplido con su obligación de denuncia y de protección (Ortiz 2016)¹⁹.

En este tipo de demandas, la persona afectada es menor de edad, por consiguiente, la acción debe ser promovida por sus representantes legales (Kemelmajer de Carlucci 1991). Si uno de los progenitores fue el autor, la demanda podrá iniciarla el otro y, en el caso que ambos progenitores fueran responsables del hecho dañoso, el Ministerio Público de Menores podrá solicitar la designación de un tutor *ad-litem* por existir intereses contrapuestos (art. 103 del CCyCN). En efecto, si cuenta con edad y grado de madurez suficiente, puede ejercer por

18 Esta obligación ya se encontraba regulada por el art. 2 de la ley 24.147 que disponía: “Cuando los damnificados fuesen menores o incapaces, ancianos o discapacitados, los hechos deberán ser denunciados por sus representantes legales y/o el ministerio público. También estarán obligados a efectuar la denuncia los servicios asistenciales sociales o educativos, públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público en razón de su labor. El menor o incapaz puede directamente poner en conocimiento de los hechos al Ministerio Público”.

19 El pasado 10 de octubre de 2018 se sancionó la ley 27.455 (B.O. N° 33.982) mediante la cual se modificó el art. 72 del libro primero, título XI del Código Penal de la Nación. Esta norma modificó el carácter del delito de abuso sexual contra niños, niñas y/o adolescentes, convirtiéndolo en delito de instancia pública, es decir, que la acción penal podrá ser iniciada por cualquier persona y el Estado a través de los/as fiscales/as, estarán obligados a llevar adelante las investigaciones correspondientes.

sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico y puede intervenir con asistencia letrada (arts. 26 y 677 del CCyCN).

En otro orden de ideas y dado que los códigos de fondo lo permiten, la petición puede ser instada tanto en sede civil como penal, conforme lo establece el art. 29 y subsiguientes del Código Penal de la Nación²⁰.

Ahora bien, ¿qué ocurre con el factor tiempo para este tipo de demandas? Apuntamos a la prescripción que, en la actualidad, es de tres años conforme al art. 2561 del CCyCN.

Medina (2013) sostiene que la víctima de violencia doméstica o sexual, mientras esté sometida a las consecuencias de la violencia, es decir, mientras no pueda reconocerse a sí misma como víctima o se encuentre en imposibilidad de hablar –o ante la inacción del representante legal–, sufre una imposibilidad de accionar y, por lo tanto, puede ser dispensada de la prescripción.

Sobre esta base, en el año 2014, el Tribunal de Justicia de la provincia de Jujuy entendió en un reclamo por daños y perjuicios derivados de un abuso sexual por parte del progenitor a una niña de 12 años y afirmó:

[...] Si bien el monto económico fijado no devolverá ni borrará los padecimientos y sufrimientos acaecidos y por padecer, implica un ayuda económica que colaborará en los tiempos por venir [...]. Debe rechazarse la excepción de prescripción opuesta por el accionado, pues el hecho ilícito que genera la demanda de daños y perjuicios es el abuso sexual con acceso carnal –por el cual fue condenado en sede penal– acaecido cuando la actora era una menor de edad, producto del cual quedó embarazada; ello así, en tanto la víctima de violencia doméstica o sexual, mientras esté sometida a las consecuencias de la violencia, es decir, mientras no pueda reconocerse a sí misma como víctima o se encuentre en imposibilidad de hablar, sufre una imposibilidad de accionar y por lo tanto puede ser dispensada de la prescripción [...]²¹.

20 El art. 1774 del CCyCN dispone: “Independencia. La acción civil y la acción penal resultantes del mismo hecho pueden ser ejercidas independientemente. En los casos en que el hecho dañoso configure al mismo tiempo un delito del derecho criminal, la acción civil puede interponerse ante los jueces penales, conforme a las disposiciones de los códigos procesales o las leyes especiales”. A su vez el título IV del Código Penal de la Nación regula específicamente la reparación de perjuicios, en el art. 29 de establece: “La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias; 2. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba; 3. El pago de las costas”.

21 Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, “M.N. y M.G. de los Á. c/ C.J. s./.”, rta.

Finalmente, hizo aplicación del art. 3980 del antiguo Código Civil (en la actualidad, arts. 2550 y 2543, inc. c del CCyCN) que autoriza la prolongación de los plazos a través de la dispensa judicial de la prescripción cumplida, cuando el titular del derecho no haya podido ejercer la acción por encontrarse dificultado o imposibilitado para obrar.

Consideramos acertada esta postura, y aplicable para todos los casos que involucren afectaciones graves a la integridad psico física de hijos/as, de forma directa (como sucedió en el fallo) o indirecta (por ejemplo, como testigos obligados de la violencia de género ejercida contra su madre).

VI. Reflexiones finales

La multiplicidad de formas que adopta la violencia familiar y de género obliga a nuestro Estado a redoblar esfuerzos y responder con estrategias multifacéticas para prevenirla y sancionarla.

Transitamos una época en la cual se viene modificando de raíz los cimientos sobre los cuales se han construido las relaciones de familia, cuyo impacto también alcanza a otros campos del derecho, como derecho penal y de daños.

Las vías de reparación y/o compensación disponibles para resguardar la integridad de la niñez son ejes centrales en la función de quienes imparten justicia, como reguladoras de las conductas humanas y reformadoras de patrones socio-culturales profundamente arraigados.

Compartimos la opinión de Toledo Vázquez (2014) quien sostiene que además de los fines preventivos, existe un potencial simbólico y comunicativo muy fuerte del derecho para concientizar a la sociedad sobre la gravedad singular de la violencia de género.

A partir de leyes como la de privación automática de la responsabilidad parental y “Brisa”, lo que se obtiene es la posibilidad de proclamar la necesidad de subsanar –aunque nunca suficientemente, desde luego– el daño que han sufrido estos niños, niñas y adolescentes.

Consideramos que uno de los mayores méritos de la “ley Brisa” es que logra –o apunta a lograr– la visibilización de lo que sucede luego de un femicidio: el quiebre de una familia, la pérdida de las condiciones sociales previas (vivienda, escuela, actividades sociales, amigos, etc.) y, por supuesto, la conmoción psicológica de los/as más afectados/as y vulnerables que siempre son estos niños, niñas y adolescentes.

Sin lugar a dudas, las complejas situaciones que hoy se nos presentan, nos demandan rever posicionamientos personales y crear conocimiento que permita desanudar una compleja madeja que soporta y promueve la existencia de estos graves delitos.

Bibliografía

Beristain, Martín. 2008. *Diálogos sobre la reparación: Experiencias en el Sistema Interamericano*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Cecchini, Francisco. 2009. “Determinación de los montos indemnizatorios en la responsabilidad por daños en el Derecho de Familia”. *Revista del Foro de Práctica Profesional*, 2 (6).

Giberti, Eva. 2016. *Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes: un daño horroroso que persiste al interior de las familias*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Centro de Publicaciones Educativas y Material Didáctico.

Giberti, Eva. 2017. *Mujeres y Violencia*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Centro de Publicaciones Educativas y Material Didáctico.

Herrera, Marisa. 2009. “Algunos apuntes renovados sobre la responsabilidad civil en los casos de violencia familiar y de género a la luz de la ley 26.485”. *Revista Lexis Nexis*, N° 003/014752.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. 1991. *Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial*. Buenos Aires: La Rocca.

Medina, Graciela. 2013. *Violencia de género y violencia doméstica: responsabilidad por daños*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Medina, Graciela. 2013. “La responsabilidad por daños derivados de la violencia sexual y violencia familiar”. *Revista de Derecho de Familia y de la Persona*, La Ley. Consultado: 29 de noviembre del 2018. <http://www.gracielamedina.com/la-responsabilidad-por-daños-derivados-de-la-violencia-sexual-y-violencia-familiar-2/>.

Olmo, Juan Pablo. 2019. “Extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental a la luz de las modificaciones de la ley 27.363”. En: *Diálogos de la defensa pública. Aspectos civiles y penales de la ley 27.363 sobre privación y suspensión de la responsabilidad parental*, 51-71. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

Ortiz, Diego Oscar. 2016. *Responsabilidad por daños en violencia familiar*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Jurídicas.

Ossola, Federico Alejandro. 2018. *Responsabilidad Civil*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Pascuali, María Belén; Valeria Orioli y María Cristina Moya. 2018. “Ley Brisa: nuevo avance en la protección estatal de niños, niñas y adolescentes en casos de violencia de género. Aproximaciones desde una perspectiva de derechos humanos”. *Revista de Derecho de Familia*, RDF 84-355 (E).

Parodi, María Cecilia. 2018. "A propósito del nuevo esquema de ejercicio de responsabilidad parental luego de la sanción de la ley 27.363 y de la postura adoptada recientemente por la Corte Suprema de Justicia en torno al art. 12 del Código Penal". *Revista de Derecho de Familia y la Persona*, La Ley, AR/DOC/218/2018.

Pennise Iantorno, María Soledad; Marcela V. Panatti. 2019. "Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación". En: *Diálogos de la defensa pública. Aspectos civiles y penales de la ley 27.363 sobre privación y suspensión de la responsabilidad parental*, 15–29. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

Scasserra, Selene I. 2019. "Trámite parlamentario de la sanción de la ley 27.363 de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación". En: *Diálogos de la defensa pública. Aspectos civiles y penales de la ley 27.363 sobre privación y suspensión de la responsabilidad parental*, 31–50. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

Segato, Rita Laura. 2010. *Las estructuras elementales de la violencia: ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*. Buenos Aires: Prometeo Libros.

Toledo Vázquez, Patsili. 2014. *Femicidio/Feminicidio*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Didot.

CAPÍTULO II

QUESTIONES VINCULADAS AL DERECHO PENAL

IMPLICANCIAS PENALES DE LOS ARTÍCULOS 700, 700 BIS Y 702 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

María Mercedes Crespi

*Defensora pública oficial ante los Tribunales Federales de
Primera y Segunda Instancia de Córdoba*

I. Introducción

Los artículos 700, 700 bis y 702 del Código Civil y Comercial presentan aspectos que exceden su propio ámbito de incumbencia, remitiendo a cuestiones penales, tanto de fondo como de forma.

Esta relación entre ambas ramas del derecho presenta un problema ubicado en sus cimientos que, como lógica consecuencia, se proyecta hacia todo lo que se construya sobre ellos; y ha sido definido con precisión por Guibourg (2015):

En derecho penal, una tradición sólida (aunque menguante) requiere que las conductas se hallen claramente tipificadas, y cualquier imprecisión tiende a interpretarse restrictivamente, a favor del presunto infractor y, tal vez, en contra de la pretensión legislativa original. En derecho civil la exigencia de precisión ha sido más laxa, en el entendimiento de que las imprecisiones serán cubiertas, a la larga, por la interpretación judicial.

En el presente artículo me propongo presentar un panorama conceptual de aquellos aspectos penales implicados en la reforma de la ley civil, enmarcado en el propósito general de la obra, que es achicar las distancias que separan estas áreas del derecho, de modo tal que se genere una comprensión sistemática de mejor calidad, siempre bajo el amparo de la Constitución Nacional.

II. Aspectos penales de fondo en relación con la privación y la suspensión de la responsabilidad parental

II.1. Consideraciones generales

Los artículos 700 y 700 bis establecen distintas causales de privación de la responsabilidad parental; la diferencia fundamental entre aquella establecida

en el artículo 700 inciso a y las reguladas en los incisos a, b y c del artículo 700 bis se encuentra en su operatividad. Así, mientras en la primera se requiere el inicio de un proceso y la declaración mediante sentencia judicial de privación en sede civil, en los otros tres casos la condena penal firme opera de pleno derecho.

Existe una relación de género y especie entre el inciso a del artículo 700 y los incisos b y c del artículo 700 bis (Olmo 2019), ya que siempre que se dé alguna de las situaciones previstas en estos dos incisos se estará también ante la causal del artículo 700 inciso a. Pero el espectro de delitos posibles abarcado por esta disposición es mayor a los puntualmente previstos en la norma agregada por la reforma de la ley 27.363.

Resulta claro que un análisis más profundo deja conflictos sin atender y algunas preguntas sin contestar. Si el artículo 700 bis marca consecuencias más inmediatas de privación de la responsabilidad parental, ¿por qué, por ejemplo, la tentativa de homicidio contra el propio hijo o hija o, incluso, la trata de personas de la que fueran víctimas quedarían fuera de éste régimen?, o ¿la tentativa legislada en el artículo 700 bis alcanza la causal del 700 inciso a?

Tras estas consideraciones generales, ingresemos entonces en el análisis de los supuestos legales de privación de la responsabilidad parental.

II.2. Nociones de participación criminal: autoría, coautoría, instigador y cómplice

Nuestro legislador reguló en el artículo 45 del Código Penal a los autores como aquellos que “tomasen parte en la ejecución del hecho”, a los partícipes primarios como los que “prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse” y a los instigadores, como quienes “hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”. Luego, en el artículo 46 se refiere al cómplice secundario como aquellos que “cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo”. Solo para este último caso establece una pena menor.

Hay diversas teorías acerca del tema, que exceden este trabajo¹, por ello diremos que será autor quien ejecute el hecho, realizando la acción especialmente descripta en el tipo penal (Binder 2004, 174); esto indica que la remisión a los tipos penales para analizar este modo de participación sea fundamental, más allá de la norma general descripta en el párrafo anterior (Binder 2004).

¹ Recomiendo, para quien desee profundizar, la clásica obra de Guillermo Fierro “Teoría de la participación criminal” (2004).

Habría coautoría cuando varios autores realicen actos de ejecución o bien cuando haya división de funciones en un hecho común, siempre que en esta división de tareas el rol cumplido sea propio del autor, de lo contrario, estaremos frente a alguna otra forma de participación.

Será instigador quien, sin realizar la acción típica, inflencie a otro a realizarla. Por supuesto que esta influencia debe tener entidad suficiente, de lo contrario no será determinante, tal como lo exige la ley; esta figura se aplica generalmente a los autores intelectuales (Binder 2004, 180).

Finalmente, el legislador regula dos formas de participación en el hecho de otro, la primaria y la secundaria; en ambas, el partícipe realiza un aporte al hecho ajeno, aunque la diferencia estará dada por la entidad del mismo. Esto se decidirá mediante el procedimiento de supresión mental hipotética, de modo tal que si el ilícito igual se hubiera consumado, el auxilio será menor o secundario, y si no se hubiese podido concretar, el aporte será fundamental o primario.

Puede generarse un interrogante acerca de si la redacción de la norma civil “... autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso” incluye ambas formas de participación o solo la primaria. Esto puede ser de difícil resolución, aunque creo correcto inclinarme por aquella interpretación más amplia, que abarque ambas formas de participar. Esto tiene que ver con la finalidad de la norma, que es la protección de los hijos, de modo tal que cualquier modo de participación en un delito doloso en su contra o en contra del otro progenitor no resulte indiferente al derecho.

II.3. Tentativa

El artículo 700 bis dispone que la privación de la responsabilidad parental también operará cuando los delitos descriptos se configuren en grado de tentativa.

La pregunta que señalara unos párrafos atrás acerca de si esta disposición alcanza también a los delitos del artículo 700 inciso a, a mi juicio debe tener una respuesta positiva a fin de mantener coherencia interna entre ambas normas; interpretarlo de otro modo generaría una incongruencia entre el tratamiento de unos delitos y de otros, máxime cuando el párrafo se refiere a los “delitos descriptos”, sin establecer distinción. Esta propuesta interpretativa no se ve opacada por el hecho de que para unos casos alcance con la sentencia condenatoria y para otros no, ya que las diferencias en este sentido están expresamente establecidas, sin perjuicio de que, en mi opinión, todos los delitos debieron ser tratados del mismo modo.

La tentativa constituye un delito incompleto (D'Alessio 2007). Si bien hay va-

rias teorías que fundamentan su punición, la mayoritaria se refiere a la necesidad de que la puesta en peligro del bien jurídico protegido sea un hecho tenido en cuenta por el legislador. Ello explica la pena inferior, dado que el bien jurídico corrió menos peligro.

El hecho ilícito atraviesa distintas etapas o *iter criminis*: a) ideación –que ocurre en el fuero interno de la persona–, b) actos preparatorios –actos preliminares al delito que no son ilícitos en sí mismos–, c) actos de ejecución –comienzo del delito– y, d) consumación –producción del resultado–. Nuestra ley marca el inicio de la tentativa allí donde comienzan los actos de ejecución: “El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44”².

El mayor desafío intelectual radica en establecer el comienzo de la ejecución, para lo cual habrá que analizar tanto el caso particular como el tipo delictual de que se trate. Finalmente, la falta de consumación deberá producirse por razones ajenas al autor ya que, en caso de desistir voluntariamente, quedará exento de pena (art. 43 CP).

II.4. La condena por delitos dolosos contra la persona o los bienes del hijo o hija

El artículo 700 inciso a nos dice que “cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por: a) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo”.

Resulta complicado establecer un catálogo de delitos posibles que ingresen en esta previsión ya que serían varios, por ello me parece atinado realizar una breve descripción del delito doloso.

El dolo implica conocimiento (elemento cognitivo) y voluntad (elemento volitivo) de realización del hecho ilícito: “Obrará con dolo entonces quien sabe lo que hace y hace lo que quiere” (Rusconi y Kierszenbaum 2016, 80).

El elemento cognitivo debe recaer sobre los elementos del tipo penal y ser actual respecto del momento del hecho.

² El artículo 44 establece penas disminuidas: “La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años. Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente”.

El dolo puede asumir dos formas principales: será *directo* cuando los dos elementos se encuentran plenamente presentes, y *eventual* cuando haya dudas sobre los elementos cognitivos pero de todos modos se lleva adelante la acción.

II.5. La condena por el delito de homicidio agravado por el vínculo en contra del otro progenitor (art. 80, inciso 1, Código Penal)

La norma en cuestión establece que “se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 1º A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediere o no convivencia”.

Es importante tener en cuenta que este artículo fue reformado en 2012³, ya que hasta ese momento solo se penaba el homicidio cometido contra ascendiente, descendiente y cónyuge, a lo que se agregaba la expresión, ahora suprimida, “sabiendo que lo son”.

En su redacción original, la norma no daba lugar a mucha controversia, en general la doctrina solo analizaba los casos de: a) matrimonios anulables –concluyendo en la existencia de agravante mientras no se hubiese decretado la anulación–, b) nullos –inexistencia de agravante por falta de vínculo–, c) divorcio –existencia de agravante mientras no hubiese sentencia de divorcio– y, finalmente, d) hijos adoptivos –inexistencia de agravante ya que la ley se refiere a “descendientes”–.

La nueva redacción, sin embargo, genera desafíos interpretativos mayores, cobrando particular relevancia las palabras de Guibourg citadas al inicio. Ello porque se han querido incorporar nuevas formas de relación que, sin duda alguna e interpretación progresiva de por medio, encuentran amparo constitucional cuando se promueve la “protección integral de la familia”⁴ “sin conceptualizar o enumerar cuáles son los núcleos familiares que deben ser protegidos” (Zaffaroni 2016, 277). Se deja así en el camino aquella visión restringida a la familia “matrimonializada, paternalizada, patrimonializada y biologizada” (Kemelmajer de Carlucci 2014, 10), con algunas críticas relacionadas con la afectación al principio de legalidad.

Básicamente, las alternativas posibles para asignar contenido a la expresión “relación de pareja” son dos: o bien recurrir a la ley civil y, por ende, a la “unión convivencial” de los artículos 509 y 510 del Código Civil y Comercial, o bien asignarle un contenido más amplio, propio de la norma penal.

3 Ley N° 26.791, B.O. 14/12/2012.

4 Art. 14 bis CN.

La postura más restringida fue la tesis de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal en el *leading case* “Escobar”⁵ y la más amplia fue desarrollada en otro importante precedente de la Sala III del mismo Tribunal, que caracteriza a la “relación de pareja” como “la unión de dos personas, sean del mismo sexo o no, con cierto grado de estabilidad y permanencia en el tiempo, con vínculos afectivos o sentimentales, que comparten espacios de tiempo en común y ámbitos de intimidad” (Estol 2018). En este caso se descartó la aplicación del Código Civil y Comercial, bajo el argumento de que la norma penal no requiere la convivencia mientras que el artículo 509 del CC y C, sí; de modo tal que esto indica, necesariamente, que el legislador se estaba refiriendo a conceptos distintos.

Estas posiciones muestran que, para quien se dedica al derecho penal, la amplitud de la expresión “persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediere o no convivencia” genera un estado de alarma que puede ser comprensible cuando se piensa en la necesaria rigidez del penalista en relación con el principio de legalidad. Sin embargo, también es posible otra visión: a mi juicio bien puede aprovecharse la ocasión como una invitación de otras áreas del derecho a repensar la pretendida –e imposible– neutralidad de la disciplina y generar así mayor anclaje de la dogmática en la realidad.

Una posición más amplia resulta, sin lugar a dudas, acertada, ya que no solo atiende mejor a los fines que tuvo en vista el legislador, sino que, además, soluciona los problemas de interpretación literal que genera la visión contraria.

La quita de la expresión “sabiendo que lo son”, ya explicitada párrafos atrás, ha sido interpretada por la doctrina como la admisión del dolo eventual, cuestión que se encontraba controvertida antes de la reforma (Tazza 2014).

El artículo 80, en su último párrafo, dispone que “cuando en el caso del inciso 1 de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima”.

La atenuación extraordinaria tiene su complejidad porque, en general, tiene que ver con viejos problemas familiares donde prima la subjetividad y, a su vez, se permite un amplio margen de arbitrio judicial tanto para su valoración como para su aplicación, ya que no tiene carácter obligatorio.

5 Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, “Escobar, Daniela s/recurso de casación”, Causa CCC 38.194/2013/TOI/CNCI, rta. 18/06/2015.

Para analizar la atenuación extraordinaria debe haberse descartado previamente el homicidio en estado de emoción violenta previsto en el artículo 81, inciso 1, apartado a, del CP⁶.

Por otra parte, haré una breve referencia a la última oración sobre la inaplicabilidad a quien haya realizado actos de violencia contra la mujer víctima. La norma tiene un fin comprensible, pero aspectos cuestionables: a) remite a un inciso que no hace diferencia de género para luego introducir la restricción solo al autor hombre, exigiéndole además mayor prueba (a las circunstancias extraordinarias debe agregar la prueba de que no ejerció anteriormente actos de violencia contra la víctima mujer); y b) sobre el alcance de los *actos de violencia* se generan interrogantes: ¿la interpretación literal implica que debe haber por lo menos dos actos o más?, ¿en qué período?, ¿deberían haber sido juzgados?, de ser afirmativa la última respuesta ¿no se afectaría el principio *ne bis in idem*?

Finalmente, un problema interpretativo planteado por parte de la doctrina: cuando el código dice “mujer” ¿se está refiriendo solo al concepto biológico o alcanza también a la mujer autopercebida? Si la respuesta fuera afirmativa⁷, ¿es necesario que haya efectuado el trámite necesario para ser reconocida como tal? Sobre ello, entiendo que no hay motivos para circunscribir la norma a la mujer en su faz biológica, ya que, de no hacerlo, se quebraría la unidad del sistema jurídico, debido a que otra ley de la misma jerarquía reconoce la identidad autopercebida⁸. En relación con el caso en que no haya rectificación de sexo

6 Artículo 81. “1º Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años: a) Al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable”.

7 La jurisprudencia dio respuesta en ese sentido en el caso “MGD”, Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 4 de la Capital Federal, causa 62.162/2015, rta. 6/7/2018.

8 Ley 26.743 “Artículo 1º — Derecho a la identidad de género. Toda persona tiene derecho:

- a) Al reconocimiento de su identidad de género;
- b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género;
- c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.

Artículo 2º. Definición. Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farma-

registral concluida o en trámite, creo que entonces dicha circunstancia deberá ser objeto de prueba en el juicio penal, pero no descartarse sin más, porque la modificación registral es según la ley de identidad de género una facultad independiente del autoreconocimiento, un derecho generado en la autopercepción y, como tal, su ejercicio es facultativo.

No puedo dejar de mencionar que esta posición no es unánime, hay quien se inclina por mantener un concepto biológico más restringido (Tazza 2018).

II.6. La condena por el delito de homicidio mediando violencia de género (femicidio) en contra del otro progenitor (art. 80, inciso II, Código Penal)

La norma penal establece que “se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: II. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género”.

Este delito fue incorporado también mediante la ley 26.791.

No hay dudas acerca de quién puede ocupar el lugar del sujeto activo y del sujeto pasivo⁹; el componente particular de la norma está dado por el concepto normativo: la violencia de género. Esto indica que dentro del posible universo de muertes de mujeres por hombres, solo la porción que presente esta particularidad será femicidio.

Otras normas son las que le dan contenido. En primer lugar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer¹⁰, cuyos artículos 1 y 2 a establecen:

Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual.

cológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.

⁹ Reitero lo dicho anteriormente en referencia al concepto de mujer y, asimismo, que no se trata de una posición unánime.

¹⁰ Incorporada mediante ley 24.632, BO 1/4/1996.

Asimismo, la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales¹¹ que, en su artículo 4, dispone:

Definición. Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón¹².

Tenemos, entonces, que la violencia típica del delito será aquella dada en un ambiente particular de misoginia en el cual la mujer es tratada en relación de inferioridad respecto de quien ejerce la violencia, asentándose en la concepción patriarcal de reparto del poder de nuestras sociedades.

De esta conceptualización legal, podemos deducir que entre violencia de género y violencia doméstica hay una relación de género y especie, siendo fundamental reconocer frente a qué situación se está en cada caso y de qué modo se manifiesta, tarea para la cual también habrá que despojarse de los prejuicios.

Sobre la relación de desigualdad o asimétrica que evidencia una situación de inferioridad de la mujer respecto del varón, la Cámara ha puesto el acento en las formas en que la misma debe manifestarse ya sea a través de amenazas, daños o vejaciones. Sin embargo, este elenco de acciones resulta reducido a un grupo de hechos graves que constituyen expresiones de violencia que incluso resultan delictivas en sí mismas, y excluyen otras formas de violencia escondidas detrás de estereotipos tolerados socialmente. Al cerrar el círculo de violencia a ese grupo se corre el riesgo de esperar la presencia de lesiones “visibles” omitiendo situaciones de suficiente gravedad que califiquen como modos de violencia¹³.

11 Ley 26.485, BO 1/4/2009.

12 El decreto reglamentario (PEN 1011/2010) agrega: “Se entiende por relación desigual de poder, la que se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de éstas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales”.

13 Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, “L. G.M. s/homicidio calificado y homicidio calificado en grado de tentativa”, rta. 09/03/2017.

La tipificación de este delito ha sido objeto de críticas que giran, principalmente, alrededor de la posible afectación de los principios de igualdad y legalidad penal.¹⁴

II.7. La condena por el delito de lesiones en contra del otro progenitor o contra el hijo o hija de que se trata (art. 91 Código Penal)

Las lesiones se dividen según su gravedad en leves, graves y gravísimas, todas con sus atenuantes y agravantes. En ese marco, el artículo 91 que nos ocupa describe las lesiones gravísimas del siguiente modo:

Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.

El bien jurídico protegido será siempre la integridad física, la salud física y mental (D'Alessio 2007). En este caso, la característica principal está dada por la situación irreversible e incapacitante; por ello, mientras que en las lesiones graves se habla de debilitamiento y dificultad, aquí ya hablamos de incurabilidad, inutilidad permanente y pérdida de órganos, miembros y capacidades.

Este delito presenta algunas particularidades: a) en relación al tipo subjetivo, el dolo puede ser directo o eventual, pero el aspecto más delicado es que no debe haber propósito de causar la muerte, ya que allí estaríamos frente a una tentativa de homicidio, lo cual puede ser difícil de establecer en los casos concretos (Tazza 2018); b) en caso de tentativa, la doctrina se refiere con énfasis a la dificultad probatoria, dificultad que probablemente disminuya a medida que las posibles lesiones sean más graves.

II.8. La condena por los delitos contra la integridad sexual contra el hijo o hija de que se trata (art. 119 Código Penal)

Este artículo fue recientemente reformado¹⁵, lo que aclaró las viejas discusiones en torno al delito de violación. Ya en una reforma anterior¹⁶ se había modificado el título de “delitos contra la honestidad” al actual. Ello configuró un avance significa-

14 Para profundizar en los aspectos críticos, recomiendo el excelente trabajo de Bloch (2014) y, a favor, el capítulo 12 del libro de Zaffaroni y Herrera (2016).

15 Ley 27.352, BO 17/5/2017.

16 Ley 25.087, BO 14/5/1999.

tivo, ya que abandonó la idea de la protección de la honestidad sexual, concepto con serias connotaciones morales¹⁷. Por el contrario, la integridad sexual como bien jurídico protegido es más abarcativo, en palabras de Fellini y Sansone (1999–2000): “debe entenderse que los bienes jurídicos en juego en ésta clase de delitos están constituidos por violaciones a la dignidad, la intimidad, la libertad sexual y en el ámbito de niños y jóvenes, también el desarrollo psíquico y físico de su personalidad”.

Un aspecto relevante a tener en cuenta es el hecho de que los delitos contenidos en el artículo 119 son aquellos de acción pública –es decir aquellos perseguibles por el Estado–, pero dependiente de instancia privada; esto significa que es la víctima quien decide con su denuncia que se ponga en marcha el ejercicio del *ius puniendi* estatal (art. 72, inciso 1 CP). La norma también prevé –y esto es de interés para el aspecto civil– que la denuncia puede ser del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales, y que procederá de oficio cuando la víctima tuviere menos de 18 años y no tenga padres, tutor ni guardador o que fuere cometido por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.

Veremos, a continuación, cada uno de los delitos que el artículo tipifica.

Abuso sexual simple (artículo 119, primer párrafo): “Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”.

Para que se configure este delito, la víctima debe tener menos de 13 años –presunción *iure et de iure*– o, aun siendo mayor, darse bajo las circunstancias mencionadas en forma expresa en la norma; es importante mencionar que en todos los casos se está ante situaciones de coacción y que, con la fórmula final “[...] por cualquier causa no haya podido consentir”, se intentó contemplar toda posibilidad que no encuadre en las previsiones legales anteriores.

Para que haya abuso debe haber actos –no alcanzan los gestos o palabras– de indudable connotación sexual y sin acceso carnal ya que, entonces, estaremos en el supuesto de violación.

17 No olvidemos que nuestra legislación penal distinguía la mujer honesta de la que no lo era, de modo tal que, además de la carga moral, este objeto de protección bien podía dejar desamparados los casos en los cuales las víctimas no tuvieran “honestidad”, todo lo cual establece un campo fértil para el mantenimiento de estereotipos de víctimas, y fundamentalmente, de víctimas mujeres o pertenecientes a minorías.

Hay algunos aspectos discutidos por la doctrina: a) si se trata de actos sobre el propio cuerpo en presencia del otro (Tazza 2018, 390); b) en relación al tipo subjetivo, hay quien opina que debe haber una finalidad de desahogo sexual para que haya delito y, por el contrario, quien opina que si el acto objetivamente tiene un contenido sexual estamos en presencia de un hecho ilícito (D'Alessio 2007, 161).

Finalmente, respecto de la tentativa, si bien la misma es posible, será de muy difícil identificación y prueba, ya que como el abuso en sí mismo constituye generalmente tocamientos o acercamientos impúdicos, ir a los actos previos probablemente nos lleve al ámbito de lo impune.

Abuso sexual gravemente ultrajante (artículo 119, segundo párrafo): “La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima”.

Este tipo de abuso ha sido siempre criticado por su vaguedad. A pesar de ello, ha sobrevivido a varias reformas debido a la necesidad de mantener una punición intermedia para hechos que se ubiquen por su gravedad entre el abuso simple y el abuso con acceso carnal.

En este delito la apreciación judicial, tanto para medir cuál será la duración en el tiempo necesaria para la configuración del delito como cuáles serán las circunstancias relevantes, será una tarea fundamental que deberá analizarse desde un punto de vista objetivo, dejando de lado la subjetividad de la víctima.

Abuso sexual con acceso carnal (artículo 119, tercer párrafo): “La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías”.

Se tipifica como violación el acceso carnal por algunas de las tres vías establecidas o con otros elementos por algunas de las dos primeras mencionadas; de esta forma la modificación legal zanjó los problemas interpretativos que generaba la norma anterior, ya que había discusiones doctrinarias y jurisprudenciales fuertes sobre si la *fellatio in ore* y la introducción de otros elementos u otras partes del cuerpo configuraban este delito.

El delito requiere dolo directo y no hace falta que la penetración sea completa.

En relación con la tentativa, tendremos –como en toda esta clase de delitos– problemas probatorios, ya que será difícil a veces distinguir entre el abuso sexual y la tentativa de violación, en cuyo caso será fundamental determinar la intención.

Asimismo, hay que tener en cuenta que, una vez consumada, los actos anteriores que pudieran configurar abuso simple, quedan comprendidos en el delito más grave.

Agravantes (artículo 119, cuarto párrafo): “En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si:

a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima”.

Parte de la doctrina cree que esta circunstancia agravante remite a las lesiones graves y gravísimas de los artículos 90 y 91 del Código Penal (Tazza 2018) y parte entiende que no corresponde acotarlo a dicho ámbito (D'Alessio 2007). De todos modos, siempre será complejo su análisis en los casos concretos, ya que – en principio– debería estarse frente a un trauma mayor que el que habitualmente causan. Si no se efectúa esta distinción, todos los hechos serían agravados y no tendría sentido la distinción.

Este problema se verá muy claramente al valorar la existencia del abuso sexual gravemente ultrajante y este agravante, ya que de no efectuar una distinción entre el sometimiento grave y sus consecuencias, se corre el riesgo de penar dos veces la misma conducta.

“b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda.”

Aquí el legislador pena de un modo más gravoso por el parentesco u otra calidad específica del autor (D'Alessio 2007), ya que hay un menosprecio por el vínculo familiar en el primer supuesto, una mayor posibilidad de comisión en el caso de los ministros de cultos y la afectación de los deberes de cuidado en los restantes supuestos.

Las figuras del tutor y curador se encuentran regulados en el Código Civil y Comercial y deben revestir esa función con las formalidades allí establecidas para la configuración de la circunstancia agravante.

No ocurre lo mismo con el guardador y el educador, que deben entenderse en sentido amplio y en relación a su fundamento legal, ya que hay abuso de la situación de confianza generada y afectación de los deberes de cuidado, de ahí que comprenda a las autoridades de escuelas o colegios, maestros, preceptores (D'Alessio 2007, 182), maestros de materias o disciplinas no formales u obligatorias (Tazza 2018, 410).

“c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio.”

La razón del agravante radica en el mayor peligro para la salud de la víctima (D'Alessio 2007, 183).

Tal como establece el texto legal, no hace falta el efectivo contagio, sino la existencia de un peligro real de que ello ocurra, por lo cual el autor debe conocer que está enfermo y que puede contagiar.

Algunas voces critican la posible afectación al principio de proporcionalidad cuando el contagio no se produjo; crítica que puede ser atendible, ya que si bien el desprecio por la salud del otro es un plus que el legislador debe atender, lo cierto es que la falta de resultado con una pena igual a la del homicidio simple amerita al menos una valoración detenida al momento de juzgar un caso particular.

“d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas.”

La doctrina está dividida en cuanto a la cantidad de personas que deben participar en el hecho, parte opina que deben ser por lo menos tres, el autor y dos más (Tazza 2018, 412) y otra parte opina que deben ser por lo menos dos (D'Alessio 2007, 183). La discusión viene del viejo artículo 122 –derogado en 1999– que establecía una pena agravada cuando el hecho se cometiera “*con el concurso de dos o más personas*”, lo que generaba la duda de si se trataba del autor más el concurso de dos o más personas, lo que hacía un mínimo de tres; o si el autor estaba incluido en ese texto de modo tal que con dos personas ya se estaba en el supuesto legal.

La modificación en la redacción vino a zanjar esa duda porque tipifica la participación en el hecho de dos o más personas, de ahí que mantener la vieja interpretación sea, a mi juicio, errado. No solo que la fuente de la ley, el texto, nos está diciendo algo distinto a lo que decía cuando se originó la duda, sino que el fundamento de este agravante son las menores posibilidades de defensa de la víctima y, consecuentemente, la mayor probabilidad de éxito en la comisión del delito; de ahí que en los delitos contra la integridad sexual, la presencia de dos personas signifique sin duda una mengua significativa de las posibilidades de defensa, con lo cual el mayor rigor asignado por el legislador encuentra justificativo.

En relación a las armas, la circunstancia agravante se funda en el mayor peligro causado y el aumento de la intimidación; de ahí que sea necesario que el arma haya sido exhibida para su configuración y que la forma agravada concurre, sean las armas propias o impropias.

“e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones.”

La norma valora el mayor poder de intimidación de las fuerzas de seguridad, a pesar de lo cual dejan fuera a las fuerzas militares.

El delito se configura en caso de que el hecho se produzca en ocasión de sus funciones.

“f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.”

La agravante requiere dos condiciones: la minoridad y el aprovechamiento de la convivencia preexistente, el fundamento se encuentra tanto en la inmadurez de la víctima y la necesidad de mayor resguardo de la niñez como en el aprovechamiento de la relación y cercanía con quien resultará sujeto pasivo.

Abuso simple agravado (artículo 119, último párrafo): “En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f)”.

Las circunstancias agravantes analizadas se extienden también al abuso simple visto en el primer párrafo del artículo 119.

III. Aspectos procesales contenidos e implicados en los artículos 700, 700 bis y 702 del Código Civil y Comercial

III.1. Condena penal firme

En principio una sentencia adquiere firmeza cuando ya no es susceptible de ser recurrida, sea porque se vencieron los plazos establecidos para el recurso de que se trate o porque, debidamente interpuestos, fueron todos rechazados. La única excepción en materia penal es el recurso de revisión, que justamente se interpone en los casos de sentencia firme.

Ahora bien, en nuestro sistema, la regulación del último recurso posible –el recurso de queja por recurso extraordinario federal (REF) denegado– presenta cierta complejidad, la que se origina en el texto del artículo 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación “[m]ientras la Corte no haga lugar a la queja no se suspenderá el curso del proceso”, tradicionalmente aplicado al proceso penal ya que este no lo prevé.

Como consecuencia de las controversias generadas en casos particulares, en el año 2002 la Cámara Nacional de Casación Penal dictó un plenario¹⁸ en el que se resolvió que un fallo se considera firme cuando se declara inadmisibles el recurso extraordinario federal.

¹⁸ Cámara Nacional de Casación Penal, Plenario N° 8, dictado en los autos “Agüero Irma Delia s/ recurso de casación”, rta. 12/06/2002.

Con posterioridad, la propia Corte Suprema resolvió que las sentencias adquieren firmeza cuando ese máximo tribunal desestima el recurso de queja por REF denegado. Ahora bien, en ese mismo caso la CS dijo que “[...]los jueces anteriores en jerarquía confundieron la suspensión de los efectos –que hace a la ejecutabilidad de las sentencias– con la inmutabilidad –propia de la cosa juzgada– que recién adquirió el fallo condenatorio[...]con la desestimación de la queja dispuesta por este Tribunal” (Bongiovanni Servera y Todarello 2010). Con estas palabras, el máximo tribunal parece indicar que la ejecutabilidad es algo distinto de la inmutabilidad y, considerando los tiempos que generalmente demora la Corte Suprema en resolver los recursos de queja, las consecuencias se tornan manifiestamente relevantes.

Entiendo que la confusión se genera por la aplicación al proceso penal de una norma que le es manifiestamente extraña –ya que nunca podrán equipararse las consecuencias de la ejecución de una sentencia civil a una penal–; y que en esta materia, entonces, debe primar la norma general que establece que los recursos ordinarios y extraordinarios en el proceso penal tienen efecto suspensivo (Bongiovanni Servera y Todarello 2010). Sin perjuicio de ello, lo cierto es que hoy, en la práctica de los tribunales, las sentencias penales comienzan a ejecutarse al momento en que se rechaza el REF; lo cual habilitaría la privación de la responsabilidad parental de la que habla el artículo 700 bis y el proceso de privación del artículo 700.

III.2. Auto de procesamiento o acto equivalente

En el proceso penal el auto de procesamiento constituye la primera decisión de mérito del juez.

Esto ocurre en los inicios del proceso, una vez que se haya puesto en conocimiento de la persona imputada el hecho delictivo que se le atribuye y las pruebas en su contra, y de que haya podido hacer uso real y efectivo de su derecho a defenderse.

En esa instancia, el juez tiene que adoptar una decisión sobre tres alternativas posibles. En el extremo menos gravoso, encontramos el sobreseimiento, sea porque la acción penal se extinguió, porque el hecho investigado no se cometió, porque no constituye delito, porque no fue cometido por el imputado o porque media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria.

Siguiendo ese orden, la segunda alternativa posible es el dictado de la falta de mérito, decisión intermedia que se adopta cuando no hay mérito suficiente para sobreseer, pero tampoco para procesar –extremo más gravoso–, lo que permite que el proceso siga abierto en investigación y sujeto a la aparición de nuevas pruebas que lleven posteriormente hacia uno u otro extremo.

La tercer alternativa, el procesamiento, supone la existencia de un mínimo de prueba que indica que el hecho es delito y que el imputado participó de alguno de los modos previstos legalmente en él, todo lo cual debe ser analizado por el juez conforme el sistema de valoración de la prueba impuesto por la normativa procesal de que se trate.

En relación con sus características, será importante decir que es *necesario* a los fines de la prosecución del proceso y que es siempre *provisorio*, ya que puede revocarse o modificarse ante la aparición de nuevos elementos que así lo justifiquen en cualquier estado de la instrucción.

El auto de procesamiento es apelable. Aquí cabe efectuar una aclaración respecto de la firmeza del acto procesal que estamos analizando, porque si bien el artículo 702 del Código Civil y Comercial no lo menciona en forma expresa, debería considerarse que la suspensión de la responsabilidad parental opera cuando el auto de procesamiento adquiere firmeza, de modo tal que exista coherencia interna en relación con la sentencia condenatoria, de la cual se aclara que debe estar firme; pero, a su vez, a fin de garantizar el respeto de la garantía del imputado a obtener una revisión de la decisión de su situación procesal.

Ahora bien, la utilización del auto de procesamiento como causal de suspensión automática de la responsabilidad parental puede traer algún cuestionamiento en relación con la presunción de inocencia; cuestionamientos que deberán ceder ante el hecho de que la suspensión de la responsabilidad parental no es una sanción al infractor, sino una medida de protección de niños y niñas.

Otro punto importante a tener en cuenta es que junto con el auto de procesamiento puede dictarse la prisión preventiva y esto constituye un elemento que modifica sustancialmente la situación de hecho, ya que más allá de lo que se disponga desde lo jurisdiccional, lo cierto es que el encarcelamiento modifica, sin lugar a dudas, las posibilidades reales del ejercicio de la responsabilidad parental.

Ahora bien, el tipo de procedimiento que prevé este acto procesal es el que sostiene el Código Procesal Penal de la Nación y por las provincias de Corrientes, Formosa, La Rioja, Misiones, Río Negro, San Juan, Santa Cruz y Tierra del Fuego. Las demás provincias tienen un sistema distinto, en el cual hay una etapa que generalmente se denomina investigación penal preparatoria –en la que el fiscal investiga– y que culmina, sea en forma escrita u oral, con el mérito de los hechos y de la prueba que efectúa frente a la defensa, con la posibilidad de revisión por parte del juez de control. A raíz de esa valoración, el fiscal puede solicitar el sobreseimiento o la clausura de la etapa y la elevación a juicio.

En esta clase de procedimientos, entiendo entonces que ese momento de clausura de la investigación penal preparatoria será el equivalente al auto de procesamiento, ya que es la primera ocasión en la que se hace una valoración en conjunto de los hechos y la prueba recabada respecto de la presunta responsabilidad del imputado.

Bibliografía

Alonso, Silvina A. 2012. "Incorporación del femicidio al Código Penal". Revista jurídica argentina *La Ley*, 2012-F:1176-1180.

Alonso, Silvina A. 2014. "Problemáticas sobre el femicidio en Argentina". *La Ley*, 2014-E: 971.

Arce Aggeo, Miguel A. y Julio C. Báez, directores. 2013. *Código Penal comentado y anotado*. Buenos Aires: Cathedra jurídica.

Binder, Alberto. 2004. *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.

Bloch, Ivana. 2014. "Estudio crítico del tipo penal de femicidio en el Código Penal Argentino". *Revista de Derecho Penal*, 10: 1996-2009.

Bongiovanni Servera, José G. y Guillermo A. Todarello. 2010. "Presente y futuro del cruzamiento de datos genéticos. A propósito de la discusión sobre los conceptos de sentencia firme, inmutable y ejecutable". *La Ley*, 2010-C: 535.

D'Albora, Francisco J. 2005. *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot.

D'Alessio, Andrés, director. 2007. *Código Penal comentado y anotado*. Buenos Aires: La Ley.

Dorlin, Elsa. 2009. *Sexo, género y sexualidades. Introducción a la teoría feminista*. Traducido por Víctor Goldstein. Buenos Aires: Ediciones nueva visión.

Estol, Lucas. 2018. "Análisis de la agravante de homicidio por relación de pareja: Es más grave que mate a alguien con quien salí?". AP/DOC/639/2018.

Fellini, Zulita y Virginia Sansone. 1999-2000. "La mujer en el derecho penal argentino". *Anuario de derecho penal*, 1999-2000: 173-202. https://www.unifr.ch/ddpl/derechopenal/anuario/an_1999_10.pdf

Fierro, Guillermo. 2004. *Teoría de la participación criminal*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Guibourg, Enrique. 2015. "Los tres pasos del derecho". *La Ley*, 2015-F: 1223.

Herrera, Marisa. 2017. *Manual de Derecho de las familias*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Jiménez, María Eugenia, Mónica Assandri y Gretel Reisenberg. 2012. "Feminicidio. Homicidio por razones de género". *La Ley*, 2012-B: 1048-1052.

Kemelmajer de Carlucci, Aída; Marisa Herrera y Nora Lloveras, directoras. 2014. *Tratado de derecho de familia según el código civil y comercial 2014*. Buenos Aires.

Navarro, Guillermo Rafael y Roberto Raúl Daray. 2008. *Código Procesal Penal de la Nación, análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires: Hammurabi

Olmo, Juan Pablo. 2019. "Extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental a la luz de las modificaciones de la ley 27.363". En: *Diálogos de la defensa pública. Aspectos civiles y penales de la ley 27.363 sobre privación y suspensión de la responsabilidad parental*, 51-71. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

Rusconi, Maximiliano y Mariano Kierszenbaum. 2016. *Elementos de la parte general del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

Tazza, Alejandro. 2014. "Homicidio agravado por la relación del autor con la víctima". *La Ley* 2014-C: 834.

Tazza, Alejandro. 2018. *Código Penal de la Nación Argentina comentado. Parte especial*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Zaffaroni, Eugenio Raúl y Marisa Herrera, directores. 2016. *El código civil y comercial y su incidencia en el derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL ARTÍCULO 12 DEL CÓDIGO PENAL: LA JURISPRUDENCIA DE LA CSJN Y LAS DIFICULTADES INTERPRETATIVAS A LA LUZ DE LA NORMATIVA CIVIL

Pablo A. Zalazar

Prosecretario letrado de la Unidad de Actuación N° 3 ante la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal

Daniela L. Yankielewicz

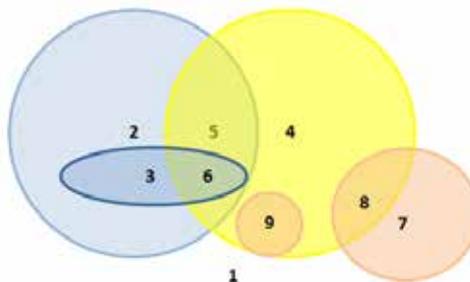
Prosecretaria administrativa de la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Federales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En este trabajo, nos proponemos analizar, primero, los casos en los que resulta aplicable la restricción al ejercicio de la responsabilidad parental prevista en el art. 12 del Código Penal, deslindando sus presupuestos de otros asimilables que están previstos en el Código Civil y Comercial de la Nación¹ (parte 1). En segundo término, mencionaremos las consecuencias de la aplicación de aquella regla (parte 2). En tercer y último lugar, una vez establecidos los presupuestos de aplicación y las consecuencias del art. 12 del Código Penal, nos referiremos a la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre su constitucionalidad (parte 3).

I. ¿Cuándo se aplica el art. 12 del Código Penal? ¿Cómo se distingue de otros supuestos que afectan la responsabilidad parental como consecuencia de una condena penal?

En el siguiente cuadro, están graficados los supuestos de aplicación del art. 12 del Código Penal.

1. Condena penal por cualquier delito.
2. Condena penal por *cualquier de-*



¹ En adelante, CCyCN.

lito doloso contra el hijo (art. 700, inc. a, CCyCN), *a partir de la sentencia que declare la privación* de la responsabilidad parental (art. 700, último párr., CCyCN).

3. Condena penal por delito de lesiones gravísimas o abuso sexual contra el hijo (art. 700 bis, inc. “b”, 2do supuesto, e inc. “c”, CCyCN). En estos casos la condena penal firme produce *de pleno derecho* la privación de la responsabilidad parental.

4. Condena penal a prisión por más de 3 años por cualquier delito (art. 702 inc. “b”, CCyCN y art. 12 del Código Penal).

5. Condena penal a prisión por más de 3 años por delito doloso contra el hijo (intersección de los conjuntos 2 y 4).

6. Condena penal a prisión por más de 3 años por delito de lesiones gravísimas o

abuso sexual contra el hijo (intersección de los conjuntos 3 y 4).

7. Condena penal por delito de lesiones gravísimas contra el otro progenitor (art. 700 bis, inc. “b”, 1er supuesto, CCyCN). En estos casos la condena penal firme produce *de pleno derecho* la privación de la responsabilidad parental.

8. Condena penal a prisión por más de 3 años por delito de lesiones gravísimas contra el otro progenitor (intersección de los conjuntos 4 y 7).

9. Condena penal a prisión por más de 3 años por delito de homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género (art. 700 bis inc. a, CCyCN). En estos casos la condena penal firme produce *de pleno derecho* la privación de la responsabilidad parental.

El universo de casos que será analizado se está integrando por todos aquellos en los que se dicta una condena penal, cualesquiera sea el monto de la pena, la víctima y la índole del delito. En la imagen, ese conjunto de casos está representado por la zona delimitada por un rectángulo, identificado en su parte central inferior con el número 1, en cuyo interior están todos los otros subconjuntos que serán examinados. Para este conjunto de casos, que es el más genérico de todos los que se mencionarán a continuación, la ley no contempla ninguna consecuencia referida a la responsabilidad parental de la persona que resulta condenada penalmente.

Dentro de ese conjunto, existen *otros* conjuntos (que son, en consecuencia, subconjuntos suyos), entre los que se destacan los dos de mayor superficie: uno de ellos es aquel que está representado, hacia la izquierda, con un círculo de color azul (identificado con el número 2 en su centro), que corresponde a los casos en los que se dicta una condena por *cualquier* delito doloso cometido contra el hijo, lo cual, *con independencia de cuál sea el monto de la pena impuesta* (e incluso con independencia de que el progenitor ingrese efectivamente a prisión para el

cumplimiento de la condena²), está reconocido en el art. 700 inc. a del CCyCN como un supuesto de “privación” de la responsabilidad parental.

Antes de mencionar el otro conjunto en el que se hará hincapié (representado por un círculo de color amarillo), se destaca el hecho de que el universo de casos incluidos en el conjunto azul recién mencionado incluye, a su vez, otro subconjunto (demarcado por la elipsis número 3, de color azul más intenso), que se refiere a los casos del art. 700 bis, inc. b, 2do supuesto, e inc. c, CCyCN. Es decir, son aquellos casos en los que la condena por delito doloso cometido contra el hijo ha sido dictada respecto de dos delitos específicamente mencionados en esas disposiciones: lesiones gravísimas dolosas (art. 91 del Código Penal, al que se refiere el art. 700 bis, inc. b, 2do supuesto, CCyCN) o abuso sexual (art. 119 del Código Penal, al que alude el art. 700 bis, inc. c, CCyCN), lo cual incluye los casos en los que dichos delitos no lleguen a consumarse, es decir, cuando se configuren en grado de tentativa (según lo aclara expresamente el art. 700 bis, anteúltimo párr., CCyCN). Vale aclarar que se trata, en ambas hipótesis, de delitos que solo pueden ser cometidos con dolo³, por lo que satisfacen la exigencia expresamente prevista en el conjunto más amplio de casos del art. 700, inc. a, del CCyCN.

Dicho sea de paso, según lo establecido en el último párrafo del art. 700 bis CCyCN, en estos casos más específicos (condena penal por delito doloso cometido contra el hijo por lesiones gravísimas o abuso sexual), la condena penal

2 Dado que el art. 700 inc. a del CCyCN es aplicable ante la condena *por cualquier delito* (siempre que, desde ya, sea *contra el hijo*), es posible que se trate de un delito que permita la aplicación de penas no privativas de la libertad o bien, aun en el caso de que sí se trate de penas de prisión, de todos modos resulte posible la aplicación de una pena de ejecución condicional, si es que se trata de una pena inferior a tres años y es, además, la primera condena (art. 26 del Código Penal). Lo que se señala aquí respecto de las hipótesis contempladas en el art. 700 inc. a del CCyCN también resulta aplicable a los supuestos específicamente previstos en los arts. 700 bis, inc. b, 2do supuesto, e inc. c, CCyCN, a los que se hará referencia inmediatamente a continuación en el texto principal.

3 Ciertamente, es posible cometer el delito de lesiones gravísimas sin dolo, es decir, por culpa o imprudencia, pero en ese caso ya no sería la comisión del delito previsto en el art. 91 del Código Penal (al que se remite expresamente el art. 700 bis, inc. b, 2do supuesto, CCyCN), sino que se trataría de un supuesto contemplado en el art. 94 del Código Penal (que no está mencionado por ninguna disposición del CCyCN). En cambio, respecto del delito de abuso sexual, de acuerdo al sistema de número cerrado (*numerus clausus*) que rige en derecho penal, ni siquiera sería posible dictar una condena por abuso sexual cometido por culpa o imprudencia.

firme⁴ produce *de pleno derecho* la privación de la responsabilidad parental, a diferencia de lo que ocurre en todos los otros casos que solo se enmarcan en el supuesto más genérico del art. 700, inc. a, del CCyCN, en los que la privación se hace efectiva a partir de la sentencia que, con posterioridad a la condena penal, declare la privación de la responsabilidad parental (art. 700, último párr., CCyCN). Otra diferencia relevante es que en estos supuestos específicos previstos en el art. 700 bis es *posible* que se disponga la “suspensión” del ejercicio de la responsabilidad parental a partir del procesamiento o acto equivalente, es decir, *antes* de que se dicte una condena penal, tal como lo autoriza el art. 702, inc. e, CCyCN. Esta posibilidad no está prevista para el conjunto más genérico de casos del art. 700, inc. a, del CCyCN.

El otro conjunto que se destaca, como ya se adelantó, está representado, hacia la derecha de la imagen, con un círculo de color amarillo (identificado con el número 4 en su centro), que se refiere a los casos en los que se dicta una condena penal en la que se impone una pena de reclusión⁵ o prisión por más de tres años, cualquiera sea el delito por el que se dicte esa condena y sin importar

4 Actualmente, es mayoritaria la posición que entiende que, de la jurisprudencia de la Corte Suprema (Fallos: 330:2826, *in re* “Olariaga”, en especial considerando 7º), se desprende que la condena penal queda firme luego de que sean rechazados todos los recursos interpuestos. Es decir, en el caso de que se llegue a esa instancia, la condena penal queda firme recién después de que se desestime la queja interpuesta ante la Corte Suprema por denegación del recurso extraordinario federal.

5 La doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es que la pena de “reclusión” se encuentra “virtualmente derogada” por la Ley de Ejecución de la pena privativa de la libertad Nº 24.660, dado que allí no se contemplan diferencias en la ejecución con la de pena de “prisión”. Así se ha dicho a partir de 2005 en Fallos: 328:137, considerando 8º (“Méndez, Nancy”), primero por una minoría de la Corte Suprema, y luego ya por la mayoría, que avaló aquel criterio en diversos precedentes del año 2007 (Fallos: 330:4416, Fallos: 330:4465, “Gorosito Ibáñez, Carlos Ángel s/causa Nº 6284”, expediente G. 1711. XLI, resuelto el 11/9/2007 y “Batista, Walter Hugo s/causa Nº 6507”, expediente B. 2164. XLI. RHE, resuelto el 11/12/2007, los dos últimos sin publicación en la colección oficial de *Fallos*). Esa jurisprudencia justifica que en este artículo se aluda, en lo que sigue, únicamente a “prisión”, más allá de que la ley vigente (tanto la civil como la penal) al día de hoy continúa haciendo referencia a “prisión” y a “reclusión”. Por cierto, bien podrían englobarse ambos términos (“prisión” y “reclusión”) en el concepto más genérico de “pena privativa de la libertad” o en el de “privación de la libertad”. Sin embargo, ello podría suscitar equívocos en atención a la reiterada alusión al término “privación” a lo largo de este texto, en referencia ya no a la *privación de la libertad* como pena, sino a la *privación de la responsabilidad parental*. En consecuencia, se hará alusión únicamente a “prisión”. Por lo demás, en la normativa que será analizada en este trabajo no hay ninguna consecuencia relevante que sea producto de la distinción entre “prisión” y “reclusión”.

quién sea la víctima. Este conjunto representa los casos a los que se refieren tanto el art. 702, inc. b, CCyCN y el art. 12 del Código Penal. Se aclara que la cuestión acerca de la distinta consecuencia jurídica a la que se refieren dichas disposiciones (esto es, “suspensión” del ejercicio de la responsabilidad parental, prevista en el art. 702, inc. b, CCyCN y, en cambio, “privación”, mientras dure la pena, de la patria potestad, prevista en el art. 12 del Código Penal), será dejada para más adelante. Por el momento, basta con advertir que ambas disposiciones son de aplicación ante la misma hipótesis, esto es, cuando se dicta una condena a prisión por más de tres años.

El subconjunto conformado por la intersección de los conjuntos azul y amarillo (identificada en la zona con el número 5) representa, en consecuencia, los casos que se subsumen tanto en los arts. 702, inc. b, CCyCN y en el art. 12 del Código Penal, por un lado, como, por otro, en el art. 700, inc. a, del CCyCN. Es decir, se trata de los casos en los que se dicta una condena penal por más de tres años de prisión por un delito doloso contra el hijo. Más adelante se analizará en detalle cuál es la consecuencia jurídica aplicable a estos casos, en atención a que las normas antes mencionadas aluden a “suspensión”, “privación mientras dure la pena” y a “privación”, *a secas*, del ejercicio de la responsabilidad parental (arts. 702 inc. b, CCyCN, art. 12 del Código Penal y art. 700, inc. a, CCyCN, respectivamente).

Antes de seguir es conveniente aclarar que, de la intersección meramente parcial de los casos de condena penal a prisión por más de tres años con los casos de condena por un delito doloso contra el hijo, se desprende que no es necesario, para que resulte aplicable la consecuencia prevista en los arts. 12 del Código Penal y en su equivalente, el 702, inc. b, CCyCN, que el delito por el que se dicta una condena superior a tres años sea cometido contra el hijo, tal como sí lo exigen otras legislaciones⁶. Es decir, no es posible, por vía de interpretación, entender que se exige el requisito mencionado (que, por cierto, no está contemplado expresamente ni en los arts. 12 del Código Penal ni en el 702, inc. b, CCyCN), dado que esa exégesis conduciría a que carezcan de relevancia autónoma los arts. 700 inc. a, y 700 bis, inc. b, 2do. supuesto, e inc. c, del CCyCN.

En esta intersección también hay un sector más reducido (identificado en la imagen con el número 6, que comprende los casos de condena penal por más de tres

⁶ Así está previsto, por ejemplo, en los arts. 55 y 56 del Código Penal Español, que disponen que, junto a la condena a pena de prisión, puede disponerse la “inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad” o bien “la privación de la patria potestad”, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido.

años en los que dicha condena ha sido dictada por la comisión de *no cualquier* delito doloso contra el hijo, sino, específicamente, por lesiones gravísimas o abuso sexual (arts. 91 y 119 del Código Penal, respectivamente, de acuerdo a la remisión que a ellos se hace en el art. 700 bis, inc. b, 2do. supuesto, e inc. c, CCyCN). Es decir, se trata de los casos de intersección con el conjunto demarcado por la elipsis número 3 (de color azul más intenso que el círculo identificado con el número 2).

Respecto de este subconjunto de casos, hay que aclarar que incluye tanto casos de condena superior a 3 años de prisión como casos de condena inferior a ese monto (lo que explica la superposición *tan solo* parcial con los supuestos del conjunto 4), en atención a las penas previstas para los delitos en cuestión. Esto es así porque la pena mínima prevista para el delito de lesiones gravísimas en el art. 91 del Código Penal es de tres años de prisión, sanción mínima que se mantiene inalterada a pesar de que sean cometidas contra un hijo (art. 92, último supuesto, del Código Penal, que se remite a los supuestos del inc. 1º del artículo 80, en el que se contemplan agravantes para el delito cometido contra un “descendiente”). Y dicha sanción mínima puede reducirse aún más en caso de que el delito no alcance a consumarse, es decir, que quede en grado de tentativa, o bien si el progenitor condenado no es considerado el autor del delito, sino un mero cooperador prescindible en el delito ejecutado por un tercero (es decir, “participación secundaria”, que implica una pena menor, según lo dispone el art. 46 del Código Penal, y que queda englobada por la expresión “cómplice” que contienen los arts. 700 y 700 bis del CCyCN). Las mismas consideraciones son aplicables a una condena por abuso sexual y sus agravantes, en el caso en el que el delito sea cometido contra el hijo, ya que la pena mínima aplicable no supera los tres años de prisión (según la escala penal a la que remite el último párrafo del art. 119 citado, en función del inc. b, en el que se agrava la pena cuando el hecho es cometido por un “ascendiente”).

Finalmente, resta hacer alusión a los supuestos de condena penal, pero no por delitos dolosos contra el hijo, sino contra el otro progenitor. Estos casos están previstos en el art. 700 bis, inc. b, 1er supuesto, CCyCN, que se refiere a condena por el delito de lesiones gravísimas contra el otro progenitor (demarcados en el conjunto 7), y en el art. 700 bis inc. a, CCyCN, referido al homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género, cometido contra el otro progenitor (contenidos en el conjunto 9). En estos casos también procede la “privación” de la responsabilidad parental, que se produce de pleno derecho con la condena penal firme, según lo establece el último párrafo del art. 700 bis CCyCN, a lo que se agrega la posibilidad de que se disponga la “suspensión” del ejercicio de la responsabilidad parental a partir del procesamiento o acto equivalente (art. 702, inc. e, CCyCN).

Como se puede apreciar, no existe una norma equivalente al art. 700 inc. a, CCyCN, que determine la privación de la responsabilidad parental como consecuencia de *cualquier* delito cometido contra el otro progenitor, sino que dicha consecuencia sobreviene únicamente ante los delitos *específicamente* mencionados (que, por cierto, no incluyen *expresamente* el delito de abuso sexual del art. 119 del Código Penal⁷).

Es necesario aclarar que la superposición *meramente* parcial del conjunto 7 (condena por el delito de lesiones gravísimas contra el otro progenitor) con el conjunto 4 (condena penal a prisión por más de tres años) se debe a los mismos motivos explicados más arriba respecto de los delitos de lesiones gravísimas cometidas contra el hijo (es decir, los casos comprendidos en la intersección del conjunto 3 con el conjunto 4).

La única salvedad es que, a diferencia de lo que sucede respecto del delito de lesiones gravísimas cometido contra el hijo, no necesariamente todo delito de lesiones gravísimas contra el otro progenitor encuadrará en un supuesto agravado del art. 92 del Código Penal, ya que “el otro progenitor”, aunque pueda serlo, no es *por definición* un cónyuge, excónyuge, o una persona con la que se mantiene o se ha mantenido una relación de pareja, que son las víctimas a las que se refieren las agravantes contempladas en el art. 80 inc. 1º del Código Penal, al que se remite el art. 92 recién mencionado. De todos modos, como ya se dijo, no tiene mayor incidencia la eventual constatación de que “el otro progenitor” víctima de lesiones gravísimas sea un cónyuge, excónyuge o una persona con la que se mantiene o se ha mantenido una relación de pareja, dado que, aunque se verificase esa condición y, en consecuencia, resultase aplicable el art. 92 del Código Penal, aun así, se mantendría inalterada la pena mínima prevista en el art. 91, esto es, de tres años de prisión, con la posibilidad adicional de que dicha sanción sea reducida por tratarse de un delito en grado de tentativa. Además, también hace plausible la imposición de una pena menor a tres años de prisión el hecho de que se trate de una condena en calidad de partícipe secundario del delito contra el otro progenitor cometido por un tercero, según lo dicho más arriba, al analizar las penas aplicables a los supuestos de lesiones gravísimas o abuso sexual cometido contra el hijo.

En cambio, el conjunto 9 está completamente incluido dentro del conjunto

7 Eventualmente, respecto de casos de esta índole, debería analizarse la aplicabilidad de la cláusula genérica prevista en el art. 700, inc. c, según la cual un progenitor queda privado de la responsabilidad parental si pone en peligro la salud psíquica del hijo.

4, porque todos los casos posibles a los que alude el art. 700 bis, inc. a, CCyCN (es decir, de condenas por homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género tipificados en los incs. 1º y II del artículo 80 del Código Penal) tienen previstos, en cualquier caso, una pena mínima que supera los tres años de prisión, incluso cuando el hecho se verifique en grado de tentativa⁸, cuando la condena sea dictada por participación secundaria en el delito⁹ o bien cuando se den ambas circunstancias conjuntamente.

II. ¿Qué consecuencias relacionadas con la responsabilidad parental se derivan de la aplicación del art. 12 del Código Penal? ¿Se impone la suspensión o la privación cuando en un caso confluyen el art. 12 del Código Penal con los arts. 700 y 700 bis del CCyCN?

El art. 12 del Código Penal establece que “la reclusión y la prisión por más de tres años [...] importan [...] la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad”.

Al momento de analizar esta parte del artículo, corresponde tener presente que donde dice “patria potestad” debe leerse “responsabilidad parental” y que donde dice “privación” debe leerse “suspensión”.

La primera afirmación se realiza por el cambio de terminología que recepta el CCyCN, entre otras razones, porque la designación “responsabilidad parental” resulta más apropiada y acorde a la consideración del hijo como un sujeto de derecho (Lloveras, Orlandi y Tavip 2014,19).

A su vez, la segunda afirmación se efectúa debido a que el mismo art. 12 del Código Penal utiliza la expresión “mientras dure la pena” y, además, porque dicha norma debe interpretarse de manera armónica con lo dispuesto en el art. 702, inc. b, del CCyCN que regula como supuesto de suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental “el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años”.

Esta distinción entre “privación” y “suspensión” es sumamente relevante debido a que ellas se proyectan sobre diversas instituciones jurídicas que se derivan de la responsabilidad parental (cf. art. 640, CCyCN) que, si bien están vinculadas, generan distintas consecuencias jurídicas.

Por una parte, la “privación” afecta la titularidad de la responsabilidad parental, entendida como el conjunto de derechos y deberes que corresponden a ambos progenitores. Sus causales están reguladas en los arts. 700 y 700 bis del CCyCN.

8 Art. 44, párr. 2º, del Código Penal, en función del art. 80, incs. 1º y II del mismo ordenamiento.

9 Art. 46, última oración, del Código Penal, en función del art. 80, incs. 1º y II del mismo ordenamiento.

Respecto de su fundamento, se sostuvo que:

[...] las causales de privación de la responsabilidad parental operan como sanción a los progenitores [...] No obstante ello, para su dictado se debe tener en cuenta si es una decisión que hace al mejor interés del hijo (Herrera y Bladilo 2016, 302).

Lo que se pretende como objetivo principal es que la medida se dicte en protección del hijo, quedando en un segundo plano la sanción.

Resulta relevante remarcar que con la privación se extinguen los deberes y derechos que se originan con la responsabilidad parental (cf. arts. 641 inc. c, 645, 648, 652, 695, 2281 inc. g y concordantes, del CCyCN), con excepción de la obligación alimentaria (cf. art. 704 CCyCN), y que esa medida solo puede ser dejada sin efecto si se “demuestra que la restitución se justifica en beneficio e interés del hijo” (cf. art. 701, CCyCN).

En cambio, la “suspensión” —que, como se señaló más arriba, es la consecuencia jurídica que debe extraerse del art. 12 del Código Penal, más allá de su literalidad— se refiere al ejercicio de la responsabilidad parental, que implica la facultad de actuar en virtud de los derechos y deberes que emanan de aquella institución jurídica, tanto en los actos cotidianos como en las decisiones trascendentes del hijo (Lloveras, Orlandi y Tavip 2014, 45).

Las causales de suspensión están previstas en el art. 702 del CCyCN. Con relación a su fundamento genérico, se afirmó que la suspensión, que consiste en una limitación temporal del ejercicio de la responsabilidad parental, responde a “situaciones fácticas en que no resulta posible la actuación de los derechos y deberes parentales, exentas de todo tipo de reproche o sanción al progenitor” (Herrera 2015, 544).

Sobre los efectos de la suspensión, nos vamos a centrar en el supuesto previsto en el art. 702, inc. b del CCyCN —citado anteriormente— que es el que nos interesa comprender con mayor profundidad para poder interpretar las consecuencias relacionadas con la responsabilidad parental que se derivan de la aplicación del art. 12 del Código Penal.

Al respecto, es importante subrayar que la restricción prevista en el art. 702, inc. b del CCyCN y en el art. 12 del Código Penal se aplica automáticamente. Esto significa que una vez que se encuentra firme la condena de prisión superior a tres años, se suspende de pleno derecho el ejercicio de la responsabilidad parental al progenitor en cuestión “mientras dure la pena” impuesta. Es decir, queda claro que la suspensión es temporal.

En función de ello, en caso que exista doble vínculo filial, debe tenerse presente lo dispuesto en el art. 641, inc. c del CCyCN que prevé que frente a la suspensión de un progenitor, el ejercicio de la responsabilidad parental le corresponde al otro.

También corresponde tomar en cuenta lo establecido en el art. 651 del CCyCN con relación al régimen de cuidado, porque si bien dicha regla contempla que el régimen de cuidado sea compartido, se puede decidir que sea unipersonal, según el interés superior del hijo, sin perjuicio del derecho a la comunicación del otro progenitor (art. 652).

Ahora bien, si el hijo tiene solo un vínculo filial, rige el inc. d del art. 641 del CCyCN. Aquí nos enfrentamos a una situación que resulta, en principio, más compleja cuando corresponde aplicar los arts. 702, inc. b, del CCyCN y 12 del Código Penal, si es que no procede la prisión domiciliaria o la posibilidad de que el hijo esté en la prisión con su progenitor (arts. 32 y 195 de la ley 24.660, sin perjuicio de otras hipótesis no taxativas que se desprendan de la normativa aplicable al caso).

En estos supuestos habría que analizar en cada caso particular la procedencia y conveniencia de otras figuras jurídicas, según la opinión del hijo¹⁰ y su interés superior¹¹ para evitar su institucionalización cuando haya parientes o referentes afectivos.

Entre las figuras legales alternativas, se puede mencionar, a modo de ejemplo, la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental a un pariente o progenitor afín a través de un acuerdo (arts. 643 y 674, CCyCN). En estos casos, el progenitor que se encuentra en prisión conserva la titularidad de la responsabilidad parental y mantiene el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Otra opción consiste en el otorgamiento de la guarda a un pariente mediante una decisión judicial (art. 657, CCyCN) caso en el que el progenitor conserva los derechos y responsabilidades emergentes de la titularidad y ejercicio. Es conveniente mencionar que, jurisprudencialmente, se aplicó el art. 643 del CCyCN respecto de personas que no eran “parientes”, sino “referentes afectivos” del niño¹².

Si bien las normas mencionadas en el párrafo anterior plantean un límite temporal, de todos modos, según el término de la pena o la edad del hijo, igualmente puede ser viable su aplicación en algunos casos. En otros, según las

10 Cf. art. 12 Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 26 tercer párr. y 639, inc. c, del CCyCN, arts. 3.b y 24 Ley 20.061, Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño.

11 Cf. art. 3 Convención sobre los Derechos del Niño, art. 639 inc. a del CCyCN, art. 3 de la Ley 26.061, Opinión Consultiva N° 17 de la Corte IDH.

12 Juzgado de Familia de la Nominación de Córdoba, “L. J. E. y otro s/ guarda no contencioso”, 07/10/2015, publicado en La Ley online AR/JUR/74630/2015.

circunstancias y con fundamento en el interés superior del hijo, transcurrido el plazo allí previsto, se podría solicitar la flexibilización de esas regulaciones con el requerimiento, mientras tanto, de medidas de no innovar.

Aclaradas hasta aquí las diferencias entre la “suspensión” y la “privación” de la responsabilidad parental, es necesario explicar cuál es la consecuencia jurídica aplicable en los casos en que se superponen distintas disposiciones que establecen, cada una de ellas individualmente consideradas, diversos efectos. Se trata de los supuestos incluidos en las áreas demarcadas con intersecciones de distintos conjuntos, es decir, de aquellas identificadas con los números 5, 6 (que está comprendido íntegramente dentro del área del subconjunto 5), 8 y 9.

Todos estos casos encuadran en el art. 12 del Código Penal y en el art. 702, inc. b del CCyCN y, *simultáneamente*, o bien en el art. 700 del CCyCN (así ocurre respecto del área identificada con el número 5, que alude a los casos de condena penal a prisión por más de tres años por delito doloso contra el hijo) o bien en el art. 700 bis CCyCN (casos de condena a prisión por más de tres años por delitos de lesiones gravísimas o abuso sexual contra el hijo o bien de lesiones gravísimas u homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género cometidos contra el otro progenitor —áreas identificadas con los números 6, 8 y 9—). Es más, en los casos comprendidos en el subconjunto identificado con el número 6, resultan aplicables todas aquellas disposiciones, es decir tanto los art. 12 del Código Penal y art. 702, inc. b, CCyCN, por un lado, como el art. 700 CCyCN (inc. a), y, finalmente, también el art. 700 bis CCyCN (inc. b, 2do supuesto, e inc. c)

Esta superposición de normas aplicables hace necesario establecer la consecuencia jurídica que resulta procedente porque, por lo dicho anteriormente, los arts. 700 y 700 bis del CCyCN dan lugar a la “privación” de la responsabilidad parental, mientras que la consecuencia aplicable para los casos previstos en el art. 12 del Código Penal y art. 702, inc. b del CCyCN es la “suspensión” del ejercicio de la responsabilidad parental.

A nuestro criterio, en estos casos de confluencia de normas debe aplicarse la consecuencia de la privación de la responsabilidad parental.

Ello no es así porque los supuestos de los arts. 700 y 700 bis del CCyCN representan normas especiales que primen sobre las normas más generales de los arts. 12 del Código Penal y art. 702, inc. b del CCyCN. Pues, como se aprecia en la imagen, los arts. 12 del Código Penal y art. 702, inc. b del CCyCN no reúnen todos los elementos del art. 700 ni del art. 700 bis del CCyCN, ni tampoco alguno de estos últimos reúne todos los elementos de aquellos.

La razón por la cual para nosotros prima la consecuencia de “privación” de la responsabilidad parental por sobre la consecuencia “suspensión” del ejercicio de dicha institución jurídica es porque llevaría a una interpretación asistemática de la ley entender que una persona que debía ser “privada” de la responsabilidad parental por ser condenada por un delito específicamente contemplado en los arts. 700 y 700 bis del CCyCN¹³ quede exenta de esa consecuencia más grave *solo por el hecho* de que la pena de prisión aplicable supere los tres años.

Para cerrar este apartado, es conveniente señalar una particularidad que existe entre los casos en los que los arts. 12 del Código Penal y art. 702, inc. b del CCyCN se superponen con el art. 700, inc. a, CCyCN (casos identificados en el gráfico en la zona de intersección que lleva el número 5), que no se presenta en los supuestos en los que la superposición ocurre con el art. 700 bis del CCyCN (zonas de intersección 6, 8 y 9). Sucede que, como ya fue mencionado, la privación de la responsabilidad parental a la que da lugar la condena penal por cualquier delito doloso contra el hijo (art. 700, inc. a, CCyCN) tiene efectos a partir de la sentencia que declare la privación de la responsabilidad parental (art. 700, último párr., CCyCN), mientras que la consecuencia a la que da lugar la aplicación de los arts. 12 del Código Penal y 702, inc. b del CCyCN (esto es, suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental) no requiere de una sentencia *posterior* a la condena penal que así lo establezca. En consecuencia, en el caso de una condena a prisión por más de tres años por un delito doloso contra el hijo *que no sea* de aquellos específicamente contemplados en el art. 700 bis del CCyCN, resultará aplicable la “suspensión” del ejercicio de la responsabilidad parental a partir del dictado de la condena penal firme y, con posterioridad, podrá ocurrir que se disponga, en otro proceso, la “privación” de la responsabilidad parental.

La salvedad efectuada en el párrafo anterior, en cuanto a que no se trate de un delito específicamente contemplado en el art. 700 bis del CCyCN, obedece a que, si fuera así, entonces, según lo dispuesto en la parte final de dicha regla, la privación de la responsabilidad parental operaría “de pleno derecho” con la condena penal firme, sin necesidad de una sentencia posterior que disponga la privación, como sí lo exige el último párrafo del art. 700 del CCyCN.

13 Debe aclararse que la “especificidad” de los arts. 700 y 700 bis del CCyCN puede ser *más o menos específica* (según sea, en el supuesto del art. 700, inc. a, de *cualquier* delito contra el hijo, o bien, en los supuestos del art. 700 bis, inc. b, 2do supuesto, e inc. c, CCyCN, de un delito contra el hijo que, en particular, sea por lesiones gravísimas o abuso sexual), pero siempre, en términos comparativos, es *más específica* que la mera condena por cualquier delito, a la que se refieren los arts. 12 del Código Penal y art. 702, inc. b, CCyCN.

Previo a finalizar el presente punto, estimamos necesario realizar ciertas observaciones respecto de la aplicación automática de la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental en los supuestos previstos en los arts. 702, inc. b del CCyCN y 12 del Código Penal.

En nuestra opinión, se debería realizar un análisis individualizado de cada caso antes de la aplicación de la consecuencia desarrollada.

En ese análisis sería conveniente que se escuche al hijo; se tenga en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez; se evalúe a través de un equipo interdisciplinario su situación y contexto¹⁴; se determine si existe relación directa entre la responsabilidad parental y el delito cometido por el progenitor; se examinen las posibilidades reales del progenitor privado de la libertad de efectuar ciertos actos que hacen al ejercicio de la responsabilidad parental y los obstáculos que se podrían remover para facilitar la realización de los mismos (por ej. establecer horarios más amplios de llamadas, disponer de espacios más reservados y adecuados cuando concurren niños pequeños limitando el tiempo de espera en esos casos, otorgar mayores permisos para concurrir a eventos escolares y turnos médicos de trascendencia para el hijo, decidir el traslado a establecimientos más cercanos al lugar de residencia del hijo).

Lo anterior permitiría resolver cada caso de conformidad al interés superior del hijo, luego de un escrutinio de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida de suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental.

Sobre el interés superior del niño, el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 14 aseveró que:

A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión sobre el niño [...] debe estar motivada, justificada y explicada [...]. Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado (párr. 97).

Destacamos que en la Resolución DGN N° 1597/12 de fecha 10/12/2012 se re-marcó que

[...]si la persona condenada se encuentra en condiciones de ejercitar y cumplir los derechos y deberes que le asigna el instituto de la patria potestad,

14 Cf. Regla N° 41 de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas en la Asamblea Plenaria de la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada 4, 5 y 6 de marzo de 2008.

y no constata en el caso en concreto una relación directa entre la responsabilidad parental y el delito cometido, en modo alguno podría sostenerse la legitimidad de una disposición que restrinja en forma automática su ejercicio.

Asimismo, y en atención al requisito de especialidad previsto en el art. 706, inc. b del CCyCN y en la Regla 40 de las citadas Reglas de Brasilia, consideramos que sería ventajoso que la decisión de la suspensión o no del ejercicio de la responsabilidad parental en el caso en particular se tome en un Juzgado de Familia.

III. La jurisprudencia de la CSJN sobre la validez constitucional del art. 12 del Código Penal

En el precedente dictado en la causa “González Castillo”¹⁵, la Corte Suprema revocó una decisión que había declarado la inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal en cuanto establece, entre otras consecuencias de las condenas a penas privativas de libertad superiores a tres años, la privación de la patria potestad mientras dure la pena (que, como ya ha sido dicho más arriba en este artículo, debe entenderse como alusivo a la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental).

Más allá de la mera verificación de que se trataba de una pena superior a los tres años de prisión y de la mención del delito por el cual había sido dictada la condena, el fallo de la Corte no precisa las circunstancias del caso. Ante todo, no surge ni siquiera el dato fundamental acerca de si la persona cuya responsabilidad parental estaba siendo restringida era o no progenitor de un niño. Aun suponiendo que, efectivamente, la persona condenada fuera titular de la responsabilidad parental de un niño, no se sabe si existía doble vínculo filial o, por el contrario, uno solo y, en su caso, quién permanecía al cuidado del niño. El caso tampoco permite saber si la condena penal a más de tres años implicaba, en las circunstancias concretas, la imposibilidad fáctica de que el progenitor, mientras cumplía la pena, conviviera con su hijo, por ejemplo, en prisión domiciliaria. Finalmente, no se sabe si, en el caso resuelto por la Corte Suprema, el niño había sido escuchado o si la decisión había atendido a su interés superior.

Sin embargo, por lo dicho en la parte final del apartado II, debe entenderse que la constitucionalidad de la consecuencia jurídica referida a la responsabilidad parental que prevén los arts. 12 del Código Penal y 702, inc. b del CCyCN depende de la previa determinación de los alcances de dicha consecuencia en el caso concre-

15 CSJN, “González Castillo, Cristián Maximiliano y otro s/ robo con arma de fuego”, rta. 11/05/2017, Fallos 340:669.

to, de acuerdo a un escrutinio de su razonabilidad y proporcionalidad a la luz del interés superior del hijo. Esto significa que la constitucionalidad de la restricción de los derechos y deberes vinculados a la responsabilidad parental depende de cuál sea, precisamente, en el caso particular, el alcance de dicha restricción.

De todas formas, también un análisis abstraído de las circunstancias concretas de un caso, es decir, asimilable a una decisión “de puro derecho”, permite efectuar algunas consideraciones críticas de lo resuelto por la Corte Suprema.

La primera consiste en que la Corte Suprema, tanto en los votos de los jueces que conformaron la mayoría (Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda), como los de quienes emitieron votos concurrentes (Rosatti y Rosenkrantz), respondió un planteo de inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal sin aludir a normas constitucionales, sino haciendo referencia a normas de la misma jerarquía que aquella cuya constitucionalidad había sido puesta en tela de juicio. La respuesta de la Corte Suprema al planteo de inconstitucionalidad consiste en la mención de la Ley de Ejecución de la pena privativa de la libertad N° 24.660, del Código Civil derogado y del Código Civil y Comercial de la Nación que rige actualmente (considerandos 7° y 8°, respectivamente, tanto del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda como del voto de los jueces Rosatti y Rosenkrantz).

Más allá de la respuesta a un planteo de inconstitucionalidad con invocación de normas de jerarquía inferior a la Constitución Nacional, es sumamente interesante que, respecto de algunas de ellas, la mayoría de la Corte Suprema (es decir, los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda) argumenta, con cita de los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, que se trataría de disposiciones de derecho privado adaptado a principios constitucionales, dado que, en palabras de la Corte, “la reforma legislativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación tiene entre sus finalidades primordiales propender a la adecuación de las disposiciones del derecho privado a los principios constitucionales” (considerando 9° del voto de la mayoría). Acerca de ello, debe decirse que el objetivo de adaptar el derecho privado a principios constitucionales es una finalidad que se atribuye a los fundamentos del anteproyecto, pero eso no implica, necesariamente, que los legisladores que aprobaron el Código Civil y Comercial de la Nación tuvieran en mente el mismo objetivo.

Pero aunque los legisladores hayan estado de acuerdo con los fundamentos del anteproyecto en cuanto a que la sanción del Código Civil y Comercial implicaría la adecuación de las disposiciones del derecho privado a los principios

constitucionales, eso no necesariamente significa que *efectivamente* las disposiciones del art. 702, inc. b, del Código Civil y Comercial sean la mejor “traducción” al derecho positivo codificado de principios constitucionales. En otras palabras, “el legislador” puede creer y actuar con la finalidad de que la norma que sanciona sea adaptada a la Constitución, pero de esa creencia o bien, de esa finalidad del legislador no se desprende que el objetivo haya sido alcanzado. Por ende, un planteo de inconstitucionalidad de una norma no puede responderse, por relación de transitividad, afirmando que otra norma asimilable, incluida en el Código Civil y Comercial, fue dictada con la intención de que sea acorde a la Constitución Nacional y que, por ende, la primera norma (tachada de inconstitucional) también sería acorde a la Constitución.

Por último, todos los jueces de la Corte Suprema (tanto quienes conformaron la mayoría en “González Castillo”, como quienes emitieron una decisión concurrente con aquella, siempre en el respectivo considerando 8º de cada voto) destacan que la regulación anterior al Código Civil y Comercial estaba redactada “en análogo sentido”, ya que el art. 309 del Código Civil que rigió hasta 2015 establecía que “*el ejercicio de la autoridad de los padres [...] también queda suspendido [...] en los supuestos establecidos en el artículo 12 del Código Penal*”. Entonces, si es así, requiere alguna aclaración adicional la expresión de la Corte Suprema cuando afirma, como ya se ha señalado, que:

[...] no puede perderse de vista que la reforma legislativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación tiene entre sus finalidades primordiales propender a la adecuación de las disposiciones del derecho privado a los principios constitucionales y, en particular, a los tratados de derechos humanos y derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad [...].

Esa necesidad de mayores aclaraciones surge porque, si la norma del nuevo Código Civil y Comercial opera “en análogo sentido” a la anterior sustituida en 2015, tal como lo afirma la Corte Suprema, entonces puede ser discutible la afirmación de que “se propendió a la adecuación del derecho privado a principios constitucionales”. Es decir, si la regulación actual del Código Civil y Comercial de la Nación en esta materia es análoga a la anterior sustituida, entonces se presentan dos alternativas: o bien *ya antes* de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación las normas que restringían la responsabilidad parental en casos de condenas superiores a tres años de prisión eran adecuadas a principios constitucionales y, por lo tanto, no hacía falta “*adecuar*” las disposiciones del derecho privado a los principios constitucionales, o bien las normas del

Código Civil derogado *no eran* adecuadas a esos principios constitucionales y, consecuentemente, tampoco lo son las disposiciones “en análogo sentido” que rigen, actualmente, en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Bibliografía

Herrera, Marisa y Agustina Bladilo. 2016. “Perspectiva contemporánea de una interacción incómoda: familias en plural y derecho penal”. En: Zaffaroni, Eugenio Raúl y Marisa Herrera. *El Código Civil y Comercial y su incidencia en el derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

Herrera, Marisa. 2015. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo IV, dirigido por Lorenzetti, Ricardo Luis. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Lloveras, Nora; Olga Orlandi y Gabriel Tavip. 2014. *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*. Tomo IV. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

RESPONSABILIDAD PARENTAL Y LEY DE EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Nº 24.660

Martina Gómez Romero

*Integrante de la Defensoría Pública Oficial Nº 22
en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal*

I. Introducción

La sanción de la ley 27.363 ha impuesto una serie de modificaciones respecto de la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental, tanto desde la perspectiva civil como desde la óptica de sus implicancias penales. En efecto, la ley introdujo nuevas causales penales de privación de la responsabilidad parental (art. 700 bis del CCyCN) y un nuevo supuesto penal de suspensión (art. 702, inc. e del CCyCN).

En el ámbito penal, y con independencia de su validez constitucional, la ley ya establecía un supuesto de suspensión de la responsabilidad parental para casos de condenas mayores a los tres años de prisión (art. 12 del Código Penal –en adelante, CP– y 702, inc. b, del Código Civil y Comercial de la Nación –en adelante, CCyCN–) y, un supuesto de privación de su ejercicio a condenas impuestas por la comisión de determinados delitos en los que los niños, niñas y adolescentes estuvieran directa o indirectamente afectados (arts. 700 y 700 bis del CCyCN).

Sobre esta base, en el presente artículo abordaremos los alcances que tienen las limitaciones de la responsabilidad parental durante la ejecución de la pena privativa de libertad y su compatibilidad, desde la perspectiva del interés superior del niño (art. 3 CDN) y el principio de reinserción social (arts. 5.6 CADH y 10.3 PIDCP), con ciertas modalidades de cumplimiento y estadios progresivos de la pena.

Para ello, analizaremos las disposiciones contenidas en la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad Nº 24.660 que se vinculan con las inhabilitaciones civiles de los condenados, entre las cuales particularmente se encuentran aquellas relacionadas con el ejercicio de la responsabilidad parental. Sin perjuicio de ello, es menester remarcar que las únicas normas de la ley 24.660 que se refieren a las inhabilitaciones civiles, lo hacen respecto de las que son consecuencia del

art. 12 del CP (personales y patrimoniales). Por ello, nuestro trabajo se centrará, primordialmente, en la suspensión de la responsabilidad parental por condena a pena de prisión mayor de tres años (inc. b) del art. 702 del CCyCN). No obstante, efectuaremos consideraciones pertinentes respecto de ciertos efectos que puede tener la privación de la responsabilidad parental por condena por los delitos mencionados tanto en el inciso a) del art. 700 como en los diferentes incisos del nuevo art. 700 bis del CCyCN durante la ejecución de la pena.

En este sentido, cabe resaltar una diferencia fundamental entre la suspensión y la privación por razones penales, que incide directamente en el objeto de nuestro estudio. Mientras que la suspensión cesa en forma automática al cumplirse el tiempo de la condena –circunstancia por la que se recobra inmediatamente el ejercicio de la responsabilidad parental–, la privación requiere para su cese la rehabilitación dispuesta judicialmente en el fuero civil de familia.

La importancia de esta distinción radica en lo siguiente: si sostenemos que la suspensión del art. 12 CP tiene una finalidad tuitiva y encuentra fundamento en obstáculos de índole prácticos para el ejercicio de la responsabilidad parental (al igual que la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos), superados estos, no restan razones para mantener la suspensión¹.

Contrariamente, para la rehabilitación de una privación de la responsabilidad parental se requiere un estudio y decisión por parte del órgano judicial, fundado en el interés superior de los hijos e hijas involucrados². Por lo tanto, en estos casos entran en juego circunstancias que exceden el mero cumplimiento de una pena privativa de libertad y las limitaciones físicas que el encierro conlleva para el ejercicio de ciertos derechos y obligaciones civiles. Sin perjuicio de ello, entendemos que la rehabilitación de la privación de la responsabilidad parental por condena penal puede proceder, siempre atendiendo al interés su-

1 Como veremos, en dicho sentido se dirige el art. 220 de la ley 24.660, por el cual cesa la suspensión de la responsabilidad parental durante el goce de la libertad condicional y la libertad asistida, pese a que la pena aún no arribó a su culminación.

2 En otras palabras, los supuestos de suspensión “[...] no se refieren a una medida de naturaleza sancionatoria como se postula en los casos de privación regulados. Las hipótesis de suspensión contemplan situaciones en que el progenitor no se halla efectivamente en condiciones de ejercer la responsabilidad parental” (Velo 2017, 807). Cabe efectuar una salvedad en este sentido con respecto al supuesto de suspensión introducido por la ley 27.363 en el inciso e del art. 702 del CCyCN frente al dictado del procesamiento penal o acto equivalente por la presunta comisión de alguno de los delitos mencionados en el artículo 700 bis. En este caso, la suspensión no es por imposibilidades prácticas de su ejercicio sino por fines de protección similares a los de la privación.

perior del niño, incluso durante el cumplimiento de la pena impuesta³. Esto es así por cuanto si bien parte de la doctrina sostiene que su imposición –sea por sentencia civil (art. 700) o condenatoria (art. 700 bis)– tiene fundamento en una respuesta sancionatoria a los padres, creemos que fundamentalmente es una medida protectora de los derechos e intereses de los NNyA⁴. Por lo tanto, si la rehabilitación responde al beneficio de los hijos, ella debe primar por sobre cualquier carácter punitivo que pudiera buscarse con la privación.

Así planteado, centraremos nuestro estudio en los efectos de la suspensión de la responsabilidad parental del art. 12 del CP en ciertas modalidades de la fase ejecutiva de la pena. Nos proponemos pensar en alternativas posibles para su inaplicabilidad en ciertas situaciones determinadas, por resultar obsoleta la consecución del objeto de la norma en la práctica.

II. La regulación del art. 12 del Código Penal en la ley 24.660: la “suspensión de la suspensión” y su posible inaplicabilidad

Como punto de partida del análisis, debemos tener en cuenta que la ley 24.660 fue invocada por la Corte Suprema como uno de los fundamentos para sostener la constitucionalidad del art. 12 del Código Penal. En “GC, CM”⁵, entendió que el legislador había ratificado la vigencia de las inhabilitaciones y suspensiones del art. 12 tanto al adoptar la ley 24.660 en el año 1996, que las reglamenta, como al no introducir cambios, cuando tuvo oportunidad de hacerlo, al reformar el sistema de privación y suspensión de responsabilidad parental del Código Civil mediante la ley 27.363. Respecto de la ley de ejecución penal, concretamente, la Corte expresó:

[...] corresponde recordar que la ley 24.660, de “Ejecución de la pena privativa de la libertad”, tuvo como uno de sus objetivos primordiales adecuar la legislación penitenciaria a los nuevos estándares en materia de derechos de los penados [...]. Dentro de este esquema, a partir de dicha ley, no solo no surge objeción alguna con relación al artículo 12 del Código Penal, sino que en ella

3 De igual modo sostenemos que el juez penal debe ponderar cualquier privación de la responsabilidad parental de un condenado o condenada al momento de resolver un instituto liberatorio o una modalidad de cumplimiento de pena, como ser el alojamiento en prisión de la madre con hijo menor de cuatro años o una prisión domiciliaria. Ello a fin de garantizar que el beneficio no conlleve una puesta en peligro de la integridad o derechos de los NNyA afectados.

4 En igual sentido, lo entienden Olmo (2009), Petrillo (2017), Parodi (2018), entre otros.

5 CSJN, “González Castillo, Cristian Maximiliano y otro s/robo con arma de fuego”, resuelta. 11/05/2017, Fallos 340:669.

explícitamente se reglamentó cómo debía proveerse a la representación del condenado en los términos de dicha regla (conf. loc. cit. artículo 170).

La reglamentación a la que alude la Corte se limita a lo dispuesto en el art. 170 de la ley 24.660, el cual regula la parte *in fine* del art. 12 del CP que establece que “[e]l penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces”. En dicho sentido, el art. 170 estipula que: “[e]n defecto de persona allegada al interno designada como curador o susceptible de serlo, se proveerá a su representación jurídica, en orden a la curatela prevista en el artículo 12 del Código Penal”.

En los términos de la legislación civil vigente y conforme al paradigma actual que rige en torno a la discapacidad, se entiende que el condenado, por regla, conserva su capacidad general y que solo se lo priva de los derechos apuntados en el art. 12 CP. En función de ello, es una persona con capacidad de ejercicio restringida. Por otro lado, con respecto a la representación jurídica en caso de no contar con un allegado curador, el juez civil puede disponer que la misma sea ejercida por el representante oficial de incapaces en el ámbito federal.

Ahora bien, una de las críticas fundamentales que puede hacerse al fallo de la Corte es el siguiente: mediante una fundamentación aparente, el tribunal supremo sostuvo la constitucionalidad del art. 12 sin adentrarse en el análisis de su compatibilidad con los principios constitucionales invocados y el nuevo paradigma de restricción de la capacidad, anulando el control de constitucionalidad y convencionalidad que le compete (definido por el art. 31 CN) mediante una suerte de delegación del mismo al Poder Legislativo. En otras palabras, el hecho de que el legislador no haya modificado la norma de 1921 en oportunidades posteriores y que, incluso, la haya reglamentado en el art. 170 de la ley 24.660, fue argumento suficiente para la Corte para afirmar que el art. 12 no contraría derechos constitucionales porque la pretensión del legislador fue adecuar las leyes a estándares internacionales.

Sin embargo, pese a lo arbitrario e infundado del fallo, lo cierto es que la Corte da una pista –quizás de manera involuntaria– para pensar, no ya exclusivamente en la inconstitucionalidad de la norma, sino en su inaplicabilidad en situaciones determinadas. En efecto, la Corte sostuvo seguidamente que:

Asimismo, y con el claro objetivo de evitar que la consecuencia examinada pudiera obstaculizar de algún modo el reingreso a la vida social del penado, la ley referida ordena que las inhabilitaciones del artículo 12 del Código Penal queden “suspendidas cuando el condenado se reintegrare a la vida libre me-

diante la libertad condicional o la libertad asistida” (conf. loc. cit. artículo 220) (considerando 7º).

La Corte intentó justificar la compatibilidad del art. 12 con el principio de re-inserción social –el cual, conforme los arts. 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCP, es el fin constitucional de la ejecución de las penas (art. 75 inc. 22 CN)– al hacer la salvedad de que las inhabilitaciones civiles se suspenden cuando el condenado se reintegra al medio libre mediante los dispositivos liberatorios de los arts. 13 del CP (libertad condicional) y 54 de la ley 24.660 (libertad asistida). En efecto, la ley 24.660 reformó el art. 12 del CP por cuanto si bien dicha norma establece que la condena a una pena de prisión por más de tres años conlleva las inhabilitaciones civiles *mientras dure la pena*, el art. 220 de la ley 24.660 permite recobrar los derechos y obligaciones suspendidos antes de su culminación.

De este modo, técnicamente se produce esta “*suspensión de la suspensión*” (en los estrictos términos del art. 702, inc. b, del CCyCN y del art. 220 de la ley 24.660), ya que se recobra la responsabilidad parental pero supeditado al cumplimiento del régimen de liberación vigilada. El art. 220 es claro en cuanto plantea que durante estos regímenes las inhabilitaciones civiles *quedarán suspendidas* y no que las mismas cesarán definitivamente como sí sucede al cumplir enteramente la pena. En caso de que la libertad condicional o asistida fueran revocadas, la persona condenada reingresará a prisión (art. 15 del CP y art. 56 de la ley 24.660) y volverá a tener las inhabilitaciones civiles del art. 12 del CP.

El criterio del legislador en el art. 220 es lógico atendiendo al fin de la norma: si el objetivo al establecer las inhabilitaciones fue de naturaleza tutelar y no punitivo, y responde a los obstáculos físicos que tiene el condenado tanto para ejercer la responsabilidad parental como para administrar sus bienes e, incluso, ejercer su derecho al voto (art. 19, inc. 2, del CP y art. 3, inc. e, del Código Nacional Electoral), es razonable que las mismas cesen cuando dichos impedimentos prácticos dejan de existir. Así, si el fundamento es la restricción de la libertad ambulatoria, recobra mediante la inclusión en los regímenes de libertad condicional y de libertad asistida, se recuperan asimismo los derechos y obligaciones civiles suspendidos.

Pero esta lógica nos permite ir más lejos. Si la Corte admite que al recobrar la libertad ambulatoria, desaparecen los impedimentos físicos y corresponde que se recobren los derechos; probado que los mismos puedan ser ejercidos desde la privación de libertad o durante otras alternativas de cumplimiento de la pena, se concluye que también corresponde recuperarlos.

En definitiva, si el ejercicio de estos derechos y obligaciones es posible incluso

desde la privación de la libertad, no hay razón para impedirlo y la norma del art. 12 resulta inaplicable al caso en concreto, por no subsistir su propósito tuitivo. Entender lo contrario es admitir el carácter punitivo accesorio de las inhabilitaciones o adjudicarlas a la idea de “muerte civil” del condenado, como persona no apta moralmente para ejercer derechos civiles y políticos, lo cual no supera ningún test de constitucionalidad y obliga a su declaración de invalidez. Este último fue el razonamiento de la mayoría de los integrantes de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa “GC, CM”, entre otras, al declarar la inconstitucionalidad del art. 12 del CP, resolución que luego fuera recurrida por el Fiscal General y resuelta por la Corte Suprema⁶.

Ahora bien, esta vez la Corte decidió en forma expresa no pronunciarse respecto de la discusión relativa a si la accesoria impugnada constituye una “pena” o una mera consecuencia de carácter tutelar que acompaña a las penas más graves (considerando 6º). Sin embargo –y pese a que lo hace sin mayores fundamentos–, niega el carácter afflictivo de las inhabilitaciones (considerandos 6º y 8º), remarca que recuperada la libertad ambulatoria se recobra el derecho (art. 220 de la ley 24.660) y afirma que lo que motivó al legislador para mantenerlas fue “la mejor protección del interés superior del niño” (considerando 9º). Por lo tanto, pareciera enrolarse en la adjudicación de una naturaleza tutelar a las disposiciones del art. 12 del CP y no en una de carácter sancionatoria. Esto, a su vez, le permitió insistir con su compatibilidad constitucional y convencional, la cual sería insostenible en caso de admitir su afflictividad.

Visto desde esta perspectiva, la función de la suspensión de la responsabilidad parental es proteger el interés superior del niño cuando el progenitor condenado tiene impedimentos prácticos para ejercerla por su privación de libertad. Por lo tanto, si los derechos y obligaciones pueden de todos modos ser ejercidos y ello es compatible con valores supremos como son el interés superior del niño y el principio de reinserción social, el art. 12 del CP no tiene razón de ser y resulta inaplicable al caso en concreto.

6 Este criterio también fue sostenido por la Cámara Nacional Electoral al declarar la inconstitucionalidad de la restricción del derecho al voto de las personas condenadas en la causa “Procuración Penitenciaria de la Nación y otro c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior y Transporte s/ amparo - Acción de Amparo Colectivo (Inconstitucionalidad arts. 12 y 19 inc. 2º C.P. y 3º inc. e, f y g C.E.N.)” (Expte. Nº CNE 3451/2014/CAI), resuelta el 24 de mayo de 2016. El tribunal entendió que “[s]e trata de inhabilitaciones aplicables por la sola condición de ser “condenado o sancionado”, sin mérito de los hechos y circunstancias de cada caso, con lo cual adquieren un carácter represivo adicional a la sanción penal impuesta”.

En consecuencia, así como la reglamentación del art. 12 del CP por parte de la ley 24.660 sirvió de argumento para la Corte para sostener su constitucionalidad, la invocación de su art. 220 abre la puerta para pensar en su inaplicabilidad a medida que se recupera la libertad ambulatoria y, por qué no, incluso cuando la privación de libertad no sea un obstáculo para su ejercicio. Ello, tanto en función del interés superior del niño como del principio de reinserción social.

III. La interacción del interés superior del niño y el principio de reinserción social en la responsabilidad parental

Cabe preguntarse ahora de qué forma concurren y se articulan estos dos valores constitucionales a fin de que permitan tornar obsoleto el pretendido objetivo tutelar del art. 12 del CP.

Primero, cabe remarcar que la ley 24.660 –al igual que todos los instrumentos internacionales de *soft law*⁷ relativos a los derechos de las personas privadas de la libertad– reconoce en la vinculación familiar y el fortalecimiento de los lazos familiares y sociales tanto un derecho del condenado como una herramienta de reinserción social. Así, el art. 168 dispone que las relaciones del interno con su familia, en tanto fueren convenientes para ambos y compatibles con su tratamiento, deberán ser facilitadas y estimuladas.

Por otro lado, al incluir dentro del régimen de progresividad penitenciaria el dispositivo de salidas transitorias, como una de las herramientas de reinserción social progresiva, el legislador previó, en el art. 16, inc. II, ap. “a”, el afianzamiento y mejoramiento de los lazos familiares y sociales como uno de sus supuestos de procedencia. Asimismo, al instituir el régimen de semidetención expresamente, estableció en el art. 39 que la fracción de encierro debe permitir el cumplimiento de las obligaciones familiares del condenado.

En esa dirección, el decreto 1136/97 que reglamenta el capítulo XI de la ley

7 Entre estos, destacamos principalmente: CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, adoptados por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26; ONU, *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes* (Reglas de Bangkok), aprobadas por la Asamblea General, 65º período de sesiones, Resolución 65/229, 16 de marzo de 2011; ONU, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos* (Reglas Mandela), aprobadas por la Asamblea General, Resolución 70/175, anexo, 17 de diciembre de 2015; y ONU, *Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos*, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955.

24.660 relativo a las “Relaciones familiares y sociales” (artículos 158 a 167) plantea entre los supuestos de “visitas de consolidación familiar” aquella que se celebra entre padres e hijos y se estipula su finalidad de consolidación y fortalecimiento de las relaciones del interno con sus familiares más directos (art. 51 Dec. Reg. 1136/97). A su vez, el art. 52 en sus dos primeros incisos establece, entre las modalidades esenciales de estas visitas, la reunión familiar en ocasión de fechas significativas para el interno o su familia (inc. a) y la visita individual del hijo mayor de catorce (14) años y menor de dieciocho (18) años a su padre o a su madre (inc. b). A su turno, el art. 54 aclara que la visita prevista en el art. 52, inciso b tiene por finalidad brindar la oportunidad de que el interno, sin la presencia de otros familiares, pueda dialogar directamente con su hijo sobre la problemática inherente a su edad.

Por último, y en lo que nos interesa, el art. 166 de la ley penitenciaria autoriza al progenitor a ser trasladado en caso de enfermedad o accidente grave o fallecimiento de sus hijos, para cumplir con sus deberes morales.

Todo esto permite mostrar la importancia y valor que el legislador otorgó a la vinculación familiar, en modo genérico, y a aquella paterna/materna-filial, en modo particular, al reglamentar el principio de reinserción social constitucional a través de la ley 24.660⁸.

Pero además de consistir en un factor fundamental de resocialización, porque coadyuva y pacifica el retorno al ámbito familiar y comunitario, lo cierto es que es, a su vez, un derecho y una obligación encubierta. En efecto, el mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares no solo es un derecho de la persona privada de libertad, sino que, aunque esté previsto como una actividad voluntaria y no obligatoria conforme el art. 5º de la ley, deberá ser valorado favorablemente por el organismo técnico criminológico del establecimiento penitenciario (concretamente la Sección de Asistencia Social) al momento de calificar su concepto (cfme. arts. 49, 60 y 62 inc. III del Decreto 396/99). A su vez, dicha calificación servirá de base para la aplicación de la progresividad del régimen, el otorgamiento de salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, libertad asistida, conmutación de pena e indulto (art. 104 ley 24.660).

8 En su redacción primaria (1996) el art. 1º de la ley 24.660 establecía que: “La ejecución de la pena privativa de 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 régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada”.

Por lo tanto, es innegable el doble carácter que tiene el derecho del condenado a sostener y fortalecer sus relaciones familiares con sus hijos. Por un lado, le representa el derecho a ejercer, dentro de sus posibilidades de privación de libertad, su paternidad o maternidad y, por qué no, a hacer todo aquello que se encuentra a su alcance para que su hijo se encuentre en las mejores condiciones posibles. Y, por el otro lado, es su derecho que su vinculación y comunicación con sus hijos le sean valoradas favorablemente en el marco de su régimen de progresividad penitenciaria para acceder paulatinamente a estadios de encierro morigerado o liberaciones condicionadas⁹.

En definitiva, recobrar la responsabilidad parental para el progenitor condenado, en la medida de sus posibilidades físicas, se traduce en un innegable derecho.

Por otro lado, el artículo 3 inc. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los tribunales, entre otros, a atender al interés superior del niño en todas aquellas decisiones en las cuales se encuentren involucrados menores de edad¹⁰. En virtud de ello, es tarea de la jurisdicción que controla la ejecución de las penas efectuar siempre una ponderación de derechos –entre el derecho del condenado a su reinserción social y el interés superior del niño– cuyo resultado debe ser la primacía del interés superior del niño.

Es decir, en tanto y en cuanto la decisión relativa al ejercicio de la responsabilidad parental en cualquiera de sus aspectos, o a la inclusión de una modalidad de cumplimiento de pena o de liberación vigilada beneficie a los hijos e hijas de la persona condenada, el juez debe resolver concediéndola.

Esto, a su vez, conllevará necesariamente el reconocimiento del condenado de su derecho a reinsertarse en su vida social y comunitaria; pero consideramos que el art. 3, inc. 1, CDN puede relativizar los arts. 5.6 CADH y 10.3 PIDCP cuando la decisión ponga en peligro los intereses de los NNyA. En dicho caso, de ser posible, deberá optarse por otras medidas que garanticen al condenado su reinserción social o menor aflicción del encierro carcelario, pero que no atenten contra el interés superior del niño¹¹.

9 Por su parte, las Reglas de Bangkok establecen que “[a]l adoptarse decisiones relativas a la puesta en libertad condicional anticipada se tendrán en cuenta favorablemente las responsabilidades de cuidado de otras personas de las reclusas y sus necesidades específicas de reinserción social” (regla 63).

10 En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “S., C. s/ adopción”, rta. el 02/08/05, *Fallos* S. 1801. XXXVIII; 328.

11 Lo cierto es que, si de responsabilidad parental se trata, su eje vertebral es el interés superior

Sobre la base de esta idea, a continuación abordaremos dos supuestos previstos en la legislación penitenciaria nacional, los cuales conllevan la residencia del progenitor condenado con el hijo o hija, en cuyo caso la inaplicabilidad del art. 12 CP antes aludida se torna evidente. Asimismo, examinaremos las limitaciones que surgen para estas alternativas cuando el cese del ejercicio de la responsabilidad parental es en función de una privación por los arts. 700 o 700 bis del CCyCN.

IV. El encierro carcelario y domiciliario con hijos: derogación tácita del art. 12 del Código Penal

La permanencia de los hijos e hijas junto a su progenitor condenado, ya sea en la prisión (art. 195 ley 24.660) o en encierro domiciliario (art. 32 inc. f ley 24.660), es muestra de que aspectos esenciales de la responsabilidad parental pueden ejercerse, incluso, ante la imposición de una condena mayor de tres años. Es decir, estos supuestos –al igual que la libertad condicional y la libertad asistida, tal como el propio legislador lo advirtió al reglar el art. 220– evidencian que no hay necesidad de limitar la responsabilidad parental en forma genérica y absoluta, sino evaluar cada caso en concreto.

Al establecer las disposiciones concernientes a los establecimientos penitenciarios para mujeres, la ley 24.660 previó la posibilidad de que la mujer privada de libertad pueda retener consigo a sus hijos menores de cuatro años¹². Así, hasta tanto no cumpla la edad de cuatro años, circunstancia frente a la cual el otro progenitor se hará cargo de él o ella en el medio libre (art. 196¹³), el hijo o hija perma-

del niño. Es sobre la base de este principio que el Código Civil lo regula y, por ello, dejar sin efecto su suspensión (al igual que rehabilitar la privación) solo puede responder a un probado beneficio para los hijos e hijas involucrados.

12 El art. 195 reza: “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”. A nivel regional, disposiciones de esta naturaleza se repiten en todas las legislaciones penitenciarias, como ser: art. 26 de la ley 2298 de ejecución penal de Bolivia (prevé el alojamiento de menores de seis años junto a madre o padre); art. 210 del Código de Ejecución Penal de Paraguay (alojamiento de menores de cuatro años con madre); art. 89 de la Ley 7210 de ejecución penal de Brasil (alojamiento de menores de siete años con madre); art. 19 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios de Chile (D/MINJU N°518/98) (alojamiento de lactantes de hasta dos años de edad con madres); y art. 29 del Decreto-Ley N°14.470 de Uruguay (alojamiento de menores de cuatro años y, excepcionalmente, hasta los ocho años, junto a su madre).

13 A su vez, el art. 196 estipula: “Al cumplirse la edad fijada en el artículo anterior, si el progenitor no estuviere en condiciones de hacerse cargo del hijo, la administración penitenciaria dará intervención a la autoridad judicial o administrativa que corresponda”.

nerará junto a su madre en encierro carcelario bajo sus cuidados permanentes.

La alarma que se manifestó en el escenario internacional respecto de la problemática del alojamiento de mujeres en establecimientos carcelarios, y de ellas con sus hijos¹⁴, que luego se reflejaría en la adopción de las Reglas de Bangkok en 2010¹⁵, dio pie para que en el año 2009 el Congreso Nacional reforme mediante la ley 26.472 (B.O. 20/1/2009) las normas de la ley 24.660 y del Código Penal relativas a la prisión domiciliaria. Ello, a fin de dar una alternativa para que la mujer embarazada y la mujer madre con los niños no permanezcan en la cárcel sino en su domicilio, preservando por un lado el vínculo materno-filial –que fue lo que buscó el legislador al reglar el art. 195– y garantizando, en la medida de lo posible, el principio de trascendencia mínima de la pena y el interés superior del niño.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que las disposiciones de encierro carcelario de hijos junto a madres continúan vigentes tanto en la legislación nacional como en muchos ordenamientos penitenciarios provinciales y que, cuando las jurisdicciones no hacen lugar a la prisión domiciliaria, por la razón que sea, dicha modalidad de cumplimiento se sigue dando. Es así como la madre ejerce todos los deberes de cuidado cotidianos de su hijo o hija dentro del ámbito penitenciario y toma todas las decisiones que están a su alcance respecto de este.

En este supuesto, se da una derogación tácita, aunque parcial, de la suspensión de la responsabilidad parental. Técnicamente, esta fue la segunda reforma que hizo la ley 24.660 al art. 12 del CP –si tomamos como la primera la ya vista suspensión durante el goce de las libertades vigiladas (art. 220)– toda vez que representa una excepción a la regla genérica de restricción total del ejercicio de la responsabilidad parental.

Cabe tener en cuenta que la decisión de alojamiento de menores con madres no deriva de un contradictorio en los términos del art. 491 del CPPN, sino que se resuelve administrativamente y sin intervención judicial. En este sentido, surge cuestionarnos si no debiera darse vista al defensor de menores a fin de evaluar si efectivamente esta modalidad responde al interés superior del niño, teniendo

14 En la Resolución 58/183 del 22 de diciembre de 2003 titulada “Los derechos humanos en la administración de justicia”, la Asamblea Gral. de la ONU invitó a que se prestara mayor atención a la cuestión de las mujeres que se encontraban en prisión, incluidas las cuestiones relativas a sus hijos, con el fin de identificar los problemas fundamentales y los modos de tratar de resolverlos.

15 El 21 de diciembre de 2010 la Organización de las Naciones Unidas adoptó los primeros estándares internacionales específicamente relacionados con las mujeres privadas de libertad (Reglas de Bangkok).

en cuenta sus costos y beneficios, y a fin de que se certifique que no existen otras restricciones al ejercicio de la responsabilidad parental, como puede ser una privación, la cual obstaría la procedencia del alojamiento del niño con la madre en la prisión. Por otro lado, si bien otras legislaciones prevén el alojamiento de niños tanto junto con la madre como con el padre, la nuestra solo la establece para la mujer progenitora. Esto responde a una concepción según la cual el vínculo materno-filial durante los primeros años de vida reviste una trascendencia tal que no tiene el vínculo entre personas de otros géneros con el niño, y que es la mujer la indicada para ejercer los deberes de cuidado. Esta concepción no resiste ante tantas excepciones, lo cual da lugar a pensar en la posibilidad de que el niño conviva con su progenitor en el ámbito carcelario, sea del género que fuere, en tanto y en cuanto le represente un beneficio o, cuanto menos, un menor perjuicio¹⁶. Sin embargo, gracias a la reforma realizada al instituto de la prisión domiciliaria, en principio ello ya no resulta necesario.

En efecto, la tercera reforma que se hizo al art. 12 CP tuvo lugar en el año 2009 mediante la modificación que la ley 26.472 realizó a la ley nacional penitenciaria y al Código Penal. De ahí en más, el art. 32 de la ley 24.660, al igual que el art. 10 del CP en idéntico sentido, pasó a prever un total de siete supuestos de procedencia de detención domiciliaria en seis incisos; a diferencia de los dos supuestos clásicos que hoy continúan estipulados en los incisos b y d¹⁷. Esto significó el reconocimiento del legislador de que determinadas situaciones por razones humanitarias ameritan la flexibilización del ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, mediante la sustitución de los muros de la prisión por los muros del domicilio¹⁸.

Así, en función de la gravedad en clave humanitaria que representa para el

16 En este sentido, la observación preliminar nº12 de las Reglas de Bangkok establece que “[a]lgunas de las presentes reglas se refieren a cuestiones que interesan a reclusos de ambos sexos, como las relativas a las responsabilidades maternas y paternas [...]” en virtud de que “[...] se debe reconocer la función determinante de ambos padres en la vida de los niños. Por consiguiente, algunas de las presentes reglas se aplicarían igualmente a los reclusos y delincuentes que son padres”.

17 El art. 32 en su redacción actual reza: “El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: a) Al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) Al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) Al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) Al interno mayor de setenta (70) años; e) A la mujer embarazada; f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo”.

18 Para un mayor desarrollo, ver Arocena y Cesano (2015).

Estado mantener en encierro carcelario a personas que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad, se previó esta modalidad de cumplimiento de pena dando preeminencia a los siguientes principios: que el encierro carcelario sea menos aflictivo por la especial situación de vulnerabilidad que atraviesa el condenado y que la pena no sea cruel, inhumana ni degradante (incisos a, b, c y d); la trascendencia mínima de la pena (incisos e y f); la protección de la maternidad (incisos e y f); el interés superior del niño (inciso f); y la especial protección de los derechos de la persona con discapacidad (incisos c y f).

De esta manera, en virtud del inciso f del art. 32 nos encontramos frente a dos nuevas situaciones en las cuales el cumplimiento de pena conlleva la residencia del progenitor junto a su hijo (ya sea por el supuesto etario como por padecer el hijo una discapacidad) y donde ejercerá cotidianamente varios de los aspectos de la responsabilidad parental.

Cabe aclarar que, si bien parte de la doctrina entiende que los supuestos del art. 32 son taxativos y que no se admite la inclusión de otros (Arocena y Cesano 2015, 52), afortunadamente la jurisprudencia extendió la procedencia de la prisión domiciliaria a otros casos, por lo cual no hay dudas de que puede plantearse el otorgamiento de dicha modalidad al progenitor, sea de cualquier género, de hijos menores de cinco años¹⁹ o a cuyo cargo se encuentra una persona con discapacidad²⁰. Asimismo, puede pensarse en su concesión a la madre o padre de hijos mayores de cinco años²¹ y al progenitor cuyos hijos se encuentran a cargo del otro pero que, debido a la necesidad de este último de proveer al grupo familiar mediante el fruto de su trabajo o no poder hacerse cargo de los hijos por un problema de salud, es beneficioso que el condenado permanezca al cuidado del grupo en el domicilio²². Por su parte, la Corte Suprema en *Fallos* 336:720 se expidió favorablemente respecto de la prisión domiciliaria a la madre lactante, pese a que su pareja mujer también permanecía en el domicilio²³.

19 CNCP, Sala 3, “C., J. A.”, reg. n° 1031/2016, del 20/12/2016; CNCP, Sala 3, “S. C., L.”, reg. n° 476/2018, del 03/05/2018. Ver también TOCF I de Rosario, causa n° FRO 81000022/2010/3, del 7/4/2017, entre muchos otros.

20 CFCP, Sala II, “A, WME”, causa n° FCR 4736/2013/18/CFC9, del 6/4/2017.

21 CCC 71814/2015/2/CNC4, “R., M. A.”, del 22/2/2017.

22 CNCP, Sala 3, “S, A.”, reg. n° 677/2018, del 14/06/2018.

23 Para un estudio profundizado de la jurisprudencia relacionada con supuestos no incluidos en la norma, ver “Prisión domiciliaria y niños. Algunos estándares a partir de la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional” (Trejo 2018). Asimismo, ver el Boletín de Jurisprudencia sobre “Prisión Domiciliaria (2016 - 2018)”, de la Secretaría General de

Sin perjuicio de ello, la reticencia judicial al apartamiento de la letra de la ley obliga a hacer un doble esfuerzo probatorio para demostrar que el pedido responde en forma evidente al interés superior del niño o niños involucrados.

Esta ampliación del supuesto de prisión domiciliaria previsto en el inciso f del art. 32 es una muestra clara de que el eje que debe motivar las decisiones judiciales es el interés superior del niño. Y es en función de ello que la suspensión de la responsabilidad parental pierde nuevamente su efecto.

V. Conclusión

A medida que los obstáculos físicos que existen entre progenitor e hijo se disipan, lo cual sucede en las situaciones que vimos de libertades condicionadas (art. 220), alojamiento en prisión con hijo (art. 165) y prisión domiciliaria (art. 32 inc. f), no hay razón para mantener los impedimentos del art. 12 del Código Penal. Esto fue reconocido por el legislador al reglamentar el art. 12 del CP en la ley 24.660.

Esta lógica también debería extenderse al goce de los regímenes transicionales como son las salidas transitorias, la semilibertad, la prisión discontinua y la semidetención, toda vez que, aunque la residencia junto con el hijo no es permanente, la responsabilidad parental puede ejercerse durante las fracciones de tiempo en el domicilio.

Pero además, aunque no hubiera residencia con el hijo, si el encierro carcelario aún permite la toma de decisiones respecto de su vida –al igual que la administración de sus bienes–, tampoco existe motivo para impedirla. Muestra de ello es la decisión del legislador de 1921 al establecer que la restricción del art. 12 solo opera respecto de condenas mayores a los tres años de prisión. Si previó que en las penas iguales o menores a los tres años la responsabilidad parental se mantiene, quizás significa que no es tanto un tema de falta de contacto físico sino de duración en el tiempo²⁴.

Afortunadamente, el reconocimiento del interés superior del niño como eje

Capacitación y Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa, septiembre de 2018.

24 En estos casos, la persona condenada se verá impedida de ejercer la responsabilidad parental en ciertos aspectos, como ser el deber de cuidado rutinario de los hijos, pero conservará otros derechos como ser las decisiones respecto de ellos en las cuales sea obligatorio el consentimiento de ambos progenitores, presumiéndose el consentimiento del condenado en los restantes frente a la decisión unipersonal del otro. Asimismo, conservará la posibilidad de delegar la responsabilidad parental en un tercero o establecer una división de funciones parentales con el otro progenitor. Igual situación se da durante la prisión preventiva.

determinante en la toma de decisiones judiciales que involucren a niños, niñas y adolescentes impacta en la jurisprudencia flexibilizando la regla del art. 12 y permitiendo excepciones que facilitan el ejercicio de los cuidados parentales de las personas condenadas para con sus hijos, en beneficio de estos.

En función de ello, entendemos que a la luz del interés superior del niño y, también, en virtud del principio de reinserción social, la suspensión a la responsabilidad parental por condena debiera ser evaluada previamente a su aplicación, en función de cada situación particular y de modo excepcional. Pero dado lo automático y genérico de la previsión del art. 12 del CP (y también aquella del artículo 702 inciso b del CCyCN), cabe pensar en la posible inaplicabilidad de la norma en el caso en concreto cuando pierde su razón de ser.

Bibliografía

Arocena, Gustavo A. y José D. Cesano. 2015. *La prisión domiciliaria*. Buenos Aires: Hammurabi.

Di Corleto, Julieta y Marta Monclús Masó. 2009. “El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de niños menores de cinco años”. En Gabriel I. Anitua, e Ignacio F. Tedesco (comp.), *La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto.

Olmo, Juan Pablo. 2009. “La privación de la responsabilidad parental como medida de protección de los niños y adolescentes. Su proyección sobre la causal de abandono (307, inc. 2º, CCiv.)”. *LLBA* 2009–731.

Parodi, María Cecilia. 2018. “A propósito del nuevo esquema de ejercicio de responsabilidad parental luego de la sanción de la ley 27.363 y de la postura adoptada recientemente por la Corte Suprema de Justicia en torno al art. 12 de Código Penal”. *Revista de Derecho de Familia y Persona* 2018 (mayo), 102. Cita online: AR/DOC/218/2018.

Petrillo, Paola M. 2017. “Comentario a la ley 27.363”. *Anales de Legislación Argentina*, 2017–8, 25. Cita online: AR/DOC/1790/2017.

Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa. 2018. “Boletín de Jurisprudencia sobre Prisión Domiciliaria (2016 - 2018)”. Consultado 12 de febrero de 2019. <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Boletines/2018.09.%20Prisi%C3%B3n%20domiciliaria.pdf>

Trejo, Lisy. 2018. “Prisión domiciliaria y niños. Algunos estándares a partir de la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional”. *Revista Ícaro de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad y el Encierro*, 12 (9): 255–292.

Veloso, Sandra F. 2017. “Nuevas pautas y modificaciones de la suspensión y privación de la responsabilidad parental como consecuencia de la ley 27.363”. *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, octubre 2017: 807–818.

Documentos de organismos internacionales

CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, adoptados por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26.

ONU, *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes* (Reglas de Bangkok), aprobadas por la Asamblea General, 65º período de sesiones, Resolución 65/229, 16 de marzo de 2011.

ONU, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos* (Reglas Mandela), aprobadas por la Asamblea General, Resolución 70/175, anexo, 17 de diciembre de 2015.

ONU, *Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos*, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955.

EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN CONTEXTO DE ENCIERRO

Inés Aldanondo

Secretaria letrada a cargo del Programa para la Asistencia Jurídica a Personas Privadas de Libertad de la Defensoría General de la Nación

Jennifer se despertó esa madrugada con el llanto de Nahuel y antes que nada extendió su mano para tocar la frente de su hijo: había estado con fiebre hasta hace un día, pero se tranquilizó cuando lo notó con temperatura normal. Lo alzó y comenzó a caminar de un lado a otro acunándolo y susurrándole canciones hasta que después de unos minutos él volvió a dormirse. Lo dejó en su cuna, y como ya no podía conciliar el sueño de vuelta, pensó que podía ir adelantado parte del almuerzo para evitar después cocinar con Nahuel en brazos. Cuando terminó, previendo que se acercaba el fin de semana y, con ello, la visita de Jazmín, su hija mayor, preparó su torta preferida mientras Nahuel aún dormía. Pensaba, mientras tanto, si no sería conveniente que su hijo pasara unos días con Jazmín en casa de su abuela, porque la mancha de humedad en la pared cerca de su cama le hacía dudar si la fiebre y la bronquiolitis que había padecido estos días no tendrían algo que ver con ella.

Cuando Nahuel se despertó tenía la decisión tomada y se dispuso a organizar lo necesario para su partida, con una nota para su mamá explicando los horarios y remedios que debía darle. En eso estaba cuando se acercó la ayudante de quinta Gutiérrez, que le dijo bruscamente:

–¡Fernández! Le bajaron los cómputos, tiene condena firme ya –y le entregó un papel que Jennifer se quedó mirando sorprendida, sin comprender mucho al principio.

Claro, Jennifer estaba privada de su libertad en una unidad penitenciaria que le permitía estar allí junto a su hijo y recordó que su defensor le había informado que su causa estaba en Casación, y que estaban esperando que resolvieran un recurso que habían interpuesto para bajar la condena que le habían dado en

el juicio oral; pero como esto había ocurrido ya hace varios meses, la noticia la tomó un poco de sorpresa.

Antes de que la ayudante siguiera su recorrido, le comentó que quería que cuando viniera su madre con su hija de visita al día siguiente se llevaran unos días a Nahuel, por lo que necesitaría firmar las autorizaciones de costumbre. Su madre ya había retirado muchas veces a Nahuel para que pasara algunos días fuera de la unidad con ella y Jazmín, así que Jennifer tenía claro los trámites a realizar. Sin embargo, la respuesta de la ayudante de quinta Gutiérrez la descolocó:

–Mire Fernández que usted ahora está condenada a 4 años y 2 meses, así que ya no puede autorizar más a sus hijos, ni tomar más decisiones..., necesita un curador... o que su madre tramite la guarda... –le dijo con firmeza.

–Pero si yo estoy acá con mi hijo desde que nació, hace 10 meses, y nunca tuve ningún problema... y Jazmín viene con mi mamá, yo siempre le hice la autorización para entrar sin que nadie me dijera nada..., viene todos los fines de semana... –le replicó Jennifer, sin entender la situación.

–Sí, pero como ahora está condenada a más de 3 años tiene suspendida la patria potestad, o la responsabilidad parental como le dicen ahora, y ya no puede autorizar ni el egreso de su hijo ni la visita de su hija, ni tomar ninguna decisión importante sobre ellos –le replicó nuevamente Gutiérrez.

–Pero yo cuido a mi hijo todos los días acá, y lo hago muy bien según las trabajadoras sociales ¿cómo no voy a poder tomar decisiones sobre él? Y a Jazmín todas las veces que viene le miro la libreta del jardín y le firmo autorizaciones para las excursiones... ¿Qué cambió de ayer a hoy para que yo no pueda hacer lo que hace cualquier madre? –le respondió anonadada Jennifer.

Lo que Jennifer decía era tan cierto como lo que la ayudante de quinta Gutiérrez repetía automáticamente, y la contradicción entre hechos y derecho, tan evidente como real.

En efecto, existen muchas mujeres privadas de libertad que, como Jennifer, pueden proveer adecuadamente a sus hijos de los cuidados que requieren y satisfacer sus necesidades, independientemente de haber cometido un delito. Y, sin embargo, por una disposición legal que cobra vida repentinamente (pues los recursos que se interponen contra las sentencias condenatorias suelen demorar meses hasta resolverse definitivamente), se encuentran un día sorpresivamente con dificultades para ejercer su rol como si no estuvieran en condiciones de hacerlo.

Esto resulta patente en las mujeres alojadas en aquellas unidades que permiten la convivencia de madres e hijos menores de 4 años, pero también el pro-

blema se presenta en otras, donde si bien las mujeres no conviven con sus hijos, deben ejercer algunos actos que les corresponden como madres (por ejemplo, autorizar el ingreso de los niños para visitas). Del mismo modo, los hombres alojados en unidades penitenciarias que quieren ejercer sus derechos/deberes sobre los hijos que se encuentran fuera de ellas, pueden encontrarse con el mismo problema (por ejemplo, a la hora de autorizar un viaje al exterior del país).

El problema afecta también a quienes cumplen su pena en prisión domiciliaria, aunque en estos casos no suele advertirse la contradicción señalada.

Es que, más allá de la capacidad de hecho para ejercer el rol materno o paterno, lo cierto es que el art. 702 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que “el ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure: [...] b) el plazo de condena a reclusión y la prisión por más de tres años; [...]”.

La norma reitera así lo prescripto en el art. 309 del Código anterior, que establecía que “el ejercicio de la autoridad de los padres queda suspendido [...] en los supuestos establecidos en el art. 12 del Código Penal”.

A su vez, esta norma penal, aún vigente, prescribe que “la reclusión y la prisión por más de tres (3) años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de condena, la que podrá durar hasta tres (3) años) 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” (si bien utiliza el término “privación”, al ser temporal y no requerir un pedido expreso de rehabilitación debe entenderse como una suspensión).

Por otra parte, la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad N° 24.660 contempla el alojamiento de mujeres con hijos menores de 4 años (art. 195) en establecimientos penitenciarios.

Lo llamativo es, entonces, que un código sancionado con posterioridad a esta última ley no haya contemplado al menos la contradicción fáctica que implica una norma como la del art. 702 y el art. 195 de la ley de ejecución de la pena, en plena vigencia al momento de su sanción; más allá de desconocer una cantidad de situaciones de hecho que afectan a quienes, privados de su libertad por una condena superior a 3 años, ven dificultado el ejercicio de su rol paterno o materno respecto de hijos que se encuentra fuera de la unidad penitenciaria, cuando hay actos que podrían realizar igualmente.

Desde ya, se entiende que el art. 702 ha tenido un fin protectorio, tal como se verá luego, pero no por ello deja de parecer una mera copia irreflexiva de normas anteriores que no se compadecen con la situación actual de los penados.

Ahora, en punto a la contradicción que se advierte entre hechos y derecho en los casos referidos, cabe señalar que ya el Ministerio Público de la Defensa había advertido esta problemática en el año 2012, y así la Defensora General de la Nación recomendó a los defensores públicos oficiales con competencia en materia penal que arbitren los medios necesarios para evitar la aplicación genérica y automática del art. 12 del Código Penal, siempre que así lo dispusieran los intereses de sus asistidos (ver Resolución DGN 1597/12).

En las consideraciones de tal instrucción, se observaba que:

[...] la detención no restringe la posibilidad fáctica de realizar muchos de los actos que derivan del ejercicio de la patria potestad. Por lo demás, en aquellos supuestos en que eventualmente pudiesen verificarse problemáticas al respecto deberían brindarse en los ámbitos pertinentes las herramientas necesarias para paliar la situación, evitándose así una reacción desproporcionada como es la suspensión –aunque temporal– del derecho.

Se advertía, también, que la suspensión de la patria potestad dispuesta por el art. 12 del Código Penal menoscaba, por un lado, el derecho de los niños, en tanto su aplicación automática omite reflexionar o analizar cuál es su interés superior y vulnera su derecho a ser oído, y por otro, el de las personas condenadas, al permitir que la pena trascienda injustificadamente a su ámbito familiar, afectando seriamente la preservación y afianzamiento de los vínculos afectivos.

Señalaba, entonces, la resolución que:

[...] si la persona condenada se encuentra en condiciones de ejercitar y cumplir los derechos y deberes que le asigna el instituto de la patria potestad, y no se constata en el caso en concreto una relación directa entre la responsabilidad parental y el delito cometido, en modo alguno podría sostenerse la legitimidad de una disposición que restrinja en forma automática su ejercicio.

Así, ya sea recogiendo esa instrucción o por iniciativa propia, se puso a consideración de distintos tribunales planteos referidos al art. 12 del Código Penal, que dieron lugar a diversos pronunciamientos judiciales, algunos decretando la inconstitucionalidad de dicha norma, otros declarando su inaplicabilidad.

Sin embargo, como la inconstitucionalidad de una norma debe ser un último y excepcional recurso (conforme lo señala la jurisprudencia y doctrina mayoritaria), y como también la judicialización de una cuestión debe ser evitada cuando existan otros mecanismos para solucionar los conflictos que se puedan presentar, pues el sistema judicial se encuentra saturado y suele no poder brindar respuestas rápidas acordes a las necesidades de los ciudadanos, parece

interesante entonces analizar las normas enfrentadas a la luz del nuevo ordenamiento civil para encontrar un remedio eficaz que permita a mujeres y hombres privados de libertad desarrollar con la mayor plenitud posible sus derechos y deberes hacia sus hijos.

En ese orden de ideas, es oportuno analizar las normas específicas, no en forma aislada, sino con una visión más amplia que comprenda los principios generales del nuevo ordenamiento civil, las finalidades buscadas por los legisladores y la protección de los derechos de todos los involucrados.

En este sentido, entonces, cabe advertir que el art. 702 del Código Civil y Comercial de la Nación cuando suspende la responsabilidad parental de quienes sean condenados a reclusión y prisión por más de tres años mientras dure su pena, y en igual sentido el art. 12 del Código Penal cuando contempla similar efecto, implican –en definitiva– en los hechos, una limitación a la capacidad de una persona para ejercer sus derechos y deberes como madre o padre.

Ahora, aunque el art. 23 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que “toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”, y sin dejar de recordar lo dispuesto en el art. 702, lo cierto es que el principio que impregna este nuevo ordenamiento civil en general y, en particular, tratándose de la capacidad de las personas, es que ellas gozan de la más amplia capacidad y esta solo puede limitarse cuando sea estrictamente necesario, en forma excepcional y siempre en beneficio de la persona.

Así, el art. 22 expresa que “toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos o actos jurídicos determinados”; y el art. 23 declama que “toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones previstas en este Código y en una sentencia judicial”, revelando que la regla general es la capacidad y solo en forma excepcional y puntual se puede limitar.

En este sentido, la doctrina explica que:

La capacidad restringida supone que la persona conserva su capacidad, la cual es restringida solo para determinado acto o actos. Es decir que la excepcionalidad se da también respecto del objeto (no se restringe la capacidad de la persona en términos generales, sino para un acto determinado o una serie de actos determinados y debidamente especificados en la sentencia) (Lorenzetti 2014, 129).

El art. 31, por su parte, sienta las reglas generales para la restricción del ejercicio de la capacidad, que son:

a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona; c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial; d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión; e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios; f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

Conviene detenerse aquí en algunos de estos principios que resultan significativos, como el enunciado en el inciso b) que da cuenta, en primer lugar, que la limitación, además de ser una excepción, debe ser en beneficio de la persona.

Al respecto, se ha indicado que

[...] el término ‘beneficio de la persona’, por su parte, da a entender que en ningún caso la restricción de la capacidad jurídica puede tener otro fin que el respeto de sus derechos y la promoción de la autonomía personal, de acuerdo con lo previsto por el art. 43 CCyC que al definir las funciones de las figuras de apoyo designadas en favor de la persona con capacidad restringida, señala: “promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona”. En concordancia con este principio, recordamos que el art.12, párr. 4 CDPD establece la obligación del Estado de asegurar que “las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona” (Herrera, Caramelo y Picasso 2015, 82).

En cuanto al principio contenido en el inc. f, y más allá de que no se trata, en los supuestos en análisis, de personas con problemas que ameriten soluciones terapéuticas, sí cabe recoger el concepto referido a buscar las alternativas menos restrictivas de los derechos y libertades.

De este modo, el Código Civil y Comercial resguarda de la manera más amplia posible la autonomía de las personas, principio que se replica en muchas otras normas sobre distintos tópicos que parten del respeto a la voluntad individual (por ejemplo, el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud, art. 59; la elección del nombre, arts. 63 y 69; la adopción, arts. 595 inc. f, 626 inc. d y 627 inc. d; la responsabilidad parental, arts. 639 inc. b, 643 y 645 último párrafo).

Entonces, si analizamos a la luz de estos principios la limitación que impone

el art. 702 inc. b del CCyN y el art. 12 del CP a las personas condenadas a más de 3 años de prisión para ejercer su responsabilidad parental, aparece evidente que la regla general que ellos sientan, aplicada automáticamente, sin atender el caso particular, violenta la autonomía de la voluntad de las personas, convirtiéndose en una pena accesoria.

Y es que así lo viven quienes pudiendo ejercer algún acto relacionado con sus hijos, ya sea una autorización de ingreso a la unidad penitenciaria para visitas o el egreso para salidas recreativas, se ven impedidos de hacerlo por el solo hecho de estar condenados a más de 3 años de prisión. Porque, en definitiva, si una persona está en condiciones de tomar una decisión sobre un ser tan preciado como un hijo y no se le permite hacerlo, la limitación se vive con impotencia y como un agravante de la pena.

Sin embargo, y esto es importante resaltarlo, el fin de la norma no es tal;

el carácter no sancionatorio de la suspensión es sostenido de manera unánime por doctrina y jurisprudencia que entienden desde larga data que la suspensión de la patria potestad no debe entenderse como una sanción para los padres, sino orientada hacia la mejor atención de los derechos morales y materiales de los hijos (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras 2014, 409).

Y he aquí otro punto relevante que se soslaya cuando se les impide a las mujeres y a los hombres privados de libertad realizar algún acto relacionado con sus hijos. Toda medida que se adopte que afecte a un niño debe orientarse en pos de lograr su interés superior (conf. art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y la suspensión de la responsabilidad parental no escapa a este principio. Así, la norma del art. 702 inc. b del CCyN debe responder, en definitiva, a proteger a un niño ante la imposibilidad que puede tener su progenitor de ejercer sus derechos y deberes.

Pero cuando esta madre o padre –aún pese a su privación de libertad– está en condiciones de desempeñar su rol, aunque sea para algún o algunos actos específicos, pierde sentido la suspensión de su responsabilidad. Pierde, en realidad, el fin que la justifica.

No debería, entonces, aplicarse automáticamente la suspensión de la responsabilidad parental a personas condenadas a más de 3 años de reclusión y prisión, sino analizar en cada caso concreto y en cada acto en particular si esa madre o ese padre se encuentran en condiciones de realizar ese acto.

De alguna manera, esto ya era visto hace muchos años atrás por dos de los juristas más importantes del siglo pasado en materia civil. Tanto Borda como

Llambías, al referirse al alcance de la incapacidad del penado, tras explicar los alcances de la interdicción, enunciaban algunos actos que aun así podían realizar por sí, entre ellos, el reconocimiento de hijos extramatrimoniales, iniciar y contestar acciones de filiación y, en general, las referentes al estado e, inclusive, contestar la acción referente a la tenencia de su hijo “pues no ha perdido la patria potestad, sino que está en suspenso su ejercicio” explicaba el primero (Borda 1976, 513), y “por su derecho potencial a la patria potestad que está simplemente suspendida” decía el segundo (Llambías 1989, 574).

Con esto puede observarse, también, que la suspensión de la responsabilidad parental no puede tomarse como un manto que cubre totalmente a la persona, sino que debe ser como un ropaje que la cubra en lo que realmente es necesario.

Lo más grave es que, por lo general, esta limitación a los actos que pueden llevar a cabo las madres y padres privados de libertad terminan perjudicando a niños y niñas que no pueden visitarlos en la unidad o no pueden salir con algún familiar o referente afectivo del establecimiento carcelario donde viven o se ven privados de algún viaje de vacaciones. En definitiva, se vulneran principalmente sus derechos cuando se encuentran ya en una particular situación de vulnerabilidad por carecer del cuidado diario de uno de sus padres.

Frente a esta situación, es imperioso dejar de lado la literalidad de una norma y encontrar una solución que resulte eficaz y protectoria de los derechos de todos los involucrados.

Esta solución a los problemas que puede presentar el derecho cuando se aplica a situaciones de hecho particulares requerirá que todos los empleados y funcionarios de los organismos intervinientes (ya sea del Servicio Penitenciario Federal, del Ministerio Público de la Defensa, del Poder Judicial o de los organismos de protección de niñez) piensen el sentido de las normas, encuentren caminos alternativos válidos al amparo de los principios generales del derecho, que respeten por un lado el derecho de la madre o del padre a ejercer con la mayor plenitud posible su capacidad, respetando su autonomía y su libertad, promoviendo el desempeño de su rol cuando, pese a su detención, pueden realizar actos que les competen como adultos responsables; y por otro lado, que protejan el interés superior del niño, a quien solo le servirá que se haga efectiva la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental cuando realmente ésta no pueda practicarse.

De este modo, ajustándose a las normas y principios que emanan del Código Civil y Comercial de la Nación y de nuestra Constitución Nacional y los trata-

dos que la integran, se puede conjugar el derecho de la madre o del padre y el derecho del niño, sin poner en absurda contradicción hechos y derecho.

Bibliografía

Borda, Guillermo A. 1976. *Tratado de Derecho Civil. Tomo I*. Buenos Aires: Editorial Perrot.

Herrera, Marisa, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso. 2015. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I*. Buenos Aires: Editorial Infojus.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, Marisa Herrera y Nora Lloveras. 2014. *Tratado de Derecho de Familia. Tomo IV*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.

Lorenzetti, Ricardo L. 2014. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo I*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.

Llambías, Jorge J. 1989. *Tratado de Derecho Civil. Tomo I*. Buenos Aires: Editorial Perrot.

CAPÍTULO III

EL ÁMBITO PROCESAL

PROCESOS DE PRIVACIÓN, SUSPENSIÓN Y REHABILITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Cecilia Hebe Bonaverdi

*Secretaria de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces
de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral N° 7*

I. Introducción

En este artículo se abordarán los procesos de familia que tienen como objeto la privación, así como también la suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental. Asimismo, se realizará un lineamiento acerca de los procedimientos a seguir, según la causal invocada.

Merece una mención especial que, lo novedoso de los supuestos definidos por la ley 27.363¹, está dado por la introducción de la perspectiva de género en la materia en cuestión, lo que constituye un claro reconocimiento de una problemática socio-cultural con creciente visibilidad. En consecuencia, esta reforma ofrece una respuesta que permite ponderar los hechos acaecidos recogiendo una temática en vigente puja por ser ubicada en un justo lugar. Concomitantemente, arroja luz sobre el enlace existente entre la violencia de género y el ejercicio de la responsabilidad parental, con el objetivo final de otorgar mayores garantías en la protección y efectiva satisfacción de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.

II. Principios procesales y cuestiones comunes

Para comenzar, es necesario puntualizar que el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN) dedica el Título VIII del Libro Segundo a regular los principios procesales que, por su tinte constitucional/convencional, deben aplicarse a todos los procesos de familia. Su inclusión, en un cuerpo normativo de fondo, es trascendente ya que opera como elemento unificador para el tratamiento de las cuestiones familiares en todo el país, y sirve como guía para el juez que deberá utilizarlos a la hora de resolver.

¹ B.O. 26/06/2017.

El sistema propugnado por el CCyCN sigue la antigua doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que establece que las normas procesales dictadas por la legislatura nacional son constitucionales, en tanto resulten esenciales para la vigencia de la institución de fondo, y es similar al seguido por la ley 26.485, en tanto solo establece principios uniformes mínimos, que aparecen como imprescindibles para hacer efectivos los derechos de fondo establecidos en el Código, pero se abstiene de regular los procedimientos en sí (Medina 2015, 85).

Estos principios generales se encuentran regulados en los arts. 705 a 710 del CCyCN, a saber:

a. tutela judicial efectiva: comprende el derecho a accionar, a participar de un debido proceso, a la defensa en juicio, a una sentencia justa, razonable, efectiva, dictada por jueces imparciales e independientes, y al cumplimiento efectivo de los mandatos judiciales;

b. inmediación: contacto directo y personal del juez con las partes. Puntualmente, el art. 707 del CCyCN enuncia el deber de oír de manera personal, según las circunstancias del caso, a los niños, niñas y adolescentes con edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio y a personas con capacidad restringida;

c. buena fe y lealtad procesal: son deberes jurídicos de contenido ético que pesan sobre las partes y que el juez debe asegurar, previniendo o sancionando todo acto contrario;

d. oficiosidad: comprende las facultades del juez de impulsar las causas de oficio y realizar las medidas ordenatorias e instructorias a los fines de avanzar hacia la sentencia, conforme art. 709 del CCyCN;

e. oralidad: más que oralidad debiera decirse “proceso que se desarrolla a través de audiencias” (Ferreyra de De la Rúa, Bertoldi de Fourcade y De los Santos 2014, 483), quedando la escritura principalmente reservada para las postulaciones, la sentencia y la etapa de impugnación, y la oralidad se circunscribe a la etapa probatoria;

f. acceso limitado al expediente: se recoge el principio de reserva y se entiende que los expedientes en los que se discuten cuestiones de índole familiar quedan limitados al conocimiento de ciertas personas y no expuestas a terceros, conforme art. 708 del CCyCN;

g. acceso a la justicia: se consagra el principio por el cual todas las personas deben tener la posibilidad de ser escuchadas por un juez, de intervenir y de defenderse en igualdad de condiciones y de oportunidades. Se recogen los

mandatos del artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional que garantiza la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, en especial respecto de los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad;

h. resolución pacífica de los conflictos: se promueven las soluciones consensuadas en aquellos supuestos donde resulte apropiado, tanto antes del juicio como durante su trámite;

i. jueces especializados y apoyo multidisciplinario: se propugna la necesidad de que los jueces de familia sean especializados en la materia (lo que se vincula con la idoneidad que se requiere para dicha función) y que los tribunales que intervienen cuenten con apoyo interdisciplinario (colaboración de médicos, psicólogos, asistentes sociales, entre otros). De esta manera, se ha dicho que “Queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales de familia si se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente a valorar”²; y

j. interés superior del niño, niña o adolescente: como condicionante del trámite procesal y de la decisión que de él concluya. Así, se ha dicho que “cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con una particular tutela constitucional”³.

Luego de esta referencia, por otra parte, cabe mencionar que el CCyCN regula todo lo relativo a la extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental en el Libro Segundo, Título VII, Capítulo 9.

Todo el instituto de la responsabilidad parental está regido –conforme art. 639 del CCyCN– por los principios de interés superior; de autonomía progresiva del hijo/a, y el derecho del niño/a a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Ahora bien, el reconocimiento de la participación de los niños, niñas y ado-

2 CSJN, “S.,C. s/adopción”, rta. 02/08/2005, S. 1801. XXXVIII. REX.

3 CSJN, “Maldonado Sergio Adrián c/ s/Recurso de amparo”, 23/11/2004, M. 3805. XXXVIII. RHE.

lescentes se encuentra plasmado en el art. 707⁴ y se complementa con lo ya regulado por la ley 26.061 en su artículo 3⁵ –ver puntualmente incs. b y d–, en su art. 24, cuando se afirma que:

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo...

así como en su art. 27⁶, en donde se establecen las garantías mínimas del procedimiento que deben respetarse tanto en el ámbito administrativo como judicial.

Por otro lado, en cuanto a *la competencia*, el art. 716 del CCyC establece que:

4 Art. 707: “Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”.

5 Art. 3 de la ley 26.061: “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

6 Art. 27 de la ley 26.061: “Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte”.

En los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida.

El “centro de vida”, al que se hace referencia, fue definido en el art. 3, inc. f⁷, de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes N° 26.061, y debe interpretarse armónicamente con la definición de “residencia habitual” contenida en los tratados internacionales ratificados por la Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad.

Con la norma en análisis, se dejan de lado los principios que sostienen la perpetuación de la jurisdicción y la conexidad⁸, reafirmandose el principio de intermediación referenciado al inicio de este artículo.

III. El proceso de privación de la responsabilidad parental

Partiendo de la definición que da el art. 638⁹ del CCyCN, podemos decir que el proceso de privación tiene como objeto hacer cesar los deberes y derechos que emergen de la responsabilidad parental, tales como: el cuidado del hijo; el derecho a delegar su ejercicio a un pariente (art. 643, CCyCN) y a cuestionar u objetar las decisiones que tomara a este respecto el otro progenitor; el derecho a la toma de decisiones sobre los actos cotidianos como los trascendentes en la vida del hijo (art. 645, CCyCN); así como el derecho a administrar su patrimonio y de representarlo (art. 695, CCyCN). También, podrá ser declarado indigno en la sucesión del hijo (art. 2281, inc. g del CCyCN) y perderá, en principio¹⁰, el derecho de comunicación con el hijo.

Subsisten los derechos de los que sea titular el hijo respecto de su padre, como ser la obligación alimentaria de los progenitores –conforme se estipula en el art. 704–.

7 “Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.”

8 Ver art. 6 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

9 Art. 638: “La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”.

10 Cfr. Mizrahi (2016, 482), en donde refiere que la privación de la responsabilidad parental no necesariamente ha de comportar el corte de la comunicación entre padre e hijo, debiéndose evaluar, en el caso concreto, si el mantenimiento del vínculo coadyuva al mejor interés del hijo, debiendo quedar dicha posibilidad sujeta al mejor interés del hijo.

Si bien la privación de la responsabilidad parental es una consecuencia de actos reprochables ejecutados por el progenitor y suele interpretarse como una sanción al que los hubiere realizado, es compartido el criterio de que debe ser entendida, también, como una medida destinada a la protección de los hijos, ya que –de otra forma– se estaría penando al padre junto con el hijo (Grosman 2004, 4). De esta manera, se ha sostenido que un buen ejercicio de la jurisdicción es cuando se considera que la sanción únicamente corresponde aplicarse si, a la vez, constituye una herramienta eficaz para proteger al hijo (Olmo 2009, 731).

En esta línea, es posible afirmar que se trata de un recurso extremo que solo opera en supuestos muy graves, ello, en tanto el ejercicio que la ley atribuye a los progenitores sobre la persona y bienes de sus hijos no es absoluto y encuentra su límite en el interés superior del niño, niña o adolescente (art. 3 de la CDN), conforme fuera mencionado.

III.1. Supuestos y procedimiento a seguir

Como en esta publicación se incluye un artículo específico que profundiza sobre la privación de la responsabilidad parental y sus causales¹¹, solo se hará mención a esta cuestión a los fines de poder profundizar en el procedimiento a seguir dependiendo del supuesto invocado.

El CCyCN regula siete causales de privación de la responsabilidad parental, las cuatro primeras, contempladas en el art. 700, y las tres restantes, incorporadas en el art. 700 bis a raíz de la modificación introducida por la Ley 27.363 al CCyCN. A saber:

En el art. 700:

- a) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata;
- b) abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aún cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero;
- c) poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo;
- d) haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo [...]

Por su parte, en el artículo 700 bis:

- a) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de

¹¹ Ver Capítulo Primero, III. Extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental a la luz de las modificaciones de la ley 27.363.

homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género conforme lo previsto en el art. 80, incisos I y II del Código Penal de la Nación, en contra del otro progenitor¹²;

b) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de lesiones previstas en el artículo 91 del Código Penal, contra el otro progenitor, o contra el hijo o hija de que se trata¹³;

c) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito contra la integridad sexual previsto en el art. 119 del Código Penal de la Nación, cometido contra el hijo o hija de que se trata¹⁴.

12 Art. 80 CP: “Se impondrá reclusión o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 52, al que matare: 1. A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediere o no convivencia. [...] II. A una mujer cuando el hecho sea perpetuado por un hombre y mediere violencia de género [...]”.

13 Art. 91 Código Penal: “Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir”.

14 Art. 119 CP, modificado por la ley 27.352, publicada en el B.O.:17/5/2017: “Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediere violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías. En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si: a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima; b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda; c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio; d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas; e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones; f) El hecho fuere cometido contra una menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f)”.

La privación operará también cuando los delitos descriptos se configuren en grado de tentativa, si correspondiere [...]

Ahora bien, en los primeros tres supuestos contemplados en los incisos a, b y c del art. 700 del CCyCN se deberá instar una demanda de privación de la responsabilidad parental. Así surge del artículo en comentario cuando refiere que “la privación tiene efectos a partir de la sentencia que declare la privación”, por lo que para obtenerla se requiere la evaluación previa del juez en el proceso que se inste a tal fin en el fuero de familia.

Vale hacer mención que, en referencia al supuesto contemplado en el inciso a –ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo–, se entiende¹⁵ que también se configura el delito doloso cuando se comete en grado de tentativa. Ello, en congruencia con lo dispuesto en el artículo 700 bis y teniendo en consideración las pautas de interpretación dadas en el artículo 2 del CCyCN.

El proceso en cuestión se regirá por las normas del juicio ordinario (art. 319 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por otra parte, en el supuesto del inc. d –haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo–, la privación de la responsabilidad parental se produce desde la sentencia que declara la situación de adoptabilidad del niño por las causales del artículo 607 incs. b y c del CCyCN¹⁶. Esto se complementa con lo estipulado en el art. 610 cuando establece que “la sentencia de privación de la responsabilidad equivale a la declaración judicial en situación de adoptabilidad”, del mismo modo, y a la inversa, la declaración de la situación de adoptabilidad importa la privación de la responsabilidad parental de los progenitores.

La privación opera de pleno derecho con la sentencia que declara la situación de adoptabilidad y no se requiere –como en los supuestos anteriores– el inicio de un proceso civil que así la declare.

Tal como ocurre en relación a la causal mencionada en el párrafo anterior, al configurarse los supuestos regulados en el artículo 700 bis, también se produce,

15 Siguiendo a Mazzinghi y Mazzinghi (2017, 2).

16 Art. 607. “La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si: [...] b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida solo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento; c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días [...]”.

de pleno derecho, la privación de la responsabilidad parental sin necesidad de iniciar un proceso en sede civil. Esta solución traída por la ley 27.363 es acorde a la gravedad de los hechos tipificados, por los cuales no hace falta ninguna otra prueba para tener la certeza que la privación de la responsabilidad parental es la medida más adecuada de protección y en beneficio del hijo.

En ese punto, se cuestiona el distinto tratamiento que se regula cuando se trata de estos delitos –los incorporados en el art. 700 bis– o cuando se trata de otros delitos dolosos cometidos contra el hijo o sus bienes –contemplados en el inciso a del artículo 700–, los que también pueden tener idéntica entidad y gravedad que los primeros mencionados. Esta diferencia afecta el principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional por el cual todos los habitantes que se encuentren en una misma situación tienen el derecho a recibir igual tratamiento.

Por otro lado, y como novedoso, la norma del art. 700 bis impone, con una redacción defectuosa, que:

La sentencia definitiva debe ser comunicada al Ministerio Público a los fines de lo previsto en el art. 703¹⁷, teniéndose en cuenta la asistencia letrada establecida en el art. 26, segundo párrafo y a la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción, a efectos de que proceda en sede civil, a los efectos de este artículo. Se deberá observar lo previsto en el artículo 27 de la ley 26.061.

En la práctica, cometido el hecho, y para los supuestos donde los niños, niñas y adolescentes no queden bajo el cuidado del otro progenitor (por no tener doble vínculo filial, por fallecimiento, ausencia, incapacidad o restricción a la capacidad a tales fines, entre otros), se espera que la comunicación a la autoridad de protección y al Ministerio Público se efectúe de manera inmediata. Ello así, a los fines de que se adopten las medidas de protección de derechos necesarias, conforme art. 33 y ss. de la ley 26.061, o se inicien, por parte del Ministerio Público, las acciones que correspondan de acuerdo a las circunstancias del caso.

Por otra parte, se entiende sobreabundante la mención que el artículo aludido realiza sobre la posibilidad de que el hijo intervenga por sí (conforme art.

17 Art. 703 CCyCN: “Si uno de los progenitores es privado de la responsabilidad parental o suspendido en su ejercicio, el otro continúa ejerciéndola. En su defecto, se procede a iniciar los procesos correspondientes para la tutela o la adopción, según la situación planteada, y siempre en beneficio e interés del niño o adolescente”.

26 del CCyCN¹⁸) y con asistencia letrada (conforme art. 27 de la ley 26.061), en tanto estas garantías mínimas se encuentran ya consagradas en nuestro ordenamiento y son de cumplimiento obligatorio en todos los procesos en los que los niños, niñas y adolescentes tengan sus derechos comprometidos.

III.2. Legitimación activa

La acción es concedida al hijo/a, quien –como fuera anticipado– tiene que tener una participación activa, en condición de parte, en los procesos que se inicien.

Como la demanda debe ser entablada durante la minoridad, el hijo deberá ser representado por el otro progenitor –de ser el caso– o por un tutor especial –conforme art. 109 del CCyCN–. Su intervención será directa, si cuenta con la debida capacidad procesal (conforme art. 23 y 26 del CCyCN).

Además, la acción puede ser promovida por el defensor de menores e incapaces en virtud de las facultades otorgadas por el art. 103 del CCyCN y por el art. 43 de la ley 27.149, o por el Órgano Administrativo de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

III.3. Legitimación pasiva

La acción debe ser dirigida contra el progenitor que ha incurrido en las causales previstas en el art. 700 y del CCyCN.

Para el supuesto en que ambos progenitores deban ser demandados por los mismos hechos, existirá un litisconsorcio pasivo necesario. Así también, en el supuesto de que sean demandados por distintos hechos, también podrán acumularse las acciones, por razones de economía procesal.

III.4. Prueba

El art. 710 del CCyCN explicita cuales son los principios relativos a la prueba en los procesos de familia, a saber: libertad, amplitud, flexibilidad y carga dinámica de la prueba (el peso recae en quién está en mejores condiciones de hacerlo).

Así también, el art. 711 del CCyCN dispone que “los parientes y allegados a las partes pueden ser ofrecidos como testigos” y establece que “según las cir-

18 Art. 26 CCyCN: “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona [...]”

cunstances, el juez está facultado para no admitir la declaración de personas menores de edad, o de los parientes que se niegan a prestar declaración por motivos fundados”.

Luego de estas especificaciones, y adentrándonos en la prueba en sí, tendrán que ser acreditados los hechos invocados por la parte actora. Por su parte, el demandado, deberá demostrar los hechos que hubiera alegado en su defensa.

Puntualmente:

- En el supuesto del inc. a del art. 700 –ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata– se requiere el juzgamiento penal previo;
- en el supuesto del inc. b –abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aún cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero– se requiere demostrar una conducta altamente reprochable, injustificada, maliciosa e intencional, que ponga en total desamparo al hijo, aunque en los hechos el hijo no quede desamparado;
- en el supuesto del inc. c –poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo–, se requiere acreditar el peligro, no siendo indispensable que la lesión a la salud física o psíquica se llegue a concretar. Ello, en cuanto a que el supuesto contemplado tiene naturaleza objetiva y funciona independientemente del dolo o la culpa, por lo que se incluyen los actos involuntarios que pudieren ejecutar los progenitores. En este sentido se ha dicho que:

La causal de peligro físico o psíquico del niño no requiere necesariamente que provenga de una conducta maliciosa. Solo corresponde evaluar si objetivamente se presenta la potencialidad del daño por el peligro que genere el actuar del adulto y, dada la situación, el objetivo de la ley es paralizar las conductas paternas o maternas que atenten contra la formación del hijo; se traten o no de actos intencionales [...]¹⁹.

En todos los supuestos, además, se deberá probar y el juez tendrá el deber de analizar si, en el caso concreto, la privación de la responsabilidad parental responde al interés superior del hijo.

En los restantes supuestos contemplados en el art. 700 inc. d) y 700 bis del CCyCN, como ya se anticipara, la privación de la responsabilidad parental opera de pleno derecho en forma automática, siendo una consecuencia de la sen-

¹⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, Expte. 90761/2010 “S., E.E., y otros c/ R.M.A.”, rta. 06/06/2013.

tencia firme que declara la situación de adoptabilidad del niño/a o adolescente o de la sentencia condenatoria por los delitos contemplados en la norma, no requiriéndose para su operatividad de ninguna otra prueba.

III.5. Sentencia: efectos y alcance

La sentencia que tenga por acreditados los hechos invocados decretará la privación de la responsabilidad parental respecto del progenitor demandado.

Si bien se entiende que, al no ser una acción de estado –tendiente a modificar el emplazamiento en el que se encuentra una persona dentro de su familia–, no resulta necesaria su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas (Azpiri 2006, 338), lo cierto es que en la práctica –para dar publicidad y eficacia frente a terceros– muchas veces es ordenada por el juez y se efectúa mediante nota marginal en la partida de nacimiento del hijo.

Para los supuestos contemplados en los incisos a, b y c del art. 700 del CCyCN, la privación surte efectos a partir de la sentencia que la declare y, para el supuesto del inc. d, a partir de la sentencia que declaró el estado de adoptabilidad. Su alcance será solo con relación al hijo de que se trate y no puede hacerse extensiva a los demás hijos en el caso de que existan.

Por otra parte, para los supuestos contemplados en el art. 700 bis del CCyCN se estipula que “la condena penal firme produce de pleno derecho la privación de la responsabilidad parental”, por lo que, a partir de esta sentencia penal, se producirán los efectos del instituto analizado.

En cuanto al alcance de la privación, también rige la misma solución que para los supuestos del art. 700, excepto para el condenado de los delitos contemplados en el inc. a y b –en el caso de que las lesiones previstas sean contra el otro progenitor–, en donde la privación se extiende y alcanza a todos los hijos.

Por último, es pertinente mencionar que la ley 27.363 –conforme su artículo tercero– “... será aplicable a las situaciones jurídicas pendientes o en curso de ejecución”²⁰, por lo que, la condena decretada por alguno de los delitos contemplados en el art. 700 bis, privará automáticamente de la responsabilidad parental y tornará abstracta la prosecución del proceso de privación que se hubiera iniciado con anterioridad a tal fin.

20 En concordancia con el art. 7 del CCyCN que establece: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales[...]”.

III.6. Rehabilitación

El artículo 701 del CCyCN dispone que “la privación de la responsabilidad parental puede ser dejada sin efecto por el juez si los progenitores, o uno de ellos, demuestra que la restitución se justifica en beneficio e interés del hijo.”

Para los supuestos contemplados en los incisos a, b y c del art. 700 y art. 700 bis del CCyCN, se deberá instar un proceso de rehabilitación de la responsabilidad parental que tramitará por las normas del juicio ordinario, siendo juez competente el que con anterioridad dictó la privación. Por el contrario, para el supuesto contemplado en el inciso d del art. 700 –situación de adoptabilidad del hijo–, en el caso que se deje sin efecto, se rehabilita automáticamente la responsabilidad parental sin necesidad de pronunciamiento específico a tal fin.

La legitimación activa corresponde al/los progenitor/es que habían sido privados de la responsabilidad parental y la pasiva corresponde al hijo de que se trate, quien –como analizamos en el apartado 2 del presente– deberá ser representado por el otro progenitor –de ser el caso– o por un tutor especial, pudiendo intervenir de manera directa si cuenta con la debida capacidad procesal.

En cuanto a la prueba, rigen las mismas reglas generales enunciadas en el apartado 4 para los procesos de privación de la responsabilidad parental y, puntualmente, se deberá demostrar que la restitución se justifica en “beneficio e interés del hijo” –conforme lo estipula la norma–, no siendo suficiente acreditar, de ser el caso, el solo cumplimiento de la condena.

En orden a ello, no hay plazo estipulado para el inicio de la acción, sin que tenga relevancia el tiempo transcurrido desde la sentencia de privación.

De hacerse lugar a la demanda, se restablece la responsabilidad parental y todos los derechos y deberes que emergen de ella.

Más allá de lo analizado, se adhiere a la opinión de Herrera y De la Torre (2017) quienes, respecto de los supuestos que podrían ser pasibles de un proceso ordinario de rehabilitación en los casos de privación de responsabilidad parental automática por delitos de tal gravedad, y en el marco de un régimen jurídico en el que la mayoría de edad –y la consecuente capacidad civil– se adquiere a los 18 años, sostienen que serían casi nulos. Esta postura es reforzada por dichas autoras con la compulsión de los datos estadísticos proporcionados por la Dirección de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación.

IV. El proceso de suspensión de la responsabilidad parental

Podemos decir que el proceso en análisis tiene como objeto suspender los

deberes y derechos que emergen de la responsabilidad parental, aunque al igual que lo mencionado para el proceso de privación, subsisten los derechos de los que sea titular el hijo respecto de su progenitor, como ser la obligación alimentaria –conforme se estipula en el art. 704–.

En este caso, y en principio, la suspensión no importa una valoración sancionatoria ante un accionar reprochable del progenitor, sino que responde a situaciones fácticas que exigen que opere esta limitación, mientras persistan las causales que la originaron. No obstante, este postulado no se aplica al nuevo supuesto incorporado por la ley 27.363, donde –como será analizado a continuación– la suspensión sí se funda en la conducta reprochable del progenitor por haber sido procesado por los delitos mencionados en el art. 700 bis del CCyCN.

IV.1. Supuestos y procedimiento a seguir

El CCyCN regula cinco causales de suspensión de la responsabilidad parental en su art. 702, siendo la última –la del inc. e– incorporada por la ley 27.363. A saber:

- a) La declaración de ausencia con presunción de fallecimiento;
- b) El plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años;
- c) La declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio;
- d) La convivencia del hijo o hija con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales;
- e) El procesamiento penal o acto equivalente, por los delitos mencionados en el art. 700 bis. [...] No se procederá a suspender el ejercicio de la responsabilidad parental en los términos del presente inciso en los casos del artículo 700 bis inc. a) y b), cuando en los hechos investigados o en sus antecedentes mediare violencia de género”.

Ahora bien, en los supuestos contemplados en los incisos a y c la suspensión opera de pleno derecho –sin necesidad del inicio de un proceso de suspensión de la responsabilidad parental que así lo imponga– ante la sentencia judicial que declare la ausencia con presunción de fallecimiento²¹ o ante la sentencia de limita-

21 “Art. 85 del CCyC: La ausencia de una persona de su domicilio sin que tenga noticia de ella por el término de tres años, causa la presunción de su fallecimiento aunque haya dejado apoderado. El plazo debe contarse desde la fecha de la última noticia del ausente.

Art. 86 del CCyC: Se presume también el fallecimiento de un ausente: a) si por última vez se

ción de capacidad que haya declarado específicamente que la persona no puede ejercer concretamente la función atinente a la responsabilidad parental.

Por su parte, para el supuesto contemplado en el inciso b, por aplicación de lo estipulado en el art. 12²² del Código Penal, también rige idéntica solución –suspensión de pleno derecho de la responsabilidad parental– mientras dure el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años. Vale aclarar que la suspensión no opera ante el dictado de la prisión preventiva, situación en la que –el progenitor– conserva la posibilidad de delegar la responsabilidad parental en un tercero o establecer una división de funciones parentales con el otro progenitor, entre otras figuras relativas al ejercicio de la responsabilidad parental.

Sobre este punto, cabe distinguir algunas situaciones posibles, como ser: i) que la condena sea por uno de los delitos contemplados en el inc. a) del art. 700 del CCyCN, en donde la suspensión opera también de pleno derecho –en forma automática– y luego, conforme se analizara en los apartados anteriores, se podrá instar una acción tendiente a obtener la privación de la responsabilidad parental, debiéndose probar –en el caso– si dicha medida satisface el interés superior del hijo de que se trate, o ii) que la condena sea por uno de los delitos contemplados en el art. 700 bis del CCyCN, caso en que no hay lugar para la suspensión, ya que la privación de la responsabilidad parental es automática.

Para el supuesto contemplado en el inciso d –la convivencia del hijo o hija con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales–, algunos autores²³ entienden que la norma refiere a los casos de las medidas excepcionales reguladas por el art. 39

encontró en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte, o participó de una actividad que implique el mismo riesgo, y no se tiene noticia de él por el término de dos años, contados desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido; b) si encontrándose en un buque o aeronave naufragados o perdidos, no se tuviese noticia de su existencia por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido”.

22 Art. 12 del Código Penal: “La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de 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 penal, 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”. Se debe aclarar que cuando en la norma se utiliza la palabra privación, debemos entenderla como suspensión de la responsabilidad parental, ya que así lo estipula el art. 702 inc. b en análisis.

23 Como Herrera (2015, 544) y Mizrahi (2016, 513).

y ss. de la ley 26.061, no así a los supuestos de especial gravedad que culminan en el otorgamiento de la guarda judicial a un pariente. Ello, en atención a que –en este caso– el CCyCN estipula en su art. 657 que los progenitores conservan la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental. Para estos autores, la suspensión opera de pleno derecho. Siguiendo a Famá (2017), se considera que este último supuesto también podría ser alcanzado por la norma en análisis, cuando en la sentencia que otorga la guarda en los términos del art. 657 del CCyCN se dispone –complementariamente– la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental.

En este entendimiento, la suspensión no opera de pleno derecho desde la convivencia del hijo con un tercero por razones graves, sino desde la resolución de un juez que –ante el acontecimiento descrito– se expide sobre la suspensión o no del ejercicio de la responsabilidad parental. Ello, en atención a que: i) en la medida excepcional dispuesta por el órgano administrativo, el juez que controla su legalidad podría disponer que la responsabilidad parental se mantenga en cabeza de los progenitores y, ii) en el supuesto del otorgamiento de la guarda a un tercero en los términos del artículo 657 del CCyCN, el juez podría disponer –complementariamente– la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental.

Por último, para el supuesto contemplado en el inciso e –el procesamiento penal o acto equivalente, por los delitos mencionados en el art. 700 bis–, al igual que en los supuestos regulados en el art. 700 bis, la norma también prevé la comunicación al Ministerio Público a los fines previstos en el art. 703 y a la autoridad de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Sobre el punto, se ha sostenido (Famá 2017) que como la suspensión de la responsabilidad parental tiene carácter provisorio, no se podría avanzar, en un principio, con las figuras de la tutela o adopción referenciadas, debiéndose recurrir a otras figuras como la guarda judicial del art. 657 del CCyCN o las medidas excepcionales previstas en el art. 39 y ss. de la ley 26.061.

En cuanto a su operatividad, a raíz del último párrafo del inciso en análisis²⁴

24 Cabe aclarar que no estaba contemplado en el proyecto de reforma originario, sino que fue un agregado introducido en el recinto –con posterioridad– por el bloque del FPV, el que fundamentó que: “En el marco de un procesamiento por los delitos previstos en los incs. a) y b) del art. 700 bis, si la madre comete estos delitos mediando legítima defensa, porque los hechos se dan en un contexto de violencia de género; el procesamiento penal procede igual, siendo atendible esta circunstancia únicamente en el auto de sentencia. Por lo tanto, de no incorporar el párrafo que nuestro bloque propone, estaríamos colocando a la mujer víctima de género en una situación de mayor vulnerabilidad, en tanto no solo tendrá que afrontar un proceso penal en su contra –cuando lo

–donde se explicita que no se procederá a suspender cuando en los hechos investigados o en sus antecedentes mediare violencia de género–, se han generado diferentes interpretaciones. Algunos autores²⁵ consideran que la causal estaba pensada originariamente para que actuara de pleno derecho, pero que –con el agregado efectuado– esa operatividad ha quedado desvirtuada. Entienden que el auto de procesamiento firme puede no hacer referencia a las circunstancias de violencia de género, por lo que no basta por sí solo, requiriéndose la iniciación –en sede civil– de un proceso de suspensión de la responsabilidad parental y de un pronunciamiento judicial que así la declare. En el caso, el procesamiento firme será una prueba esencial y la parte demandada podrá invocar y probar que medió violencia de género, como defensa para que no prospere la acción civil, evaluando el juez de familia –en concreto y según el caso de que se trata y la situación acaecida– qué respuesta responde al mejor interés del niño/a en cuestión.

Por otro lado, dando una solución más acorde a la finalidad de la ley a estudio, se ha sostenido (Famá 2017), y se comparte, que la suspensión de la responsabilidad parental va a operar de pleno derecho cuando el procesamiento o auto equivalente –por los delitos mencionados en el art. 700 bis del CCyCN– haya sido dictado en contra del progenitor. No así, cuando haya sido dictado en contra de la progenitora, ya que la ley presume que la mujer pudo haber obrado en legítima defensa en un contexto de violencia de género, por lo que determinar la suspensión de pleno derecho la colocaría en una posición de re victimización y mayor vulnerabilidad, en tanto no solo debe afrontar el proceso penal, sino además se le impedirá mantener vínculo con sus hijos. Para el caso, no se suspende la responsabilidad parental en forma automática y se deberá instar una acción civil a tal fin.

De más está aclarar que esta diferenciación no se aplica cuando la víctima de los delitos mencionados en el art. 700 bis del CCyCN haya sido el hijo/a de que se trate, circunstancia en la que –ante el procesamiento firme– la suspensión de la responsabilidad parental también va a operar de pleno derecho.

único que hizo es ejercer su derecho a la legítima defensa frente a su agresor violento– sino además se verá privada del contacto con sus hijos e hijas por aplicarse la suspensión de la responsabilidad parental automáticamente. De esta manera, el proyecto que estamos votando, estaría en total consonancia con la protección y efectiva satisfacción de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes y a la par, con la obligada perspectiva de género del ordenamiento jurídico vigente”.

25 En igual sentido, Basset (2017, 1), Mazzinghi y Mazzinghi (2017, 3), Castrillón y Jáuregui (2017), Pietra (2017, 177).

IV.2. Legitimación activa y pasiva

Para los supuestos en que la suspensión de la responsabilidad parental opera de pleno derecho, no hay una acción específica que debe iniciarse a tal fin. Sin perjuicio de ello, ante la configuración del supuesto contemplado en el inciso d, se entiende que el juez que intervino en la convalidación de la medida excepcional o en el proceso de guarda en los términos del art. 657 del CCyCN, debió dar oportuna intervención a los progenitores a los fines de que ejerzan y opongan –en el marco de dichas actuaciones– las defensas que estimen pertinentes.

Para el supuesto contemplado en el inciso e), cuando –conforme se analizara en el apartado anterior– el auto de procesamiento se haya dictado con relación a la progenitora, se remite a lo reseñado en el punto III.2 del presente comentario, en el que se hace referencia a la legitimación activa en los procesos de privación de la responsabilidad parental.

La acción debe ser dirigida contra la progenitora que ha incurrido en las causales previstas en los incisos a y b del art. 700 bis del CCyCN en contra del otro progenitor.

IV.3. Prueba

Con respecto a las nociones generales, se alude a lo reseñado en el punto III.4 del presente comentario respecto de la prueba en los procesos de privación de la responsabilidad parental.

Puntualmente, la parte actora –por una lado– tendrá que demostrar que para el caso concreto la suspensión de la responsabilidad parental responde al mejor interés del hijo/a de que se trate y, la progenitora demandada –por el otro– tendrá que probar lo contrario y, específicamente, demostrar que en los hechos acaecidos o en sus antecedentes medió violencia de género.

IV.4. Sentencia: efectos y alcance

La sentencia que tenga por acreditados los hechos invocados decretará la suspensión de la responsabilidad parental respecto de la progenitora demandada.

También, al igual que lo analizado para la privación de la responsabilidad parental, el juez podría ordenar su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

IV.5. Rehabilitación

Para los supuestos contemplados en los incisos a, b, c y d del art. 702, no se requiere el inicio de un proceso de rehabilitación, ya que agotadas las circunstancias que dieron origen a la suspensión, opera de manera automática.

Distinto tratamiento se le debe dar al supuesto contemplado en el inc. e), donde sí se va a requerir el inicio de un proceso de rehabilitación para dejar sin efecto la suspensión decretada. Sobre el punto, deberá seguirse lo analizado en el apartado III.5.

V. Palabras finales

Se destaca que si bien el CCyCN avanzó en la regulación de principios procesales y pautas mínimas que deben existir en todos los procesos de familia –como en los de privación, suspensión y rehabilitación desarrollados–, en los supuestos no alcanzados por la ley 27.363, su sustanciación conforme las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, claramente los contraría. Ello, en cuanto las previsiones del proceso ordinario –en las cuestiones traídas a estudio– chocan con el principio de realidad y con las normas dedicadas a la flexibilidad de los procesos y la obligatoriedad de la disminución de los tiempos judiciales, resultando no adecuadas ni acorde a la efectiva satisfacción de los derechos en juego.

En tal sentido, conforme fuera desarrollado en el presente artículo, la ley 27.363, al incluir la perspectiva de género en sus previsiones, adiciona un elemento de evaluación unívoco. Ofrece una respuesta rápida y efectiva ante la comisión de los delitos aberrantes tipificados que pondera los hechos acaecidos y el enlace existente entre la violencia de género y el ejercicio de la responsabilidad parental, otorgando mayores garantías en la protección y efectiva satisfacción de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes víctimas –directa o indirectamente– de la violencia impartida.

En este entendimiento, resulta imperiosa la sanción de una ley procesal de familia²⁶ para una prestación eficiente, adaptada al CCyCN, a la Convención sobre los Derechos del Niño, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados de derechos humanos y leyes especiales, receptando los nuevos paradigmas sociales y culturales.

Bibliografía

Azpiri, Jorge O. 2006. *Juicios de filiación y patria potestad*, 2ª edición. Buenos Aires: Ed. Hammurabi.

Basset, Úrsula C. 2017. “La privación automática de la responsabilidad parental y sus presupuestos. Reforma al Código Civil y Comercial”. *La Ley* 03/07/2017.

26 Ver “Bases para la reforma procesal de familia”.

Castrillón, Emilio A. y Rodolfo G. Jáuregui. 2017. “La reciente reforma sobre privación y suspensión de la responsabilidad parental. Aciertos y errores de la ley 27.363”. *La Ley* 04/08/2017

Famá, María Victoria. 2017. “Ley sobre privación y suspensión de la responsabilidad parental. La comisión de delitos contra la vida, la integridad física y sexual de los progenitores”. *La Ley* 2017–D, 817, AR/DOC/1757/1017.

Ferreyra de De la Rúa, Angelina; María Virginia Bertoldi de Fourcade y Mabel De los Santos. 2014. “Comentario art. 705”. En: Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*. Santa Fe: Rubinzal–Culzoni.

Grosman, Cecilia. 2004. “La privación de la patria potestad y el interés superior del niño”. Comentario a fallo: CNCiv., Sala F, 13–9–2004, “T., L.M. c/F.,P.F.J.”. *La Ley*, 17–11–2004: 4.

Herrera, Marisa. 2015. “Comentario al art. 702”. En: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo IV, Ricardo Lorenzetti (dir.). Santa Fe: Rubinzal–Culzoni.

Herrera, Marisa y Natalia De la Torre. 2017. “Privación automática de la responsabilidad parental y derechos humanos: de vulnerabilidad y vulnerabilidades en plural”. *La Ley* 09/05/2017, 2017–C, 1023, AR/DOC/1182/2017.

Mazzinghi, Jorge A. y Esteban M. Mazzinghi. 2017. “Privación y suspensión de la responsabilidad parental (Una reforma no del todo necesaria y con ciertas desprolijidades)”. *El Derecho* 31/07/2017: 2.

Medina, Graciela. 2015. “El ‘Proceso de Familia’ en el código unificado”. *Revista de Derecho Procesal*, 2: 85–124.

Mizrahi, Mauricio L. 2016. *Responsabilidad Parental*. Primera reimpresión. Buenos Aires: Astrea.

Olmo, Juan Pablo. 2009. “La privación de la responsabilidad parental como medida de protección de los niños y adolescentes. Su proyección sobre la causal de abandono (art. 307, inc.2º, Cód. Civ.)”. *La Ley Buenos Aires*, 2009 (agosto): 731.

Pietra, María L. 2017. “Algunas cuestiones procesales respecto de la privación de la responsabilidad parental y la violencia de género”. *Temas de Derecho Procesal*, 10: 177–186.

INCUMBENCIAS PROFESIONALES DE LOS INTEGRANTES DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA EN EL MARCO DE LA LEY 27.363

Agustín Rivero

*Secretario de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces de Primera Instancia
en lo Civil, Comercial y Laboral N° 1*

I. Introducción

Este artículo se encuentra destinado a determinar, pensar e incluso reconfigurar, desde el marco del derecho procesal, las incumbencias profesionales de los diferentes integrantes que componen el Ministerio Público de la Defensa en relación con la aplicación de la reforma introducida por la ley N° 27.363¹ que incorporó en el Código Civil y Comercial de la Nación el artículo 700 bis y el inciso e a su artículo 702.

En efecto, la presente ley implica no solamente la primera modificación al Código Civil y Comercial de la Nación tras casi dos años de entrada en vigencia. En ella, los legisladores previeron, también, una interrelación entre el derecho penal y el derecho civil como pocas veces hemos visto en nuestra historia legislativa, ante una problemática suscitada por una legítima demanda social que surgió, inicialmente, debido al aumento de femicidios.

Sin embargo, las particularidades de su sanción, la estructura de la norma, sus alcances y efectos conllevan un necesario y detenido abordaje que la exceden en sí misma, máxime al no existir a la fecha una regulación que permita dar unidad y coherencia tanto a esta reforma como así también a la totalidad del Código Civil y Comercial de la Nación, encontrándonos muchas veces a merced de la vetusta codificación procesal que no se ha reformado a la fecha.

Por tales motivos, y siempre desde una óptica ceñida a la aplicación concreta de la normativa de fondo con relación a nuestro Ministerio, es que el presente artículo buscará delimitar y precisar los alcances de la ley.

¹ Sancionada el 31/05/2017, promulgada el 22/06/2017.

II. Breve análisis de la sanción de la ley 27.363

La ley fue pensada, inicialmente, como un proyecto para reformar el Código Civil y Comercial de la Nación en lo atinente a la responsabilidad parental, que permita privar de la misma, de manera automática, a quien cometa el delito de femicidio en protección del derecho a la integridad física y psíquica de los hijos menores de edad de la víctima y el victimario².

En efecto, el proyecto de ley se originó en la Cámara de Senadores³, en clara respuesta a una legítima demanda social respecto de casos concretos donde se discutía el ejercicio de la responsabilidad parental por parte de progenitores que se encontraban condenados, con o sin sentencia firme, por haber cometido un homicidio agravado por el vínculo contra la madre de sus hijos. Los autores del proyecto legislativo –entre varios– recogieron preceptos emanados de la Convención de Belém do Pará a fin de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Sin perjuicio de ello, tras la media sanción en su Cámara de origen, el texto de la ley se nutrió de un debate más profundo y abarcativo en Diputados. Allí se contempló extender sus alcances y dotar a la norma de una mayor uniformidad, al incorporar los delitos de lesiones gravísimas –art. 91 del Código Penal de la Nación– contra el otro progenitor o hijo o hija que se trate, y el delito contra la integridad sexual previsto por el artículo 119 del Código Penal de la Nación, así sean cometidos en grado de tentativa.

Por lo demás, en el trámite ante las Comisiones de Familia y Legislación General fue eliminada la mención explícita que se hacía en el texto proveniente de Senadores respecto del progenitor afín, tanto como víctima o como victimario. También se adoptó una redacción del art. 700 bis que permitió incluir a cualquiera de ambos cónyuges, modificando sustancialmente el proyecto de ley. Se suprimió, además, el término de “pérdida” de la responsabilidad parental aprobada en el Senado y se reemplazó por “privación”, siguiendo el criterio que existe en el Código Civil y Comercial de la Nación respecto de la distinción entre ambos supuestos, ya que la “privación” admite la posibilidad de su rehabilitación. En realidad, esta distinción había sido discutida por reconocidos doctrinarios muchos años antes de la sanción e, incluso, la jurisprudencia ya había abandonado el concepto de “pérdida” antes de la sanción del nuevo código.

2 Cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación del 26 de abril de 2017, Fundamentos de la disidencia parcial de las diputadas Rach Quiroga y otras, página 31. Disponible en: <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dtaquigrafos/diarios/periodo-135/135-04-26.pdf>.

3 Fue presentado por el senador Juan Manuel Abal Medina y la senadora Marina Ríofrío.

Asimismo, los legisladores tomaron conciencia respecto de la extensión que pueden alcanzar los procesos penales hasta el dictado de una sentencia firme, y el texto final de la ley también previó la suspensión de la responsabilidad parental desde el auto de procesamiento o acto análogo. Sin embargo, en este supuesto no opera de pleno derecho, como en el caso de la condena penal firme, y el juez penal debe comunicarlo al Ministerio Público y a la autoridad de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes de cada jurisdicción, para que proceda a iniciar las acciones respectivas en sede civil. Idéntico criterio de comunicación e intervención debe tomarse para los casos de privación de la responsabilidad parental.

Los legisladores también establecieron que la privación ocurre de pleno derecho con la condena penal firme y que su alcance en el inciso a del artículo 700 bis es respecto de todos los hijos existentes entre la víctima y el victimario, mientras que en los incisos b y c solamente es respecto del hijo o hija que se trata. En todos los casos, la condena abarca los supuestos en los que el progenitor sea considerado: autor, coautor, instigador o cómplice del delito en cuestión, razón por la cual la consecuencia es idéntica en cualquiera de los casos independientemente de los alcances de su participación.

Ante este breve análisis, estimo que vale la pena ponderar determinados aspectos que resultan relevantes, a mi criterio, sin perjuicio de la urgencia con la cual se puede haber sancionado la norma, la demanda social fundada en casos aberrantes donde femicidas se encontraban al cuidado de sus hijos y de las críticas que pueden hacerse respecto del texto que introdujo la primera reforma del Código Civil y Comercial de la Nación y que han desarrollado autores como Jorge y Esteban Mazinghi (2017).

III. Aspectos procesales de la ley 27.363 e intervenciones del Ministerio Público de la Defensa

Inicialmente, cabe ponderar que los legisladores hicieron especial hincapié en la intervención del Ministerio Público en los casos tanto de privación como de suspensión de la responsabilidad parental, sin perjuicio de que ello podría resultar redundante ante las normas actualmente vigentes en la materia.

En efecto, la intervención de nuestro Ministerio ya se encontraba prevista tanto en el ámbito penal como en el ámbito civil, por lo cual entiendo que los legisladores al resaltar la obligatoriedad de comunicar y dar intervención han querido hacer una especial mención, aunque no con una correcta técnica legislativa, fundada en la necesidad de una intervención principal –en caso de ser necesario por

inactividad de alguno de los representantes legales– en los términos de lo señalado por el art. 103 inciso b del Código Civil y Comercial de la Nación.

De tal forma, tanto las defensorías de menores e incapaces de sede penal como las que intervienen ante sede civil –art. 43 de la ley N° 27.149–, con sus respectivos alcances y en el ámbito de su competencia, van a ser actores principales y necesarios de acuerdo a esta ley, ya sea para la suspensión como para la privación de la responsabilidad parental.

Además, al sancionar esta norma se ha previsto acceder de manera rápida a una resolución en miras de garantizar la consagración del interés superior del niño –art. 3 CDN–, por lo cual ya sea ante el procesamiento (término procesal con el que personalmente discrepo en la redacción de la ley, al no existir en muchos códigos procesales provinciales ni en el sistema acusatorio) o auto que resulte análogo, la intervención del Ministerio y del organismo de protección deberá ser inmediata, iniciándose con suma ¿urgencia? en sede civil el expediente respectivo y debiéndose requerir toda medida cautelar que se considere necesaria en caso de existir riesgo en la integridad psicofísica del menor de edad.

Sobre este punto creo que cabe realizar una particular distinción personal, sin perjuicio del articulado y dado el interés superior que se encuentra en juego: el derecho civil en el ámbito de familia es eminentemente tutelar, busca proteger y resguardar, así como también consagrar los derechos de uno de los sectores más vulnerables de nuestra sociedad, mientras que el derecho penal tiene una naturaleza sancionatoria.

En un supuesto ya sea de privación como de suspensión de la responsabilidad parental dicha tutela va a ser respecto del niño sobre el progenitor que se encuentra procesado o condenado penalmente por alguno de los delitos previstos por la norma, de forma tal que todos los esfuerzos, planteos y demás cuestiones procesales que se susciten en el marco del expediente civil no pueden perder el foco de que el primordial sujeto a proteger es el niño, niña o adolescente que se encuentre involucrado.

Al respecto, la doctrina ha señalado que:

Desde el punto de vista del efecto en las relaciones paterno filiales –según el enfoque actual que de la responsabilidad parental se impone– las causales de privación se legislan como modo de proteger al hijo ante la presencia de conductas voluntarias de los progenitores que –atento importan el incumplimiento con los deberes y derechos que emergen de la misma– los perjudican o los ponen en peligro físico y psíquico (Parodi 2018, 102).

Ante tal distinción, considero que el alcance de la intervención de este Ministerio en sede civil no se encuentra delimitado exclusivamente a los artículos señalados, sino que se deberá expandir a la totalidad de cuestiones que se requiera en miras de consagrar el interés superior que se encuentra involucrado, tanto en lo respectivo a una actividad judicial como extrajudicial. Incluso se podrá extender la suspensión o privación también a los hermanos de nuestro defendido, quienes también serán asistidos por este Ministerio de considerarse que se encuentran vulnerados sus derechos y máxime dado que, en muchísimos casos, han sido también víctimas de violencia familiar por los mismos hechos generadores de la denuncia en sede penal.

De tal forma, encuentro relevante destacar la posibilidad de que los delitos señalados por la ley fueran también cometidos en casos de tentativa, extremo que claramente resulta más claro y específico que la redacción propia del artículo 700 inciso c del Código Civil y Comercial de la Nación.

En efecto, coexistiendo el art. 700 inciso c y el art. 700 bis, podríamos establecer una clara distinción procesal: en el primer caso, la privación va a ocurrir por sentencia en sede civil con un proceso de conocimiento y previa sentencia penal firme, incluyendo de este modo a los delitos que no se encuentran previstos taxativamente por el art. 700 bis.

Por defecto, en el segundo caso la sentencia penal firme va a producir de pleno derecho la privación de la responsabilidad parental, por lo que en este último extremo la comunicación al Ministerio Público parecería proceder al mero efecto informativo, con miras de anotar al juzgado civil interviniente de forma tal que quede registrada la sentencia penal y la privación en cuestión. En caso de que no exista juzgado civil interviniente –lo cual resultaría muy poco probable– se sorteará uno a tal fin, debiéndose comunicar dicha privación a fin de que sea anotada marginalmente en el acta de nacimiento por parte del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas respectivo.

Algunos autores, como Jorge y Esteban Mazzinghi (2017), se oponen enfáticamente a la privación automática por considerar que podría provocar “consecuencias imprevisibles e indeseables en un tema tan sensible y que puede afectar de lleno el interés y el bienestar del menor”, y destacan que no les parece positivo prescindir del criterio judicial. Discrepo con esta postura por considerar que la sola comisión de dichos delitos o su tentativa ante tales aberrantes supuestos en perjuicio del hijo o hija menor de edad no requieren de mayor sustanciación que la que sea radicada en sede penal, por lo cual el criterio de privación automática y

de pleno de derecho me parece sumamente atinado a miras del debido resguardo del niño, niña o adolescente a fin de evitar su revictimización.

A modo de crítica, parecería que entre los artículos 700 y 700 bis hay una duplicación de supuestos que podría entenderse como innecesaria y, tal como lo señalan Herrera y De La Torre, podría haberse subsumido en una modificación que comprenda únicamente al primero de ellos:

[...] dejándose bien en claro cuáles son los supuestos que caen dentro de la regla, es decir, de la privación de la responsabilidad parental sujeta a proceso judicial y cuáles, por el contrario y aquí la incorporación o novedad del proyecto de ley, los que permiten arribar a dicha privación de manera automática, es decir, como sanción accesoria a la condena penal de determinados delitos (2017, 1023).

Sin embargo, la suspensión de la responsabilidad parental con su nueva causal prevista en el art. 702, inciso e no resulta automática, sino que requiere de un proceso de conocimiento. El texto de la ley no menciona la posibilidad de que sea declarada de oficio por el juez interviniente en el fuero de familia, requiriendo su inicio ya sea por parte del otro progenitor, del órgano administrativo, de cualquier pariente, del propio hijo con abogado o del Ministerio Público. En tal sentido, dada la marcada oficiosidad en el ámbito de familia que el Código Civil y Comercial de la Nación ha previsto en diversos supuestos, si bien la misma no se desprende del texto, puede inferirse en una interpretación integral de la normativa de fondo y dada la gravedad del supuesto en el que nos encontramos.

Particularmente, aquí es donde considero que cabe realizar una importante distinción, nuevamente, entre las injerencias propias del derecho civil puntualmente en lo referente al proceso, ya que al tramitarse en paralelo la causa sobre suspensión y el expediente penal respectivo, no puede incurrirse en forma alguna en la reiteración de medidas probatorias, declaraciones testimoniales o pericias psicofísicas que pudieran implicar una revictimización innecesaria del hijo o hija. A tal fin, debe contemplarse la posibilidad de que las pruebas realizadas en sede penal sean incorporadas al proceso civil y establecer la mayor celeridad y economía procesal posibles, de forma tal que no se desnaturalice el proceso tutelar.

En esta etapa, devienen sumamente importantes las medidas cautelares que pudieran adoptarse tanto en sede civil como penal –con el debido alcance y órbita de cada una– en resguardo del niño, niña y adolescente, tales como, por ejemplo: atribución, exclusión del hogar o prohibición de acercamiento del

progenitor denunciado, designación de tutor *ad litem* o abogado del niño en caso de resultar necesario y ante la existencia de intereses contrapuestos entre el niño, niña y/o adolescente y su otro progenitor, fijación de alimentos provisorios, régimen de comunicación supervisado, entre varias otras.

Obviamente, en todo marco es fundamental consagrar el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído en sede civil a la luz de lo dispuesto por los artículos 707 del Código Civil y Comercial de la Nación y el 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, debiéndose tener en cuenta dicha opinión.

También, al reflexionar respecto del alcance de la intervención y los derechos por los cuales deben velar en sede civil las defensorías de menores e incapaces, el Código Civil y Comercial de la Nación se ha apartado del criterio establecido por Vélez Sarsfield en el artículo 307 del Código Civil de la Nación, el cual establecía que la privación de la responsabilidad parental de uno de los hijos implicaba la privación respecto de todos ellos, mientras que, ante la actual reforma, siguiendo el criterio general establecido, la privación es solamente respecto del hijo o hija que ha sido víctima del delito ya sea consumado o en grado de tentativa.

Este criterio me parece profundamente desacertado en un supuesto de la gravedad como el que nos encontramos y en el marco de los delitos contemplados por el art. 700 bis. Inicialmente, porque estas defensorías asumirán su intervención por la totalidad de los niños, niñas y/o adolescentes de los que tome conocimiento y se encuentren vulnerados sus derechos, por lo que a través de su representación se tutelarán sus derechos activamente. No caben dudas de cómo se puede proyectar en los hermanos de la víctima los hechos cometidos en contra de su hermano, por lo que debe considerarse que la suspensión o la privación de la responsabilidad parental del progenitor implicado pueda ser extensiva a ellos.

A tal fin, en un marco procesal adecuado que permita armonizar las reglas del debido proceso y pese a no comulgar con la idea de duplicar intervenciones ni expedientes, considero que el análisis respecto de dichos supuestos por parte de los hermanos de la víctima debería tramitar por separado del expediente que trata sobre la víctima o supuesta víctima del delito, y regirse por las reglas establecidas en sede civil para los procesos ordinarios.

Otro aspecto que resulta sumamente relevante se relaciona con los procesos en trámite en sede civil y el criterio de retroactividad o no de la ley 27.363 a la luz del artículo 7º del Código Civil y Comercial de la Nación siguiendo los fundamentos generales explicitados al respecto, por Kemelmajer de Carlucci (2015). En efecto, en un supuesto donde la sentencia penal condenatoria firme fuese

dictada antes de la sanción de la ley, ¿desde qué momento podríamos considerar operada la privación de la responsabilidad parental, desde la fecha de la sanción de la norma o desde la fecha de la sentencia penal?

La ley ha establecido que su aplicación se encuentra circunscripta a las situaciones jurídicas pendientes o en curso de ejecución, por lo que la privación en dicho supuesto solo podría operar desde su sanción. El mismo criterio podría, también, proyectarse a la resolución de un caso donde no se ha iniciado el proceso de privación ni de suspensión a la fecha, con sentencia penal firme dictada con anterioridad a la sanción de la ley 27.363. Por lo que, al no existir una disposición clara respecto de sus efectos, ante tal supuesto considero que se debería iniciar un proceso judicial de privación en sede civil, con miras a obtener la resolución respectiva y la consecuente anotación y comunicación registral.

En función de ello, tampoco la norma es clara respecto de las causas en las que existe sentencia penal condenatoria por los delitos previstos por el art. 700 bis pero no se ha iniciado proceso judicial alguno en sede civil. Nuevamente, nos encontramos, a mi criterio, ante un vacío en la norma que requiere necesariamente de una expresa regulación en el código de forma.

Finalmente, una cuestión que no resulta menor está vinculada con la vigencia de la curatela prevista por el art. 12 del Código Penal y cuya constitucionalidad ha sido ratificada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “González Castillo”⁴. Esta norma impone la inhabilitación absoluta a los penados a reclusión y prisión por más de tres años, lo que trae como consecuencia la suspensión de la privación de la responsabilidad parental durante ese período. Ese extremo no ha sido contemplado por la ley 27.363 pero podría tener relación directa con muchos de sus supuestos.

IV. Incumbencias profesionales de distintos miembros del Ministerio Público de la Defensa en los supuestos comprendidos por la ley 27.363

Ante la presente reforma, que hace especial hincapié en que la sede penal deberá comunicar a nuestro Ministerio Público a fin de que intervenga ante sede civil, deviene necesario pensar cuáles serían las defensorías a las cuales les correspondería intervenir en este marco, cómo se suscitarían sus intervenciones y en qué contexto se deberían enmarcar.

Tal como he señalado con anterioridad, pese a lo que indica el Código de

4 CSJN, “González Castillo, Cristián Maximiliano y otro s/ robo con arma de fuego”, rta. 11/05/2017, Fallos 340:669.

fondo en la materia, el legislador remarcó la necesidad de que se comunique al Ministerio Público lo resuelto en sede penal. A mi criterio, podemos inferir que el deseo del legislador fue que las actuaciones sobre suspensión o privación se inicien de manera inmediata con dicha comunicación.

En efecto, como he mencionado, la intervención de este Ministerio en sede penal como parte necesaria respecto de un menor de edad víctima de un delito se encuentra prevista en el art. 43, inciso f de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa N° 27.149.

Ante ello, podría suscitarse un caso donde no existan actuaciones civiles radicadas ante el fuero de familia y la primera intervención que se promueva respecto del niño, niña o adolescente sea en sede penal con motivo de ser víctima de un delito de los previstos por el art. 700 bis.

Frente a una situación de estas características, resulta inminente el inicio de las actuaciones respectivas, ya sea por parte del organismo administrativo de aplicación de derechos de la ley N° 26.061 o ante las defensorías de menores e incapaces, para su ulterior inicio ante los juzgados nacionales en lo civil. En caso de no existir expediente civil en algún juzgado, se deberá dar intervención a la defensoría que se encuentre de turno.

A tal efecto, no resulta menor establecer que la competencia penal en razón del territorio puede coincidir o no con el centro de vida del niño, niña o adolescente por lo que es este último el que determine la competencia del juez en lo civil que intervenga en los procesos que sean comunicados para su inicio. El centro de vida es un criterio que puede mutar, incluso durante el desarrollo de los procesos, si existe una modificación debidamente autorizada en los términos de lo establecido por el artículo 716 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Ante tales supuestos, ya sea que se modifique el centro de vida o que el mismo no coincida con la competencia en razón del territorio con el juzgado penal, resulta elemental que exista una adecuada comunicación entre los juzgados intervinientes, los miembros del Ministerio Público y los organismos de promoción de derechos de niños, niñas y adolescentes de las diversas jurisdicciones.

En efecto, sería fundamental no solamente que las causas iniciadas en dichas sedes sean certificadas por ambas a fin de conocer sus estados procesales con cierta inmediatez, sino que también, en caso de proceder una eventual declinatoria o inhibitoria, tanto el Ministerio Público como el juzgado y el organismo de promoción de derechos tomen inmediato conocimiento para poder disponer toda medida que entiendan necesaria.

Además, en el marco de la intervención de una defensoría de menores e incapaces en lo civil, podrían darse varios supuestos: podría provenir derivada de la radicación de un expediente sobre denuncia por violencia familiar o de un expediente sobre control de legalidad –ley 26.061– donde se pudiera haber denunciado algún delito cometido contra el menor y que implique la derivación inmediata de la denuncia al juzgado penal correspondiente. En su defecto, la circunstancia de la denuncia de estos hechos podría resultar sobreviniente y encontrarse enmarcada en cualquier otro tipo de proceso que se halle en trámite ante un juzgado de familia como podría ser un régimen de comunicación o un cuidado personal de los hijos, ya sea en el marco de una presentación de alguno de los progenitores, durante la celebración de una audiencia o, inclusive, en el marco de una medida precautoria o cautelar que no necesariamente se encuentre relacionada con el objeto de la denuncia que de forma ulterior se radicara en sede penal.

Inclusive, los hechos objeto de la denuncia también podrían revelarse con motivo de una internación por razones de salud mental de un niño, niña o adolescente.

Ante dichos supuestos, cabe recordar la recientemente sancionada ley N° 27.455 que, al modificar el artículo 72 del Código Penal de la Nación, importa la obligatoriedad de denunciar los hechos cometidos respecto de niñas, niños y adolescentes en supuestos de delitos como los que fueron previstos por el artículo 700 bis del Código Civil y Comercial de la Nación, por lo que en caso de inacción de sus representantes legales, la denuncia en sede penal debería proceder de manera inmediata siendo promovida ya sea por el propio juzgado civil interviniente, el Ministerio Público o el propio organismo de protección de derechos.

En todo este contexto, también podría suscitarse la intervención de las defensorías públicas tutorías en los términos del artículo 44 de la ley 27.149, en sus incisos a y b, si no existiera persona que pueda ejercer la responsabilidad parental del niño, niña o adolescente, o bien si existieran intereses contrapuestos entre ellos.

Eventualmente, también podrían tener intervención en sede civil para la defensa de los progenitores denunciados que se encuentren encarcelados los Programas de Asistencia Jurídica de Hombres y Mujeres Privados de la Libertad, creados por las Resoluciones DGN N° 1966/2007 y 795/2015.

Ante el eventual supuesto que por la imputación de dichos delitos el padre o madre se encuentre excarcelado, su defensa en sede civil podría llegar a ser ejercida por el defensor público oficial ante este fuero.

V. Conclusiones, propuestas y valoraciones personales

Considero que vale la pena destacar la intención que los legisladores han tenido con la sanción de la ley 27.363 en miras de generar una norma concreta que permita poner de manifiesto la imposibilidad de que ante la comisión de los delitos allí previstos o su tentativa un progenitor pueda ejercer su responsabilidad parental, pudiéndose disponer su suspensión y, ulteriormente, privación.

Sin perjuicio de ello, tal como he señalado con anterioridad, discrepo de ciertos alcances de la reforma, pudiéndose haber omitido el 700 bis y reformar en lo respectivo el propio artículo 700.

Pero fuera de todo eso, la ley tiene una intención concreta vinculada con la activa participación del Ministerio Público y, si bien el legislador no ha utilizado en muchos alcances las palabras adecuadas a tal efecto, se desprende tanto del diario de sesiones en la Cámara de Diputados como del propio texto legal la necesidad de una rápida y efectiva intervención en resguardo de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren involucrados.

En tal inteligencia deviene necesario aunar criterios de intervención por parte de los representantes de nuestro Ministerio que actúan en sede penal como en sede civil, y que puedan establecerse estrategias en conjunto e interrelacionadas tendientes a producir la mayor tutela y resguardo del niño, niña o adolescente que se encuentre involucrado.

Bibliografía

Herrera, Marisa y Natalia De La Torre. 2017. "Privación automática de la responsabilidad parental y derechos humanos: de vulnerabilidad y vulnerabilidades en plural". *La Ley* 2017-C: 1023.

Kemelmajer de Carlucci, Aida. 2015. *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Primera Parte*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.

Mazzinghi, Jorge A. M. y Esteban M. Mazzinghi. 2017. "Privación y suspensión de la responsabilidad parental (una reforma no del todo necesaria y con ciertas desprolijidades)". *El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia* 14.234, 31 de julio: 1-3.

Parodi, María Cecilia. 2018. "A propósito del nuevo esquema de ejercicio de responsabilidad parental luego de la sanción de la ley 27.363 y de la postura adoptada recientemente por la Corte Suprema de Justicia en torno al art. 12 del Código Penal". *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 4: 102-125.

APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEY 27.363 A LOS PROCESOS EN TRÁMITE

Juan Pablo Olmo

Defensor público tutor. Titular de la Defensoría Pública Tutoría N° 1

I. Planteo del tema

Cada vez que se modifica el derecho vigente mediante el dictado de una nueva ley, surge un primer interrogante, lógicamente anterior al análisis e interpretación de la nueva normativa: ante una situación determinada, ¿hay que aplicar la vieja o la nueva ley? Se trata de un problema de derecho transitorio, también llamado de eficacia temporal de las normas, conflicto de leyes en el tiempo, etc.

Si bien el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) prevé las reglas aplicables a la materia en su artículo 7, en esta ocasión el tema resulta de interés puesto que la ley 27.363 también dedicó uno de sus artículos para fijar una regla de aplicación temporal.

II. La regla general para la aplicación temporal de las leyes civiles

La eficacia temporal de las normas civiles se rige por lo dispuesto en el artículo 7 CCyCN:

Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

En lo que aquí interesa, la regla general sería que la nueva ley se aplica en forma inmediata, no retroactiva. Es decir, a partir de su entrada en vigencia se aplica, incluso, a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídi-

cas existentes (art. 7 párr. 1º), mas no así con efecto retroactivo (párr. 2º) de modo que afecte su constitución y extinción acaecidas durante la vigencia de la ley anterior¹.

III. La regla específica para la aplicación de la ley 27.363

Por su parte, el artículo 3 ley 27.363 prevé una norma propia de derecho transitorio: “La presente ley será aplicable a las situaciones jurídicas pendientes o en curso de ejecución”.

Ahora bien, para interpretar la regla del artículo 3 hay que tener en cuenta en cuál de los siguientes escenarios entró en vigencia la ley 27.363: a) Proceso penal en trámite sin auto de procesamiento firme respecto de los delitos previstos en el artículo 700 bis CCyCN; b) Proceso penal con auto de procesamiento firme; c) Condena penal firme; d) Condena penal firme y proceso civil en trámite tendiente a privar la responsabilidad parental; e) Condena penal firme y sentencia civil firme que priva de la responsabilidad parental.

IV. Nuestra postura

De la aplicación del artículo 3 ley 27.363 se derivan las siguientes conclusiones:

a.) Con relación a los autos de procesamiento que ya se encontraban firmes respecto de los delitos previstos en el artículo 700 bis CCyCN, cuando se trata del progenitor o bien de la progenitora en los delitos contra los hijos (regla), la entrada en vigencia de la ley 27.363 provoca la suspensión de pleno derecho de la responsabilidad parental (art. 702, inc. e, CCyCN).

b.) En cambio, si la procesada es la progenitora por delitos contra el otro progenitor, la entrada en vigencia de la ley habilita el inicio de un expediente en sede civil tendiente a la suspensión de la responsabilidad parental, con invocación de la causal del artículo 702, inc. e, CCyCN, en cuyo marco se podrá alegar la configuración del supuesto de excepción (que medió violencia de género)².

1 Para un análisis más exhaustivo, se recomienda compulsar: para la fuente de nuestro derecho, la nueva impresión disponible de la obra de Roubier (2008); para la redacción originaria del artículo 3 CC que receptaba la teoría de los “derechos adquiridos”, Borda (1951); con relación al artículo 3 CC, texto según ley 17.711 (fuente de la norma actual), Moisset de Espanes (1976); para el artículo 7 CCyCN, Kemelmajer de Carlucci (2015 y 2016).

2 Ello así, sobre la base de sostener que la suspensión por la causal del artículo 702 inc. e) CCyCN no opera *ipso iure* cuando se procesa a la progenitora por delito contra el otro progenitor. Para la fundamentación de esta distinción, nos remitimos a Olmo (2019).

c.) Si el auto de procesamiento queda firme con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley, una vez que ello ocurra también quedará suspendido el ejercicio o habilitada la acción civil a tal fin, según corresponda.

d.) En los casos donde ya había condena penal firme por esos delitos, la entrada en vigencia de la ley 27.363 produce de pleno derecho la privación de la responsabilidad parental.

e.) Si la condena penal queda firme con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, una vez que ello ocurra también operará la privación *ipso iure*.

f.) En cualquiera de estos últimos dos casos, si con posterioridad se iniciara un proceso civil tendiente a la privación de la responsabilidad parental por las causales del artículo 700 bis CCyCN, debería ser rechazado *in limine*.

g.) Los procesos civiles que ya se encontraban en trámite al momento de la entrada en vigencia de la ley, iniciados con miras a la privación de la responsabilidad parental por las causales del artículo 700 inc. a y c CCyCN, pero fundados en una sentencia penal referida a los delitos que ahora prevé el nuevo artículo 700 bis CCyCN, habrán devenido abstractos ya que resulta innecesario un pronunciamiento judicial: bastará con la constancia emitida en sede penal como modo de acreditar la privación de la responsabilidad parental.

h.) Si el proceso civil ya tenía sentencia firme de privación de la responsabilidad parental por las causales del artículo 700 CCyCN, esta situación no es alcanzada por la nueva ley.

V. Algunas dificultades interpretativas en la primera etapa de aplicación de la nueva norma

Si bien la norma es clara en cuanto a su aplicación en aquellos expedientes en sede civil sobre “privación de la responsabilidad parental” que ya se encontraban en trámite al momento de la entrada en vigencia de la ley 27.363, lo cierto es que nos encontramos ante un tema que siempre ha generado debates y discrepancias; sobre todo en la primera etapa de la aplicación de las nuevas leyes, puesto que en un futuro todas las relaciones y situaciones jurídicas quedarán bajo el amparo de la nueva ley.

En efecto, en esta primera etapa de aplicación de la ley no ha faltado jurisprudencia referida a los expedientes en trámite, según la cual, en ocasión de plantearse que la cuestión había devenido abstracta por la entrada en vigencia del artículo 700 bis CCyCN, se resolvió rechazar el planteo y se concluyó que el expediente debía continuar hasta el dictado de una sentencia en sede civil que

dispusiera expresamente la privación de la responsabilidad parental del progenitor condenado por el delito previsto en el artículo 700 bis inc. c CCyCN.

Se trata de un interesante precedente del Juzgado Civil n° 92, “D. P. M. e I. n° 2 c/ F. C., M. s/ Privación de la patria potestad”, resolución de fecha 12/06/2018 (inédito). Los fundamentos del fallo fueron los siguientes:

[...] el debate que se plantea es meramente teórico y en modo alguno incide sobre el resultado del proceso mediante el cual se procura apartar al progenitor condenado por un delito contra la integridad sexual de su hija del ejercicio de la responsabilidad parental. Dilatar un pronunciamiento sobre la base de un excesivo rigor formal cuando –reitero– en nada modifica ello la solución del caso, resulta contrario a la máxima que debe inspirar toda decisión judicial donde se encuentren involucrados los derechos de personas menores de edad, esto es, el interés superior del niño [...] en cuanto a la alegada innecesariedad de pronunciamiento judicial en virtud de lo dispuesto por el art. 700 bis del CCyCN [...] ello no significa que resulte innecesario un pronunciamiento judicial expreso en la materia –que podría incluso provenir del mismo fuero penal en la sentencia de condena al agresor– pues la resolución que disponga expresamente esta privación tiene efectos prácticos que no es posible soslayar. Piénsese, por ejemplo, si el progenitor que mantiene el ejercicio de la responsabilidad parental pretende autorizar por sí alguno de los actos o supuestos previstos en el art. 645 del CCyCN que requieren la expresa conformidad del otro. De no contar con una resolución clara, llevaría al absurdo de tener que cargar consigo copia de la sentencia penal condenatoria a fin de autorizar por sí solo cada uno de los supuestos enunciados por la citada norma, siempre –claro está– que no se enfrente con alguna autoridad o interlocutor que desconozca con exactitud o ponga en duda los alcances del art. 700 bis. La certeza que deriva de una resolución expresa que indique los efectos de la condena penal en este caso no deja lugar a dudas o debate alguno. Las situaciones que pueden presentarse son múltiples: el caso de los empleados de la Dirección General de Migraciones ante la inminencia de un viaje al exterior de la niña, las autoridades del colegio frente a cualquier cuestión que pueda presentarse donde se pretenda –muchas veces por exceso en el interpretación de la norma– el consentimiento de ambos progenitores, cualquier acto, tratamiento o intervención médica que la involucre, entre muchos otros. Esta circunstancia, de hecho, ha sido tenida en cuenta por el legislador, en tanto el último párrafo del art. 700 bis del CCyCN dispone que “La sentencia definitiva debe ser comunicada al Ministerio Público a los fines de lo previsto en el artículo 703, teniéndose en cuenta la asistencia letrada establecida en el artículo 26, segundo párrafo y a la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción, a efectos de que se proceda en sede civil, a los efectos de este artículo. Se deberá observar lo previsto en el artículo 27 de la ley 26.061”. Se regula así, sucintamente, el procedimiento a seguir en estos casos, cual es la comunicación al Ministerio

Público y al organismo administrativo de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente. Es cierto que esta disposición tendrá especial trascendencia en los supuestos en que el ejercicio de la responsabilidad parental no continúe en el otro progenitor en razón de distintas circunstancias (fallecimiento, ausencia, incapacidad, restricción de la capacidad a tales fines, filiación unilateral, etc.), a efectos de que se proceda a iniciar los procesos correspondientes para la tutela o adopción, según la situación planteada, y siempre en beneficio e interés de la niña, niño o adolescente. Pero no lo es menos que la alusión genérica al art. 703 incluye los casos en que el otro progenitor continúe ejerciendo la responsabilidad parental.

A nuestro entender, se trata de una resolución *contra legem* basada en argumentos rebatibles, por los siguientes motivos: 1) la sentencia desconoce la aplicación inmediata de la nueva ley a los procesos en trámite, conforme lo expresamente previsto en el artículo 3 ley 27.363; 2) no solo eso, sino que de la argumentación del fallo se desprende que ese temperamento debería adoptarse también en los nuevos procesos que se inicien, puesto que en cualquier caso siempre se requeriría de una resolución judicial en el marco de un proceso ordinario en sede civil, a lo cual respondemos que ello es contrario a lo dispuesto expresamente en el artículo 700 bis CCyCN. Es más, esta es justamente la mayor novedad que trae aparejada la nueva ley: la aplicación de pleno derecho de la privación de la responsabilidad parental, en virtud de que en este tipo de casos se requieren soluciones urgentes tal como la que brinda la nueva norma; 3) se privilegia la ignorancia del derecho de los agentes llamados a cumplir la ley por encima de su obligatoriedad, lo cual contraría lo dispuesto expresamente en el artículo 8 CCyCN³; 4) el planteo no dilata la solución del caso, sino todo lo contrario: su rechazo dilata la solución del caso, al exigir que se continúe con el expediente y con ello desconocer –justamente– que el caso ya está “solucionado”; 5) el fallo presupone posibles desconocimientos de la norma por parte del personal del organismo citado a modo de ejemplo en los considerandos; 6) indirectamente, se avalan prácticas contrarias a derecho, como ser la exigencia del consentimiento expreso de ambos progenitores por fuera de los supuestos establecidos en el artículo 645 CCyCN; 7) si acaso es cierto que el debate planteado era meramente teórico y en modo alguno incidía sobre el resultado del proceso mediante el cual se procuraba apartar al progenitor condenado de delito, lo será porque se espera una solución igual a la planteada, es decir que la resolución anticipa el resultado del proceso y entonces nos encontramos ante un supuesto de prejuzgamiento, lo cual habilita la recusación

3 Artículo 8 CCyCN: “Principio de inexcusabilidad. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico”.

con causa; 8) se confunden los alcances y justificación de la comunicación de la condena penal al Ministerio Público y a la autoridad local de protección de niños, niñas y adolescentes, puesto que ella no está prevista –en los casos de condena firme– para iniciar un proceso de privación de la responsabilidad parental, sino para proceder de acuerdo a lo normado en el artículo 703 CCyCN (tal como lo señala expresamente el artículo 700 bis CCyCN) y para que la autoridad de aplicación adopte las medidas de protección que pudieran corresponder (art. 33 y ss. ley 26.061), incluso las de carácter excepcional (art. 39 ley 26.061).

De todas formas, no es menos cierto que con el correr del tiempo se habrán de depurar estas situaciones puesto que, en lo sucesivo, no deberían iniciarse nuevos expedientes de privación de la responsabilidad parental basados en estas causales, respecto de las cuales sus consecuencias jurídicas operan *ipso iure* por aplicación del nuevo artículo 700 bis CCyCN.

En estos casos, en tanto que medidas orientadas a la protección de los hijos, la valoración sobre la conveniencia al interés superior del niño está dada por el legislador y no por el juez: la particular gravedad de los hechos que aquí se tipifican hace presumir que la privación de la responsabilidad parental es una medida adecuada para su protección integral. En cambio, sí es importante la valoración judicial con posterioridad, ante un eventual juicio civil tendiente a la rehabilitación de la responsabilidad parental en los términos del artículo 701 CCyCN.

Bibliografía

Borda, Guillermo A. 1951. *Retroactividad de la Ley y Derechos Adquiridos*. Buenos Aires: Perrot.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. 2015. *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*. Santa Fe: Rubinzal–Culzoni.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. 2016. *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte. Análisis de doctrina y jurisprudencia*. Santa Fe: Rubinzal–Culzoni.

Moisset de Espanes, Luis. 1976. *Irretroactividad de la ley y el nuevo Artículo 3 (Código Civil) (Derecho Transitorio)*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.

Olmo, Juan Pablo. 2019. “Extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental a la luz de las modificaciones de la ley 27.363”. En: *Diálogos de la defensa pública. Aspectos civiles y penales de la ley 27.363 sobre privación y suspensión de la responsabilidad parental*, 51–71. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

Roubier, Paul. 2008. *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*. Paris: Dalloz.