



Ministerio Público de la Defensa  
Defensoría General de la Nación

Resolución DGN N° 1597/12

Buenos Aires, 10 de diciembre de 2012

PROTOCOLIZACIÓN
FECHA: 10, 12, 12
JAVIER LANCESTREMERE SECRETARIO LETRADO DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION

VISTO Y CONSIDERANDO:

Que el art. 12 del Código Penal establece que "[l]a reclusión y la prisión por más de tres años... Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos".

Más allá de que se haya querido asignar a la citada disposición una finalidad proteccionista, lo cierto es que representa una verdadera pena accesoria. En este entendimiento, es posible precisar que las limitaciones que la norma impone, de modo automático, a la patria potestad y a la capacidad de administración y disposición de bienes menoscaban preceptos de raigambre constitucional y convencional.

Suspensión de la Patria Potestad

Según lo establecido en el art. 264 del Código Civil, la patria potestad "...es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral...".

Cualquier situación relativa al ejercicio del referido instituto debe analizarse y resolverse, principalmente, desde la perspectiva del interés superior de la persona menor de edad, en el marco de la verificación de su autonomía progresiva. En este sentido, la ley 26.061 reconoce al interés superior de la niña, niño y adolescente como la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos y garantías,

USO OFICIAL

STELLA MARIS MARTINEZ  
DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION

JAVIER LANCESTREMERE  
SECRETARIO LETRADO  
DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION

estableciendo específicamente que dicho principio “rige en materia de patria potestad” (art. 3).

Así, cada una de las decisiones judiciales o disposiciones legales que se apliquen en referencia a la temática en cuestión, deben ponderar como principio rector fundamental el interés superior del niño (art. 3.1 Convención sobre los Derechos del Niño), el cual “se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño” (Corte IDH, OC-17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, pto 56). Claro está, su contenido debe redefinirse ante cada caso concreto de acuerdo a sus propias características, puesto que “no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso” (Fallos: 330:642).

De lo dicho se colige que la previsión contenida en el art. 12 del Código Penal carece de sustento alguno, en tanto disposición genérica de aplicación automática. En efecto, la norma determina la privación de la patria potestad (que debe ser entendida como una suspensión, art. 309 del Código Civil), predisponiendo como único requisito la constatación de una situación objetiva, esto es, la aplicación de una pena de prisión superior a los tres años. De tal modo, omite reflexionar o exigir análisis alguno acerca de la situación del niño afectado por la medida o valorar las alternativas que protegerían de mejor manera sus derechos fundamentales.

Mediante la aplicación mecánica de la normativa en cuestión se vulnera también el derecho del niño a ser oído en todo procedimiento judicial que pudiese afectarlo (art. 12 CDN y art. 27, Ley 26.061). Sin escuchar su opinión, difícilmente pueda determinarse válidamente el interés superior en juego, que de tal modo se reduciría a un concepto vacío de contenido o meramente enunciativo.

La previsión bajo análisis menoscaba asimismo el principio de no trascendencia de la pena (art. 5, inc. 3 Convención Americana



*Ministerio Público de la Defensa*  
*Defensoría General de la Nación*

sobre Derechos Humanos). Ello, debido a que la respuesta punitiva estatal se extiende injustificadamente al ámbito familiar de la persona condenada, al afectar seriamente la preservación y el afianzamiento de los vínculos afectivos de los niños con sus progenitores, ya debilitados por la separación generada por el encierro.

Pero la suspensión de la patria potestad dispuesta por la norma vulnera también los derechos de las personas condenadas. Es que si bien el instituto implica la satisfacción de las necesidades para la plena protección y desarrollo del niño, también constituye un derecho de los padres del que sólo pueden ser privados cuando el interés del hijo así lo aconseje.

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 lo es la supresión -aunque temporal- del derecho.

Mención aparte merece el escenario que se plantea en el marco de la aplicación del art. 195 de la ley 24.660; norma que permite que las mujeres privadas de libertad permanezcan con sus hijos menores de cuatro años en los establecimientos penitenciarios. En estos casos la mujer provee el cuidado y atención de sus hijos, es decir que, de hecho, ejerce actos esenciales de la patria potestad. En tales condiciones, y aún considerando un supuesto criterio protector al art. 12 del CP, la privación de derechos allí regulada carecería igualmente de vigencia alguna, pues ni siquiera se presenta la circunstancia fáctica que aquella pretendería subsanar.

En definitiva, si la persona condenada se encuentra en condiciones de ejercitar y cumplimentar 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

USO OFICIAL

STELLA MARÍA MARTÍNEZ  
DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

cometido, en modo alguno podría sostenerse la legitimidad de una disposición que restrinja en forma automática su ejercicio.

*Incapacidad de administración y disposición de los bienes*

Sin perjuicio de las particularidades propias de cada caso, es factible que los actos relativos a la administración y disposición de los bienes puedan ser concretados por el condenado pese a la situación de encierro; "... el penado no está fácticamente imposibilitado de ejercer los derechos que el art. 12 cancela..." (Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro: Derecho Penal. Parte General; Ed. Ediar; 2000, pág. 941). Es por este motivo que el supuesto de incapacidad de hecho previsto en el art. 12 del Código Penal presenta, como ya se dijera, rasgos claramente sancionatorios.

En este punto, la referida normativa -que se arroga la aplicación de medidas que, de resultar necesario, deberían canalizarse en ámbitos ajenos al derecho penal-, lejos de reflejar una mera consecuencia de la condena con efectos tutelares, instituye una pena accesoria, de exclusivo índole moralista e íntimamente ligada a conceptos del derecho penal de autor. Dicha conclusión es admitida por la propia ley "cuando impone esta pena únicamente a quién está penado por más de tres años: si la incapacidad fuese una consecuencia máxima del encierro, y no tuviese otro fin que el tutelar, no tendría ningún sentido ese requisito, puesto que en la misma situación de incapacidad se hallarían todos los que están privados de libertad, sea cual fuere el tiempo de su privación" (Zaffaroni, Eugenio; "Tratado de Derecho Penal"; Vol. V; pág. 251).

Más aún, si nos encontráramos ante una medida dispuesta con fines de protección no parecería lógico que su aplicación exigiera la existencia de una sentencia condenatoria firme. Ello equivaldría a dejar desprotegidos a todos los individuos que se encuentran sometidos al instituto de la prisión preventiva.

Como se observa, la persona condenada por la comisión de un hecho delictivo no sólo recibe el reproche punitivo que legítimamente le corresponde por la conducta realizada, sino que se ve



*Ministerio Público de la Defensa  
Defensoría General de la Nación*

sometido a la aplicación automática de una sanción que, sin fundamento en el suceso material que dio origen a la persecución penal, limita rigurosamente su autonomía personal.

Esta privación del ejercicio de determinados derechos civiles se trasluce así en una reacción represiva con un claro efecto de estigmatización social. Su consecuencia directa es contradecir el fin que debe guiar a la respuesta punitiva estatal en la imposición y ejecución de una condena privativa de la libertad, es decir, la reinserción de la persona en la sociedad (art. 5, inc. 6 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 10, inc. 3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 1 Ley 24.660).

La situación de detención no debe eliminar la posibilidad de realizar variadas e importantes actividades sociales y personales, tales como estudiar o trabajar. Pero resulta igualmente relevante que la persona pueda mantener en la mayor extensión posible las relaciones con el mundo exterior, en este caso, al conservar su participación en aquellos actos que dirimen derechos y obligaciones de su vida civil (en este sentido, cfr. Regla 60 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos).

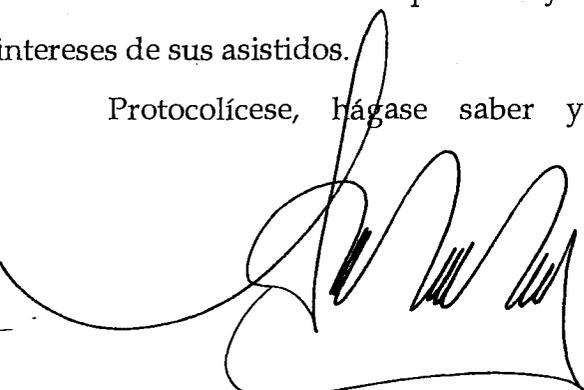
Por ello y de conformidad con lo establecido en el artículo 51 de la ley 24.946, en mi carácter de Defensora General de la Nación

**RESUELVO:**

**RECOMENDAR** a los Sres/as. Defensores/as Públicos/as con competencia en materia penal que arbitren los medios necesarios para evitar la aplicación genérica y automática del art. 12 del Código Penal, conforme lo referido en la presente y siempre que así lo dispongan los intereses de sus asistidos.

Protocolícese, hágase saber y, oportunamente, archívese.

  
JAVIER LANCESTREMERE  
SECRETARIO LETRADO  
DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION

  
STELLA MARÍA MARTÍNEZ  
DEFENSORA GENERAL DE LA NACION

