



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Carrera de Abogacía

Sede Berazategui

“Una cuestión de género en nuestro Código Procesal Penal.

La inconstitucionalidad del art. 159”.

Tutor: Martínez Rubén Adrián

Alumno: Martínez Manuel

Correo electrónico: manuel19972897@gmail.com

Teléfono: 113598-0694

Título aspirado: Abogado

Localización: Berazategui

Fecha: Agosto, 2022.

RESUMEN.

El trabajo consiste en exponer que las reglas de la libertad en el procedimiento penal en la Provincia de Buenos Aires han sido subvertidas por la práctica tribunalicia, las sentencias dictadas por nuestros tribunales.

El plexo legal indica que la regla durante el proceso penal es la libertad salvo excepciones que ameritan una cautela peligro de fuga o peligro de desbaratamiento de la investigación, esta regla se ha invertido, la regla es la privación de libertad basada en aquellas dos excepciones y la excepción sería la libertad.

De ello deviene la trascendencia de medidas alternativas y morigeradoras que otorga el código del rito a fin de la recuperación parcial de esa libertad perdida.

Dentro de las medidas alternativas se encuentra la del art 159 CPP.

“Admite que una mujer con prisión preventiva con un hijo menor de 5 años sea acreedora del beneficio de la alternativa a la prisión domiciliaria.”¹

Este beneficio se lo juzga al padre con un hijo menor de 5 años en las mismas condiciones. Esto violenta el principio de igualdad del art 16 CN. Tenemos dos daños que resultan de esta discriminación, al padre que se le impide el contacto con el hijo y al hijo que se lo priva de la presencia del padre.

Proponemos en este trabajo la modificación de ese artículo y que varón y mujer se encuentren en paridad de condiciones, para acceder al beneficio de la prisión.

Esta propuesta, de intervención en el campo profesional, resolvería de ser aceptada un problema jurídico y a la vez social, la libertad del procesado y el interés familiar, con relación directa a todos los varones privados de su libertad sin condena firme.

PALABRAS CLAVES: libertad, genero, varón, mujer, niño, inconstitucionalidad igualdad, discriminación, prisión, art 159 CPP.

¹ Código Procesal Penal (CPP). 18 de Diciembre de 1996. Art. 159. Fecha de promulgación: 23 de Enero de 1997 (B.O). La Plata.

ESTADO DE LA CUESTION.

Nuestro sistema legal esta imbuido, de los principios de occidente con fuerte base en los derechos humanos y el derecho natural.

El área temática que abarca este trabajo es el Derecho Procesal Penal.

Definido como el conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso penal, establece los procedimientos y formas en que deben actuar, tanto la acusación, la defensa, la investigación, el juicio y la sentencia. Estableciendo plazos procesales, y tiempos de las respectivas etapas.

Una inconstitucionalidad ocurre cuando una cierta norma jurídica, quebranta o va en contra de la Constitución, o también contra su ley fundamental.

MARCO TEORICO.

El tema planteado emana a partir del fallo "LUJAN, ROBERTO DANIEL S/ INCIDENTE APELACIÓN DE MORIGERACIÓN A LAPRISIÓN PREVENTIVA" de la Sala II, de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial La Matanza (Causa nº 11.302), donde Lujan pide la morigeración a la prisión preventiva y no se la proveen por razones de política criminal.

Ello apareja un trato desigual ante categorías jurídicas iguales, en perjuicio del padre a quien veda la posibilidad de la prisión domiciliaria y en consecuencia al trato diario con su hijo.

Los conceptos más relevantes a desarrollar en este trabajo son:

- **Libertad:** facultad que obtiene el ser humano de poder actuar y relacionarse libremente siempre en base a sus valores, criterios, y voluntad, siempre respetando la libertad del prójimo.

(Buompadre, 2013) “Constituye un bien innato del hombre, que como tal ha de ser valorado por el ordenamiento jurídico, un derecho inherente al individuo que con el nace, y solo con el término de su existencia se extingue”. (p.283)²

- **Prisión Preventiva:** determinada como la privación de la libertad sin condena del imputado, esto solventado considerando que puede haber un peligro de fuga o un entorpecimiento de la investigación. (Vanella, 2020)
- **Política Criminal:** conjunto de decisiones o medidas, donde el estado asume su responsabilidad en ellas, para poder tratar la criminalidad, poder actuar, proponer soluciones, y así poder disminuir la delincuencia y poder cuidar al ciudadano. (Cocarico, 2020)
- **Principio de igualdad:** Principio radicado en el art. 16 de la CN, como también los artículos II de la DADDH, 7ª de la DUDH, 24 de la CADH y 25 del PIDCP incorporados al texto constitucional del art. 75 inc. 22;

² Buompadre, J. G. (2013) **Manual de Derecho Penal: parte especial**. Astrea.

“El cual las personas no pueden ser tratadas de manera diferente por las leyes si no existe una justificación fundada y razonable. A supuestos de hecho iguales han de serles aplicadas unas consecuencias iguales también”.³

(Schiavo, 2015) refiere que “la gran garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallen en una razonable igualdad de circunstancias”⁴ (p.87)

- **Derechos del padre:** El CCyC cuando habla de derechos del padre, remarca la responsabilidad parental como el conjunto de deberes y derechos que le corresponden a los padres sobre los hijos y sus bienes, para su protección, desarrollo y formación integral.

Remarcando el interés superior del niño, (Lora, 2006):

El ISN es un concepto que si bien debe ser evaluado para cada caso en concreto, debe abarcar todos los derechos del niño en cuanto él es un sujeto de derechos. El ISN está vinculado con necesidades psicológicas, educativas, sociales, jurídicas, medio ambientales y de recursos del niño y para el niño. Estas necesidades son derechos incorporados en los “Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos” y en la Constitución Nacional (que los recepciona), además en las legislaciones nacionales.⁵

- **Derechos del niño:** El menor a través del ordenamiento jurídico nacional, amparado por la Convención sobre los Derechos del Niño, y los tratados internacionales, tiene derecho de participar en todo procedimiento legal en el que estén involucrados, a ser escuchados y que su opinión tenga relevancia y sea puesta en consideración, y que todas sus decisiones se basen siempre el interés superior del Niño para poder lograr que todos sus derechos y garantías sean de forma integral para su protección.

³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <https://dle.rae.es>

⁴ Schiavo Nicolás (2015). **Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial.** Hammurabi. Vol.1

⁵ Lora, Laura N. (2006) *Discurso jurídico sobre El interés superior del niño.* Suarez.

INTRODUCCION.

El tema planteado es la inconstitucionalidad del art 159 del CPP de la Provincia de Buenos Aires en cuanto concede el beneficio de la prisión domiciliaria a la mujer madre de un menor de 5 años y no da ese beneficio al padre de un menor de 5 años.

La justificación jurídica del tema es que planteo que esa norma es inconstitucional porque viola el principio de igualdad del art 16 de la CN y la normativa internacional de la Convención De Los Derechos Del Niño, se lesiona arbitrariamente los derechos del padre y el del menor que se ve privado de la relación paternal, sin causa alguna que lo justifique.

Mi metodología a desarrollar es explicar la cuestión de la libertad en nuestro código de procedimiento penal, su privación, las medidas de coerción personal, las alternativas a la prisión, la morigeración de la misma, la norma que cuestiono, el porqué de la irracionalidad y la violación de los derechos del padre.

Desarrollo históricamente el tema del género, de la reivindicación de los derechos de las mujeres, de las normas de la cuestión de género, de los derechos del niño, de la importancia de la presencia paterna en la crianza y evolución psicológica del menor.

OBJETIVOS GENERALES

Propongo la modificación legislativa de la norma extendiendo el beneficio al padre.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Demostrar a través de autores, normas y fallos donde se justifica la irrazonable discriminación en perjuicio del padre, por razones de política criminal.
- Describir la importancia de la figura paterna, sus consecuencias físicas y psicológicas de no poder ejercer su rol y las reacciones en los niños de tener su padre privado de su libertad.
- Solventar por qué el artículo 159 del CPP, va en contra de nuestra Constitución Nacional, de nuestro ordenamiento jurídico y de la Convención de los Derechos del Niño y tratados internacionales.

LA LIBERTAD, LA PRISION PREVENTIVA Y LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART 159 DEL CPP, EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

CAPITULO 1

LA LIBERTAD Y LA PRISION PREVENTIVA

Sumario: 1.1 EL LUGAR DE LA LIBERTAD EN EL PROCEDIMIENTO PENAL EL PLEXO NORMATIVO, 1.2.- LA SUBVERSION JUDICIAL DEL SISTEMA, LA PRIVACION DE LIBERTAD SE CONVIRTIÓ EN REGLA, LA LIBERTAD ES LA EXCEPCION., 1.3.-LA DESUETUDO DEL ART 144 DEL CPP y el art. 1 del CPP, 1.4.-EL PELIGRO DE FUGA ART 148.

1.1.- EL LUGAR DE LA LIBERTAD EN EL PROCEDIMIENTO PENAL EL PLEXO NORMATIVO

Para comenzar a definir la naturaleza de la libertad y su importancia dentro del plexo normativo argentino, es importante remitirse a mucho tiempo atrás, donde todo inicio. Dentro del derecho procesal penal, algo sin definir o de un tema que aun hoy en día es muy cuestionado es como nuestras normas penales se basan en la privación de libertad o el encarcelamiento preventivo, haciendo de esta acción un error que afecta a la libertad meramente. Con este modo de coerción personal es afectado también muchos derechos del imputado donde no es respetada su “presunción de inocencia”.

Pero bien, comenzaremos hablando de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, documento más que importante para poder garantizar derechos de la comunidad durante la Revolución Francesa, apuntaremos al artículo 9 donde refiere lo siguiente: “Todo hombre se presume inocente hasta que haya sido

declarado culpable; si se juzga indispensable su arresto, cualquier rigor que no sea sumamente necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley”⁶.

Este artículo quiere plasmar que primero para un imputado de un delito determinado tiene que tener un juicio previo, donde hasta no ser declarado culpable no es indispensable su privación de libertad. Salvo dos excepciones como bien dice nuestro Código Procesal Penal, el peligro de fuga o el entorpecimiento para la averiguación de la verdad.

a) CONSTITUCION NACIONAL art. 18 y 75 inc. 22.

“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.⁷

b) Convención Americana de Derechos Humanos artículo 7°, numeral 5

“Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y

⁶ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Asamblea Nacional Constituyente, Francia.

⁷ Constitución de la Nación Argentina [Const.] (1994) Artículo 18 y 75 inc. 22. Buenos Aires.

tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.⁸

c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9° numeral 3 (PIDCP)

“Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.⁹

(Donna, 2003) "El encarcelamiento durante el proceso tiende a asegurar la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.¹⁰

d) En el artículo 7 de la C.A.D.H. y 8.2 del se establecen la garantía de la libertad ambulatoria y la presunción de inocencia.

e) (Arts. 1 y 3 DUDH, 7 CADH, 1 DADDH, 9 PIDCP, art 1 y 144 CPP)

(Laiño, 2019):

⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica. (1969). Artículo 7 numeral 5.

⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el: 23 de Marzo de 1976.

¹⁰ Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I - 21.143 - "B., R. R. s/exención de prisión"

Así debería ser una interpretación coherente de los derechos reconocidos en el Bloque de Convencionalidad y postulados de organismos regionales (en particular, Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Barreto Leiva vs. Venezuela”, “López Álvarez vs. Honduras”, “Yvon Neptune vs. Haití”, “Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador”, “Argüelles y otros vs. Argentina” Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 2/97, Informe 86/09 “Peirano Basso”, “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas”-OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13, 30/12/2013- y en particular “Informe sobre las medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas” –OEA/Ser.L/V/II.163 Doc, 105, 3/7/2017-)¹¹.

- f) CONSTITUCION DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, ART. 10

- g) CODIGO PENAL art 1 3 (art 146 a contrario sensu) (144, 148 157 pp 159 alternativas CPP)

- h) EL FALLO DIAZ BESSONE Acuerdo 1/08. Plenario N° 13 - 'Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley' - CNCP -EN PLENO - 30/10/2008 Acuerdo N° 1/2008, en Plenario N° 13.-

“...El fundamento constitucional básico que debe iluminar al intérprete en la materia que viene a estudio es que la ley fundamental impide que se trate como culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, mientras el Estado, por medio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar la voluntad en esta materia, no () pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y lo someta a una pena (confr.: Maier Julio B.J. "Derecho Procesal Penal", Bs. As. Ed. Editores del Puerto, 1999, T. I, 2º edición, 1º reimpresión, p. 490)...”

¹¹ Incidente de excarcelación Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional nro. 44 (ID). **Opinión Jueza Laiño Magdalena.**

“...En esta línea de pensamiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha manifestado que (la excarcelación procede como garantía constitucional y no como simple concesión de la ley de forma (Fallos: 7:368; 16:88; 54:264; 64:352; 102:219 y 312:185), y que las normas procesales dictadas por el Congreso de la Nación en esa materia son inmediatamente reglamentarias del derecho consagrado por el art. 18 de la Constitución Nacional (causa: R.324 XXIII, "Rodríguez Landívar, Blanca Sofía s/incidente de excarcelación", del 6 de agosto de 1991).-....”

“....Ahora bien, en virtud de los Pactos Internacionales incorporados a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22), "la prisión preventiva solo puede tener carácter excepcional, como lo establece expresamente el art. 9.3 del PIDCyP al disponer que "la prisión preventiva no puede ser la regla general". En la CADH, en cambio, esta conclusión no está expresada de modo tan claro, aunque puede tomarse como indicio argumental en favor de ella el orden de los incisos del art. 7, que regula el derecho a la libertad personal, pues allí el derecho aparece mencionado antes que las restricciones" (confr.: Ottaviano, Santiago "La prisión preventiva: presupuestos para su dictado y limitación temporal", en "Los derechos humanos en el proceso penal", García, Luis M. coordinador, Biblioteca de estudios penales, Universidad Austral. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires,2002, pág. 210/211).-....”

“....RESUELVE: I-DECLARAR como doctrina plenaria que "no basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal"...”¹²

1.2.- LA SUBVERSION JUDICIAL DEL SISTEMA, LA PRIVACION DE LIBERTAD SE CONVIRTIO EN REGLA, LA LIBERTAD ES LA EXCEPCION.

¹² **Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley.** Acuerdo 1/08. Plenario Nº 13. CNPP. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 30 de Octubre de 2008.

La subversión de la realidad procesal en cuanto a las coerciones personales es parte de un sistema de razonamiento y aplicación del derecho que parece arraigado firmemente en las consideraciones de los magistrados, donde la regla se ha convertido en excepción y a la inversa, todo ello sin sustento jurídico, impersonal y con abstención de juzgamiento de un caso concreto. Sustentando nuestro sistema a la tesis procesalista.

El eje central legítimamente de la prisión preventiva se encuentra dado por el precedente de la CSJN en “Todres” donde revocaron la excarcelación, fundamentando que “prisión preventiva” encuentra un fundamento meramente constitucional, quiere decir que se le priva la libertad a un sujeto durante el proceso, solo porque se realizó por una autoridad competente, en este caso el juez. Frente a este argumento de la CSJN, se señala a que el texto del art. 18 de la Constitución Nacional no resulta suficiente, ya que carece de fundamento. (Schiavo, 2015)

Lo que ha ocurrido es que la presunción de fuga es automática, sin preocupación por fundamentarla.

Es decir, el sistema de libertades se ha subvertido en detrimento del derecho de los ciudadanos, basándose nuestro poder judicial provincial en afirmaciones dogmáticas ya acendradas, que se dan por ciertas y verdaderas, como dogmas, pero que a poco de hurgar en ese razonamiento lo encontramos vacío de sustento jurídico y excesivamente contaminado de tendencias de política criminal.

En ese orden nos encontramos con afirmaciones casi dogmáticas que adhieren a la regla de la prisión preventiva convirtiendo la libertad en una excepción, en palmaria contraposición y violación de nuestro sistema legal. (Reglas de Tokio y Pactos Internacionales). (Art 144, 146, 148, 157 cont. sensu CPP) (Arts. 18, 19 y 75 inciso 22 C.N.)(Convención Americana de Derechos Humanos artículo 7°, numeral 5) (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9° numeral 3, PIDCP).

Afirmándose sin motivación, a la pregunta si corresponde la prisión preventiva, que sí, Porque? porque sí, porque hay peligro de fuga y peligro de entorpecimiento de la investigación, sin hacer mérito concreto y personalizado del expediente que tenemos delante, sin consideraciones a las circunstancias personales del imputado, aun pese a la carencia de sentencia, en un periodo procesal de provisoria sospecha, con el respeto que merece nuestra magistratura consideramos que se la “encierra por las dudas “ se fugue o

entorpezca. El juicio lógico que censuramos sería el siguiente, sospecha de comisión de delito = peligro de fuga, luego privación preventiva de la libertad. Motivación del peligro de fuga o entorpecimiento? Ninguna.

El peligro de fuga es la rendija por la cual se licua la libertad y entra la prisión preventiva en violación del art 148.

Cuáles son los indicios de ese peligro, no importa, es así porque es así. Con una expresión tautológica vacía de contenido y explicando una obviedad, que jurídicamente no es tal. (TCPPBA Sala III causa 10692 15-9-09, TCPPBA causa 10941 22-12-09 Sala III).

Pero esta afirmación no se ve justificada con argumentos y motivación adecuada, obviando la norma del art 144 del CPP, y expresamente el 170 y 171 CPP exige que el peligro de fuga se inferirá de las indicaciones del art 148 CPP.

A tenor de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; el encarcelamiento preventivo en un alto porcentaje de casos es injusto e infundado el imputado es víctima como tantos de una generalización arbitraria, de un convencimiento de la magistratura vacío, sin sustento, o tal vez con el paupérrimo justificativo en la seguridad y justicia que piden a gritos nuestras familias, amigos, vecino y la comunidad en la que nos interrelacionamos. (DelCorral, 2007)

Cabe recordar que la coerción cautelar no es un fin en sí mismo, sino que es sólo un medio para asegurar otros fines, que no resultan ser otros que los del proceso. Por eso no tienen estas medidas carácter de sanción, ya que no son penas, sino medidas instrumentales, que se conciben como formas de restricción imprescindibles para neutralizar los peligros que puede tener la libertad de la persona que lleven a que se impida el descubrimiento de la verdad, por una parte, y la actuación de la ley sustantiva, por la otra. (Giorgio, 2015)

(Donna, 2003):

Siendo que en la actualidad todas las Constituciones de los países occidentales, junto con los Tratados de Derechos Humanos, tienen la visión de que la coerción personal del imputado es la excepción y que su restricción o

limitación sólo es posible para asegurar cautelarmente que el proceso pueda desenvolverse para sus fines.¹³

(Roxin, 2002), sostiene en su “Derecho Procesal Penal” que:

La prisión preventiva es la privación de libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena. Ella tiene tres objetivos: 1° Asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal; 2° Garantizar una investigación de los hechos en debida forma por los órganos de la investigación penal; 3° Asegurar la ejecución penal. Se concluye claramente que no pretende otros fines que los enunciados.¹⁴

Sólo corresponderá entonces la coerción personal y la restricción de la libertad ambulatoria cuando ella sea imprescindible para asegurar los fines del proceso, lo que no parece verificarse en alto porcentaje de caso en que se enarbola el peligro de fuga para limitar la libertad, tampoco se justifica ese peligro de fuga con indicios previstos por la ley, no se fundamente en ellos. (Tarrio, 2015)

Se ha dejado de aplicar el principio de necesidad o de intervención mínima, de la alternativa menos gravosa o simplemente de subsidiariedad que, como bien han dicho (Cuellar y González, 1990) se trata de...."Un subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos"¹⁵... (p.189)

(Schlüchter, 1999) refiere que se debe partir de la idea del Estado de Derecho y la menor afectación de los derechos fundamentales, exige dos principios generales para que estas medidas estén acordes con el Estado de Derecho:

a) Lo primero que se debe preservar es la primacía de la ley y el derecho. La ley deberá prever y fijar los requisitos y las consecuencias jurídicas de cada autorización de intervención. b) Todas las medidas coercitivas deben guardar y respetar el principio de proporcionalidad, incluso aunque no esté expresamente formulado por la ley.¹⁶

¹³ Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I - 21.143 - "B., R. R. s/exención de prisión"

¹⁴ Roxin, C. (2002). *Derecho Procesal Penal*. Ediciones Del Puerto.

¹⁵ Cuellar Serrano, González B., (1990) *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Constitución y Leyes, COLEX.

¹⁶ Schlüchter, E. (1999) *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch.

El art. 18 de nuestra Constitución Nacional establece el debido proceso judicial y el principio de inocencia, , mientras que el art. 14 de nuestro máximo ordenamiento garantiza el derecho de entrar, permanecer y salir del territorio argentino, mientras no exista una condena concreta que impida tal derecho.

Según (Seguí, 1993)...”En este sentido, no se puede soslayar que la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter excepcional cuya finalidad es evitar la fuga del imputado y la frustración en la investigación de la verdad”.

Agrega también:

La privación de la libertad procesal sólo puede autorizarse cuando es imprescindible y, por lo tanto, no susceptible de ninguna otra medida de similar eficacia pero menos gravosa. Si no se comprende que el respeto a la libertad y dignidad del hombre es el fundamento de cualquier legitimidad normativa, el Derecho será, lejos de un modo de solución pacífica de conflictos, simplemente un instrumento de opresión.¹⁷ (p. 12).

Como sostiene el Dr. Morín en su trabajo "Crisis de las pautas objetivas que limitan la libertad del proceso penal":

Teniendo en cuenta la vasta jurisprudencia de la C.N.C.P., se ha demostrado, de manera clara, que las reglas en materia de encarcelamiento preventivo no pueden tener efectos "iuris et de iure". Existe en nuestro país una larga tradición que se opone a la caracterización de "delitos no excarcelables" a la que no se puede menos que adherir, razón por la cual y, frente a casos como el presente, el análisis de las reglas acerca de encarcelamiento durante el proceso siempre deben ser cotejadas con los elementos del caso; donde la calificación de la conducta, si bien es un elemento importante, no es definitivo.¹⁸ (p. 433 y sgts).

La Excma. Cámara Nacional de Casación Penal, por medio del Plenario Nro. 13 "Díaz Bessone Ramón Genaro s/ Recurso de inaplicabilidad de la Ley" donde se declaró como doctrina plenaria que:

¹⁷ Seguí, E. A. (1993) *Límites al poder punitivo, coercitivo y normativo del Estado*. Juris.

¹⁸ Morín, D. *Crisis de las pautas objetivas que limitan la libertad del proceso penal*. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. <https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=13147&id2=14171>

No basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad que supere los ocho años (arts. 316 y 317 C.P.P.N), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal...¹⁹

Así lo ha dispuesto esta Sala II en el caso “Cuomo Daniel Néstor S/ Rec. De Casación (Reg.14.058.2)”...

No se abordará sin embargo el examen del nuevo recurso de casación según aquellos criterios, que se dejan a salvo, pues, por imperio del art. 10 de la ley 24.050, el caso traído a examen debe resolverse ahora según la doctrina sentada por esta Cámara Nacional de Casación Penal en pleno, in re Ahora bien, esta Cámara Nacional de Casación Penal en el plenario n° 12, “Díaz Bessone, Ramón. G s/recurso de inaplicabilidad”, de fecha 30 de octubre de 2008, ha establecido la siguiente doctrina: “no basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal. (Del voto del Dr. Gustavo Mitchell).²⁰

A su turno la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su antecedente “Nápoli Erica Elizabeth” (1998) donde en el considerando 5to. se sostuvo...

Que cuando el art. 18 de la C.N. dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación sea penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le imputan hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme.²¹

Así lo entendió esta Corte en un viejo precedente de 1871, al decir que:

¹⁹ **Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley.** Acuerdo 1/08. Plenario N° 13. CNPP. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 30 de Octubre de 2008.

²⁰ **Cuomo Daniel Néstor S/ Rec. De Casación** (Reg.14058.2) Cámara Nacional de Casación Penal, SALA II. Buenos Aires, 12 de Marzo de 2019.

²¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. C.S.J.N. (fallos 321:3630)

“Es también un principio de derecho que todo hombre se reputa bueno, mientras no se le prueba lo contrario”, axioma que tiempo después acuñó en la definición de “presunción de inculpabilidad”²²

Sólo corresponderá entonces la coerción personal y la restricción de la libertad ambulatoria cuando ella sea imprescindible para asegurar los fines del proceso, lo que no parece verificarse en el caso concreto la encartada.

Ha dicho el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires.

DOCUMENTO SOBRE CONDICIONES DE DETENCION EN LA PCIA DE BS AS
RES. CASACION RC 2301/18.

La crisis humanitaria en aumento que provoca ineficiencia del Servicio Penitenciario Bonaerense y el pedido para que la Legislatura avance en la sanción de una Ley de Cupo forman parte de un extenso informe elaborado por el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, que concluye con propuestas de morigeración de penas para disminuir el colapso carcelario. A su vez, el Tribunal hace mención a que “los mecanismos de ingreso fueron ampliados, mientras que las opciones de egreso se han limitado.

*La sobredimensión de aprehensiones, **la aplicación excesiva de la prisión preventiva**, el alto rechazo de medidas alternativas y morigeradoras de las medidas de coerción.*

Además señala la “inadecuada administración de dispositivos de monitoreo electrónico, el escaso uso de mecanismos alternativos para la solución del conflicto, la creciente tasa de rechazos a pedidos liberatorios en la etapa de ejecución, la demora en el trámite de las incidencias y la confección de informes técnico criminológicos (60 días para ser elaborados), entre otros aspectos, agudizan la situación”.

El informe de Casación - fomenta la adopción de medidas para “encaminar la delicada situación conforme parámetros legales”.

²² Corte Suprema de Justicia de la Nación. C.S.J.N. (fallos 102:219) Causa Nro. 284.

Al respecto, Casación sostiene que “resulta imperioso arbitrar los medios necesarios para llevar adelante el sostenimiento de liberados con el objeto de lograr su reinserción y reducir las tasas de reincidencia”.

Es un Informe contundente del Tribunal de Casación Penal: por la "crisis humanitaria" pide morigerar penas Servicio Penitenciario Bonaerense.

Finalmente, se recomienda restringir las prisiones preventivas y reemplazarlas por “medidas alternativas”.²³

El informe de la Comisión Bicameral (RES 2/2019) que pone en vigencia determinados artículos del CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENAL FEDERAL permite evitar el encarcelamiento preventivo cuando el procesado promete someterse al procedimiento y no obstaculizarlo, someterse al cuidado o vigilancia de su fiador o de la institución que el magistrado disponga, se obliga a presentarse periódicamente como se determine ,a no salir del país , autoriza se le retengan documentación que pudiera permitirle viajar ,abstenerse a reunirse con personas o estar en lugares que se determine ,a prestar la caución que se resuelva ,en su caso ser vigilado por algún medio electrónico ,la permanencia en su domicilio (art 210 CPPF)

(Laiño, 2019):

Debe asegurarse una interpretación pro homine y favor libertatis de las normas en juego que imponen privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (cfr. CSJN, Poder Judicial de la Nación CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6 CCC 6341/2017/1/CA2 ROQUE CUBA, Diego Armando Excarcelación “Acosta”-Fallos: 331:85- y G. 763. XLVI; RHE “Germano, Karina s/causa nº 12.792” rta. el 14/02/2012); y por otra otorgan plena vigencia a la garantía constitucional de presunción de inocencia (arts. 18 y 75 inc. 22 CN, 7.5, y 8.2 CADH, 14.2, PIDCP). (arts. 320 del CPPN y 210 inc. b del CPPF)²⁴

1.3.-LA DESUETUDO DEL ART 144 DEL CPP y el art. 1 del CPP

²³ Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires. Resolución de Corte nº2301/18.

²⁴ Incidente de excarcelación Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional nro. 44 (ID). **Opinión Jueza Laiño Magdalena.**

Este artículo en la práctica judicial ha caído en desuetud²⁵, pues la gran garantía constitucional del principio de inocencia se ha visto contradicha por las sentencias de los tribunales penales provinciales. Podría deberse esta cuestión a razones sociales de reclamo de justicia, entendiendo la justicia por el proceso privado de su libertad. Es decir los tribunales han dado una respuesta a la sociedad cuando esa respuesta la debería dar el poder legislativo, como ya hemos dicho bajo el falaz argumento del peligro de fuga.

En ese estado vivimos los bonaerenses, estamos en zozobra en el respecto a nuestros derechos y garantías constitucionales, hasta tanto el legislador ponga orden en la legislación ordenando la vida de los ciudadanos, imponiendo distinto régimen carcelario, distintas penas, distintas soluciones y frenando este aluvión de prisiones preventivas, y la superpoblación carcelaria, el ilegal alojamiento en comisarias, tampoco deseamos la eliminación de las cautelares que deben seguir existiendo, pero ellas deberían tener andamio con una interpretación más restrictiva, con argumentos evidentes en las constancias del proceso.

Tal vez el ejecutivo debería hacerse cargo de él régimen carcelario, dependencias de alojamiento, construcción de nuevas cárceles, proveer políticas de trabajo, aunque estas soluciones son la ambulancia que recoge heridos cuando la función sería evitar los heridos, cuando en realidad el ataque debería ser a la génesis del delito, pero esto requiere una estructuración distinta de factores de acceso a niveles educativos, acceso a puestos de trabajo y por qué no en lugar de restaurar el servicio militar obligatorio, se podría idear un servicio civil obligatorio, donde se apoderan oficios.

Lo cierto y nefasto es que no hay miras de estas soluciones y mientras tanto con el aumento de inseguridad aumentara la cantidad de detenidos, la cantidad de prisiones preventivas y el hacinamiento en las cárceles y el círculo diabólico y vicioso de aumento de la delincuencia, demostración de ello es el fallo DE LA CSJN del 3 de mayo de 2005 en autos “RECURSO DE HECHO DEDUDICO POR EL CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES EN LA CAUSA VERBOISKYHORACIO S/ HABEAS CORPUS”²⁶ y DE LA SCJPBA RES 805 05.

²⁵ Derogación de la ley por su no uso.

²⁶ Disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/recurso-de-hecho-verbitsky-csjn.pdf>

1.4.- EL PELIGRO DE FUGA ART. 148

Como dijimos el máximo argumento para dar lugar a las prisiones preventivas es el peligro de fuga y este artículo 148 determina los índices que permiten presumir la fuga.

La fuga es un hecho que impide la continuidad del proceso y por ende el arribar a una sentencia del tipo que sea, generalmente la fuga va de la mano con un poder económico determinado, personas sin familia nuclear, una pena de cierta envergadura, etc.

Para aclarar no estamos en la postura de la no existencia de cautelares como la teoría sustantivista, pretendemos a través de la presente propuesta que el peligro de fuga se sustente en argumentos relativos al art 148 CPP y se expliciten y motiven los mismos, ese actuar transparentaría más el otorgamiento de medidas cautelares y daría más amplitud al ejercicio de derecho de defensa, pues la ausencia de motivación priva a los defensores de recurrir y contradecir con lógica la argumentación judicial.

Y en relación a esa ausencia de motivación que admitiría la nulidad de la resolución, no hay una jurisprudencia que se adentre en la ausencia de esa fundamentación.

ARTICULO 148: Peligro de fuga y de entorpecimiento. Para merituar acerca de los peligros de fuga y entorpecimiento podrá tenerse en cuenta la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, las condiciones personales del imputado, la posibilidad de la declaración de reincidencia por delitos dolosos, si hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, que hicieren presumir fundadamente que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.

Para merituar sobre el peligro de fuga se tendrán en cuenta especialmente las siguientes circunstancias:

1. Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. En este sentido, la inexactitud en el domicilio brindado por el imputado podrá configurar un indicio de fuga;

2. La pena que se espera como resultado del procedimiento;

3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopte voluntariamente, frente a él y a su víctima eventual.

4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida en que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal.

Para merituar acerca del peligro de entorpecimiento en la averiguación de la verdad, se tendrá en cuenta la grave sospecha de que el imputado:

1.- Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, 2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, 3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.²⁷

Cuando se decreta peligro de fuga se manifiesta en las sentencias que evaluada la situación y ante la posibilidad de fuga del imputado se dicta la medida cautelar, pero curiosamente nunca se describe en la resolución cual fue el indicio enumerado en el 148 que fundamentan ese razonamiento y dan andamio al dictado de prisión preventiva.

Es decir nunca se fundamenta en evidencia empírica o siquiera indicaría que es lo que lleva al magistrado a ordenar esa cautelar que gravemente, conmueve el principio de inocencia.

CAPITULO 2

INCONSTITUCIONAL A LA NORMA DEL ART 159.

Sumario: 2.1.- LA IGUALDAD VIOLENTADA ARTICULO 16 CN 2.2. -LA ALEGACION DE TAZONES DE POLITICA CRIMINAL, EL FALLO CUESTIONADO, CUESTION DE GÉNERO, DISCRIMINACION PLEXO. 2.3.-

²⁷ Código Procesal Penal (CPP). 18 de Diciembre de 1996. Art. 148. Fecha de promulgación: 23 de Enero de 1997 (B.O). La Plata.

NUESTRO CUESTIONAMIENTO A ESTE FALLO - IGUALDAD Y CUESTION DE GENEROS 2.4.- A LA INTRODUCCION DE LAS CUESTIONES DE GENERO EN NUESTRA LEGISLACION – SE APLIQUE EL ART 159 DEL CPP PARA EL VARON, SE DECLARE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE DICHA NORMA EN CUANTO ES VIOLATORIA DEL ART 16 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

2.1.- LA IGUALDAD VIOLENTADA, ARTICULO 16 CN

Entendemos que el art 159 del CPP, violenta el art 16 de la CN, al poner en un pie de desigualdad los derechos del padre y los de la madre en favor de esta, sin ninguna categoría diferencial que permita liberar a la madre de un niño menor de 5 años e impida liberar al padre de un menor de 5 años.

Si la desigualdad denunciada no se trata de una cuestión de género, se trata de una desigualdad inexplicable a la luz del art 16 de la CN que distingue al padre de un hijo menor de 5 años de una madre de un hijo menor de 5 años ¿Que lo hace diferente o inmerso en que categoría?, si no es el género, que es que motiva esa distinto acceso a una alternativa de la prisión preventiva ¿por qué el padre no puede acceder a esa morigeración ordinaria?, estos interrogantes no tienen explicación ni fundamento alguno, no resulta argumento que justifique ese distingo, frente al art 16 de la CN .

(Grillo, 2007)

La igualdad ante la ley así reconocida significa que todos los habitantes de la Nación que se encuentran en similares circunstancias tienen derecho a recibir el mismo tratamiento legal, sin sufrir discriminaciones arbitrarias, frente a esa norma no hay fundamento que justifique la desigualdad denunciada.

La igualdad ante la ley significa que la ley debe ser igual en igualdad de circunstancias, no debiéndose otorgar excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se reconoce a otros en igualdad de condiciones. Sin embargo

existiendo diversas circunstancias, la ley debe garantizarla igualdad dentro de cada categoría, grupo o clasificación evitando distinciones arbitrarias.²⁸

Nuestra Corte Suprema ha dicho:

El principio de la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos y que cualquiera otra inteligencia o acepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza e interés social.²⁹

Si justicia es dar a cada uno lo suyo, no es lo suyo para el padre ¿Tener derecho al beneficio del art 158? ¿Cómo cualquier mujer madre de hijo menor de 5 años?

La ley no ha explicado esa desigualdad de trato.

2.2.-LA ALEGACION DE TAZONES DE POLITICA CRIMINAL, EL FALLO CUESTIONADO, CUESTION DE GENERO, DISCRIMINACION PLEXO.

Causa nº 11.302 "LUJAN, ROBERTO DANIEL S/ INCIDENTE APELACIÓN DE MORIGERACIÓN A LAPRISIÓN PREVENTIVA" Sala Segunda de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial La Matanza

Dice la sentencia de Cámara “..... Por el mismo carril y en torno al punto de la pretendida inconstitucionalidad, en primer lugar, he de recordar la inveterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual expuso que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y, por ello, debe ser considerada como última ratio del orden jurídico. Así lo sostuvo en numerosos precedentes (Fallos: 288:325; 290:83; 292:190; 294:383; 298:511; 300:1087; 302:457, 484 y 1149; 311:394; 312:122 y 435, entre muchos otros) y sólo debe

²⁸ Grillo, I. I. M (2007). La igualdad de condiciones. http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf070004-grillo-igualdad_condiciones.htm

²⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. C.S.J.N. Fallos: 16:118; 123:106; 124:122.

ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 285:322).....”-

“...Y en sintonía con ello, se destaca que el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial le corresponda pronunciarse, **salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario** (Fallos 313:410; 318:1256).-

“....Y como ya se ha analizado en anteriores pronunciamientos de esta Sala, es válido que el Legislador Nacional haya recurrido a regular cierta clase de coyunturas que se relacionan con aspectos de la vida social, por lo que entender que aquello se encuentra en pugna con la Carta Magna y pretender su tacha implicaría, a mi juicio, afectar el principio de división de poderes, toda vez que los jueces no pueden ni deben sustituir al órgano Legislativo en las tareas y materias que la Constitución Nacional le asigna como de su exclusiva y excluyente competencia (en el mismo sentido C.S.J.N. Fallos: 300:700; 316:2561).-....”

“....Y desde antiguo, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional, cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecúan a los fines cuya realización procuren o cuando consagren una manifiesta iniquidad (Fallos: 299:428, 430, considerando 5º y sus numerosas citas); y es que ninguno de estos extremos se encuentra reunido en el caso recurrido, con relación al artículo mencionado.-

“...Desde esa perspectiva, no se avizora conculcación al principio al llamado de igualdad establecido en el art. 16 de nuestra Constitución Nacional y, al mismo tiempo, enumerado en múltiples instrumentos internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. Pues, el objetivo del legislador al momento de la creación de la norma (art. 159 primer párrafo del C.P.P. en cuanto dispone "...mujer .. con hijos menores de cinco (5) años ...") reposó en la idea de abarcar y otorgar en forma global una clara preponderancia y continuidad del vínculo materno-filial e impedir el distanciamiento de la madre con su hijo menor, la desatención del lactante y la severa afectación emocional que ello implicaría para el desarrollo y

crecimiento de todos ellos (CIDH, OC 17/2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño). Máxime cuando el art. 163 del código ritual establece en su segundo párrafo que fuera de los supuestos del art. 159 la morigeración podrá ser concedida excepcionalmente "cuando la objetiva valoración de las características del o de los hechos atribuidos, de las condiciones personales del imputado y de otras circunstancias que se consideren relevantes...", pudiendo abarcar en este cualquiera otra situación no prevista en el artículo cuestionado.-

"...Abundando, ha sostenido la Suprema Corte de Justicia provincial que: "...De la Convención sobre los Derechos del Niño -que extiende su influencia y primacía sobre la legislación infra constitucional sustantiva y adjetiva nacional, y obviamente provincial (art. 31 C.N.)- resulta que conforme al art. 3- en todas las medidas concernientes a los niños que tomen [...] los tribunales [...] una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño", debiendo los Estados Partes adoptar todas las medidas no sólo administrativas y legislativas, sino de cualquier otra índole "para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención" (art.4) entre los que cabe mencionar que le asiste los [...] de ser "protegidos y asistidos especialmente por parte del Estado, cuando resulten temporal o permanentemente privados de su medio familiar" (art. 20.1.)..." (SCBA, Acs. 56535 S 16-3-1999 y 84418 S 19-6-2002).-..."

".....Es por ello, que si bien el justiciable es padre de un niño de 2 años que "... actualmente reside con su madre..." (ver fs. 43) lo cierto es que los argumentos de la defensa no logran demostrar cual es la concreta afectación al interés superior del niño que provoca la detención de su progenitor y que resulta su agravio principal, siendo que el cuidado de un niño es ejercido por su progenitora. Es decir, el derecho que asiste a los menores de crecer dentro del seno de una familia no debe ser interpretado en abstracto y de forma absoluta, sino que habrá de ser evaluado en cada caso analizando sus características particulares, pues más allá de las lógicas limitaciones e inconvenientes que el encarcelamiento genera, no se advierte que la menor se halle en una situación de desamparo ni de inseguridad material y/o moral que habilite la concesión del

beneficio que se reclama, como un medio idóneo para satisfacer el interés superior del niño. —...³⁰

2.3.-NUESTRO CUESTIONAMIENTO A ESTE FALLO - IGUALDAD Y CUESTION DE GENEROS

El cuestionamiento es que pretendió el legislador al diferenciar la situación de una madre y de un padre respecto de un hijo menor de 5 años?, resulta palmariamente irrazonable, porque no es que ese beneficio lo tiene la madre porque está en periodo de lactancia, pues en ese caso, deberíamos hacer silencio frente a esa categorización . Aquí la distinción parte de igualdad de condiciones, un hijo menor de cinco años, la mujer es beneficiada con al morigeración pero el hombre no.

Pero por que la ley da preponderancia y continuidad el vínculo de la madre con el hijo y no da esa misma preponderancia y continuidad al vínculo paterno filial ,por qué el distanciamiento de la madre es grave y se la protege y el distanciamiento del padre no es importante y no merece la misma protección , porque existe afectación emocional cuando se distancia la madre pero no existe cuando se distancia el padre, ninguna respuesta da el fallo atacado a estas cuestiones medulares para sostener la constitucionalidad de la norma

En el último párrafo transcrito, se exhibe claramente la arbitrariedad de la sentencia cuando el juzgador hace alusión a la situación de lactancia, que no se da en autos. Es decir justifica la diferencia entre padre y madre por la lactancia, pero este no es el caso.

Esta aserción es contradictoria con lo que resuelve al final, pues habla aquí del interés superior del niño, pero no lo tiene en cuenta al tratar la constitucionalidad el art 159. Cuando la convención habla de medio familiar está hablando de familia y familia incorpora padre y madre, sin embargo el art 159, deja al padre fuera de este beneficio en perjuicio al superior interés del niño.

³⁰ Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial La Matanza, sala II. Causa nº 11.302.

Más allá de lo peticionado por Lujan deben primar los derechos de su hijo a tenor de la Convención de los derechos del Niño, imperando el superior interés del niño. Lujan padre de un menor de dos años, merece la morigeración, pues debe sopesarse también la concurrencia de un interés mayor, el del niño, la necesidad de su familia integrada, la presencia de su padre. Tiene nefasta incidencia para el niño la carencia de una vida familiar (art 16.1 CDN), el derecho del niño de vivir con su padre y no ser separado del (art 9 CDH y ser cuidado por ellos art 7.1 CDN), en esta sentencia se ha dejado de lado considerar el interés superior del niño. (CFCP Sala II 2-7-14 AGUIRRE MIRTA GRACIELA CAUSA CCC 15214/13. Rua Selecciones de derecho Procesal Penal Tomo 3 pág. 237) (Art 36 inc. 1 y 2 Constitución Pcia de Bs As, art 75 inc. 22 CN art 23 y 24 PIDCP, art 10 PIDEsYC, art 3 inc. 2 de la Convención de los Derechos del Niño)

Es que la afectación proviene de la ausencia de su padre en la crianza de la primera infancia y ello lesiona el interés superior del niño, esto va más allá que la madre este a su cuidado, la presencia del padre no solo cumple una función de cuidado, es la presencia y lo cotidiano de su crianza, crecer en el seno de su familia es crecer con padre y madre, aquí se refiere “a la menor” y es el menor, por supuesto que no decimos que hay desamparo o desprotección, el beneficio solicitado nada que ver tiene con ello en el caso de autos. En el contexto de inexistencia de peligro de fuga, la negativa a la concesión del beneficio lesiona el superior interés del niño

Para la cámara, la presencia del padre en el medio familiar del niño es neutra, o solo tiene una función de protección o cuidado. La familia sin padre existe cuando el padre muere o se ausenta por su voluntad, pero aquí está vivo, quiere estar con su hijo y su hijo lo necesita para vivir en familia, crear su personalidad, afirmar sus sentimientos, resulta irrazonable esta afirmación del tribunal.

“Así el interés superior del niño debe ser una consideración primordial cuando se decide la separación de los niños de uno de sus padres, por causa de encarcelamiento....”³¹

CSJN fallo 324:975 CHAVARRIA DIAZ TEODOSIA CFCP SALA IV 31-8-15 CAUSA FLP 31010775/11

³¹ CNCC, SALA I. 08 de Marzo de 2016. GEREZ LAPUENTE CLAUDIA VANESA. CAUSA 65441/14.

No es argumento lógico manifestar que la desigualdad obedece a decisiones de política criminal el legislador, como dicen los fallos, pues si esa decisión va contra garantías constitucionales, deja de ser constitucional y pierde legitimidad y debe ser censurada.

Claro que las decisiones volcadas en el código de procedimientos obedecen a fines de política criminal, que no desconocemos, como no desconocemos sus poderes, pero ese status no confiere una carta blanca del poder legislativo para violentar el art 16 de la CN y justamente ese el argumento que sustenta nuestra moción de inconstitucionalidad, el poder legislativo al legislar el art 159 CPP en esos términos violó el art 16 de la CN y esa actividad legislativa no está exenta de la revisión judicial frente al ejercicio que tiene cualquier juez de hacer el control de constitucionalidad.

La aseveración que dichas decisiones están exentas del control judicial resulta infundada y nacida del arbitrio judicial sin sustento legal alguno, renunciando incausadamente a controlar la constitucionalidad de la norma del art 159 CPP. La justicia debe intervenir cuando esa decisión de política criminal es irrazonable, inocua o arbitraria.

A través de sus sentencias el juez da vida al derecho y su accionar en tal cometido debe necesariamente estar orientado a rechazar la arbitrariedad, lo intrínsecamente irrazonable, lo injusto, por no guardar una relación proporcional de medios afines, fundamentando motivando adecuadamente sus fallos. (Grillo, 2007)

(Grillo, 2007):

Cuando se trata de determinar el contenido de los derechos humanos fundamentales que se denuncian vulnerados adquiere preeminencia el poder de los jueces al ejercer una de las funciones esenciales de la actividad jurídica de un Estado de Derecho: garantizar el respeto y la operatividad de los derechos fundamentales de las personas.³²

Para ser válidas, las diferencias de trato deben perseguir un fin legítimo y ser razonables, por constituir medios adecuados para alcanzar esos fines.

³² Grillo, I. I. M (2007). **La igualdad de condiciones.** http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf070004-grillo-igualdad_condiciones.htm

Al respecto, esa Corte ha indicado que para decidir si una diferencia de trato es legítima procede analizar su razonabilidad, esto es, si la distinción persigue fines legítimos y si constituye un medio adecuado para acceder a los objetivos propuestos. (Fallos 327:3677 y 330:3853, cons. 8° del voto del juez Maqueda; entre otros).

Para ser legítimos, los fines buscados por las diferencias de trato deben ser sustanciales “En el mismo orden de ideas, el Tribunal ha puntualizado que los fines de una regla deben ser sustanciales y que no basta con que sean meramente convenientes...”

Para que la distinción sea legítima, no deben existir alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas en la norma que establece la diferencia de trato... Dijo también [la CSJN] que “resulta insuficiente una genérica adecuación de medios a fines y que deberá juzgarse si se promueven efectivamente y si no existen alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación que se cuestiona” ³³ (p.15)

Cuando las diferencias de trato están basadas en “categorías sospechosas” corresponde aplicar un examen riguroso de razonabilidad. En principio, para decidir si una diferencia de trato es ilegítima corresponde analizar su razonabilidad” (OC 18/03). Esto es, si la distinción persigue fines legítimos y si esa distinción es un medio adecuado para alcanzar esos fines (Fallos 327:3677, considerando 12°). Sin embargo, cuando “las diferencias de trato están basadas en categorías ‘específicamente prohibidas’ o ‘sospechosas’ — como el género, la identidad racial, la pertenencia religiosa o el origen social o nacional— corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez (cf. Fallos 327:5118; 329:2986; 331:1715; 332:433)” ³⁴ (p.18)

³³ Colección de dictámenes sobre derechos humanos. Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2017).

<https://www.mpf.gob.ar/dgdh/files/2017/04/cuadernillo-2-1.pdf>

³⁴ Colección de dictámenes sobre derechos humanos. Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2017).

<https://www.mpf.gob.ar/dgdh/files/2017/04/cuadernillo-2-1.pdf>

Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El género constituye una categoría sospechosa. El fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos socialmente desaventajados como consecuencia del tratamiento hostil que históricamente han recibido y de los prejuicios o estereotipos discriminatorios a los que se los asocia aun en la actualidad. Desde este punto de vista, el género constituye una categoría sospechosa.

La discriminación en razón del género está prohibida en la Constitución Nacional y en los tratados con jerarquía constitucional” (artículos 37, y 75, incisos 22 y 23, de la Constitución Nacional; 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.³⁵ (p.19)

El derecho a la igualdad y el principio de no discriminación son elementos estructurales del orden jurídico constitucional e internacional. “En este contexto, cabe recordar que la Corte tiene dicho que los principios de igualdad y de prohibición de toda forma de discriminación son elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional” (Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Tadelva S.R.L. y otros s/ amparo” - S 932 L XLVI)

La discriminación en razón del género se encuentra prohibida en los tratados de derechos humanos.

Numerosos tratados internacionales de derechos humanos prohíben expresamente la discriminación por motivos de género, de posición económica y de origen o cualquier otra condición social (arts. 1.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2, 3 y 26, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2 y 3, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

³⁵ Colección de dictámenes sobre derechos humanos. Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2017).

<https://www.mpf.gob.ar/dgdh/files/2017/04/cuadernillo-2-1.pdf>

Culturales; II, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2, Declaración Universal de Derechos Humanos.³⁶(p.23)

El art. 16 garantiza la igualdad formal-jurídica de todos sus ciudadanos por cuanto dice: Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. Quiroga Lavié (2007) explica que “es totalmente constitucional realizar clasificaciones o categorizaciones por parte de la ley, pero siempre que no incurra en diferenciaciones arbitrarias, como ser: por raza, sexo, nacionalidad, lengua, opinión política, etc”.³⁷ (p.84)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la igualdad exige que se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones, es decir, igual tratamiento de los iguales en iguales circunstancias. Por lo tanto, ello significa el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias y condiciones

La expresión "en iguales circunstancias" marca el carácter relativo del postulado. Por ello, como todos los derechos civiles, la igualdad no tiene carácter absoluto sino relativo, y como surge del art. 14 de la Constitución Nacional, admite reglamentación por parte de la ley, siempre que tal reglamentación no altere su verdadero significado (art. 28 Const. Nac.).

Es posible, entonces, que la ley cree categorías o grupos a los que se dé trato diferente, a condición de que el criterio utilizado para discriminar sea "razonable" y no arbitrario. Por lo que La igualdad ante la ley exige que se reconozca paridad de derechos a todos aquellos cuya situación en los hechos sea semejante (art. 16 Const. Nac.) (CSJN, 23-9-76, E.D. 69-190)

Ha señalado la Corte que con el principio de igualdad;

"No es, pues, la nivelación absoluta de los hombres lo que se ha proclamado, aspiración quimérica y contraria a la naturaleza humana, sino su igualdad relativa, propiciada por una legislación tendiente a la protección en lo posible de las desigualdades naturales", para llegar a una nivelación o equilibrio

³⁶ Colección de dictámenes sobre derechos humanos. Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2017).
<https://www.mpf.gob.ar/dgdh/files/2017/04/cuadernillo-2-1.pdf>

³⁷ Quiroga Lavié, H. (2007) *Constitución de la Nación Argentina (comentada)*. Zavalia.

de los desiguales; por ello se suele hablar de "soluciones de igualdad por compensación" (Tirado, 2019, p.17/18.)³⁸

El principio de igualdad en el ámbito del proceso es una manifestación del principio general de "igualdad ante la ley" consagrado por el art. 16 de la Constitución Nacional.

Dice Clemente Díaz (1968) que:

Al penetrar el principio político constitucional de la igualdad de los habitantes de la Nación en la órbita del Derecho Procesal se transforma en la "relativa paridad de condiciones de los justiciables, de tal manera que nadie pueda encontrarse en una situación de inferioridad jurídica. (p. 218)³⁹ Como se citó en (LOUTAYF RANEA, 2011).

Calamandrei señala que el principio de igualdad procesal:

Es la recta interpretación de la garantía de igualdad asigna al legislador la facultad de contemplar en forma distinta situaciones diferentes, con tal de que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupo de personas (CSJN, 5-10-99, "Lufthansa vs. Dirc. Nac. De Migraciones", Rep. E.D. 35-406, n° 40; Id., 1-2-2002, E.D. 196-622; CNFed, sala I cont. adm., 4-12-73, E.D. 55- 633), aunque su fundamento sea opinable (CSJN, 6-9-68, E.D. 30-100; Id., 30-7-69, E.D. 30-38; Id., 2-5-74).⁴⁰ (p.10)

La clásica igualdad ante la ley, de raíz constitucional, ha evolucionado modernamente hacia la igualdad ante la justicia, generando ciertas instituciones legales equilibradoras consagratorias de una suerte de igualdad por compensación (BERIZONCE, Roberto O.: "El Abogado y el Juez. Los protagonistas del proceso", en MORELLO, Augusto M. – SOSA, Gualberto L. y BERIZONCE, Roberto O.: "Códigos.) Como se citó en (LOUTAYF RANEA, 2011).

"Tras reconocer la entidad del principio, la Corte Interamericana postula que la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a los Estados a adoptar medidas de

³⁸ Tirado, G. V. (2019) **"Participación de la víctima constituida como Querellante en el proceso penal de la Provincia del Chaco, Ley Nº 965 –N (Antes Ley Nº 45389.)"**

³⁹ Díaz, C (1968). **"Instituciones de Derecho Procesal. Parte General"**. Abeledo-Perrot

⁴⁰ Loutayf, R. G. (2011). **Principio de bilateralidad o contradicción**. Revista La Ley.

compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan”.⁴¹

Así también lo exige la garantía de igualdad ante la ley procesal -art. 16, Constitución Nacional-, e impide que uno de los litigantes goce de mayores oportunidades de ser oído y de aportar pruebas (C1°CC. y Minería San Juan, 16-6-79, J.A. 1979-IV-18).

Es así como hemos dicho no hay otra razón del trato desigual entre padre y madre que el género.

2.4.- A LA INTRODUCCION DE LAS CUESTIONES DE GENERO EN NUESTRA LEGISLACION – SE APLIQUE EL ART 159 DEL CPP, PARA EL VARON, SE DECLARE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE DICHA NORMA EN CUANTO ES VIOLATORIA DEL ART 16 DE LA CONSTITUCION NACIONAL.

El art 159 del CPP admite medidas alternativas cuando “... se tratare de una mujer con hijos menores de 5 años y siempre que el peligro de fuga pudiera razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa....o de alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permitan controlar no se excedan los límites impuestos...”

Postulamos que el mismo beneficio lo tiene que tener el hombre que tenga hijos menores de 5 años, pues no se entiende que quiso el legislador al beneficiar solo a la mujer con esta posibilidad de libertad y castigar desigualmente, asimétricamente, al hombre sin razonabilidad alguna.

Si el legislador hubiese indicado el beneficio para la madre que deba amamantar, hasta 1 o 2 años se entendería la parcialidad del beneficio al género femenino, pero al hablar de menor de 5 años no se entiende esa diferencia arbitraria irrazonable y flagrantemente violatoria de la igualdad ante la ley consagrada por el art 16 de nuestra Constitución Nacional.

Estamos de acuerdo con la reivindicación el rol de la mujer en la sociedad y su equiparación a los derechos consignados cuyo ejercicio solo tenía acceso el hombre, pero tal tratamiento de paridad y equidad no justifica tratar desigualmente al varón en su perjuicio.

⁴¹ El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales.
<http://www.cidh.oas.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodesciv.sp.htm>

Pues la maternidad y paternidad, salvo aquella tarea de amamantamiento exclusiva de la mujer, se equiparan y son tan necesarias para el niño como para los padres, entonces por qué la mujer puede acogerse a la alternativa a la prisión preventiva por ser madre de un hijo menor de 5 años y el padre pese a gozar de idéntico status tiene prohibido acceder a ese beneficio.

Esta inusitada prevalencia del derecho de la madre negada al padre, no solo violenta el derecho de igualdad que merece reconocimiento a Lujan sino que también (art 16 y 18 CN), directamente lesiona otras garantías consagradas por nuestra CONSTITUCIÓN PROVINCIAL (art 11), la provincia no admite discriminaciones o distinciones de sexo como lo hace el art 159 del CPP (art 12 inc. 3, art 21, art 36 inc. 1 2).

CAPITULO 3

AFECTACION A LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Sumario: 3.1.-LA CRIANZA DEL NIÑO- IMPORTANCIA DE LA PRESENCIA MATERNA Y PATERNA- ESTA ULTIMA ¿ES MENOS IMPORTANTE?, 3.2.- UN EJEMPLO DE CORDURA, 3.3.-CONSECUENCIAS FISICAS Y PSICOLOGICAS QUE SUFREN LOS PADRES, 3.4.- REACCIONES EN LOS NIÑOS CON SU PADRE PRIVADO DE SU LIBERTAD. 3.5. LAS NORMAS DEL CCyC NACION, LA RESPONSABILIDAD PARENTAL - LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y TRATADOS INTERNACIONALES.

3.1.-LA CRIANZA DEL NIÑO. IMPORTANCIA DE LA PRESENCIA MATERNA Y PATERNA. ESTA ULTIMA ¿ES MENOS IMPORTANTE?

La figura del padre es fundamental e indispensable para los hijos, principalmente desde los primeros meses de vida, pasando por los primeros años, transcurriendo la adolescencia hasta la integridad en la sociedad.

(Libenson, 2019) Manifiesta que:

La figura paterna a lo largo de los años fue pasando desapercibida sin tenerse en cuenta lo irremplazable que es, es una figura marginada. El niño desde que toma contacto con la vida y con el exterior ya comienza a notar sombras y distinguirlas, así como también olores que les permite comenzar a notar diferencias en cuanto a la madre y el padre.⁴²

Según la organización (Nemours Children's Health, 2018) refiere que “los padres deberían ser conscientes, desde el principio, que el hecho de establecer un vínculo de apego con su hijo no es cuestión de convertirse en una segunda mamá”.⁴³

La madre va a ser la primera en satisfacer sus necesidades primarias, es por eso que va a generar una conducta de cierta dependencia.

Pero entonces cual sería el rol del padre, la función paterna no tiene cierto valor y reconocimiento orgánico, siempre es la madre la reconocida, a través de estudios realizados de ambas figuras, es siempre el padre quien se lo toma como un objeto secundario, que nada más es tratado para complementarse y colaborar con tareas diarias y domesticas en el hogar.

Es por eso que en los primeros tiempos de crianza del niño el rol principal lo adquiere la madre, donde tendría que darle un lugar de protagonismo al padre para relacionarse más de lleno.

Durante los primeros días, la figura del padre poco a poco comenzara a tomar un vínculo con el niño, durante los primeros 6 meses de vida cuando el niño pueda relacionar su hogar con sus padres, y ya comienza a diferenciar ciertos olores, perfumes, aromas que comienza a conocer que hay dos personas bien marcadas en su vida, es cuando la figura paterna es sumamente importante ya que tendrá como consecuencia en

⁴² Libenson, A. (12 de Abril de 2019) **La función del padre en la crianza.**
<https://www.planetamama.com.ar/nota/la-funcion-del-padre-en-la-crianza>.

⁴³ Nemours Children's Health. (Junio de 2018) **Vinculación con su bebe.:**
<https://kidshealth.org/es/parents/bonding.prt-es.html>.

su vida, primero mayor satisfacción, armonía y por ultimo esta conexión única y necesaria entre padre e hijo. (Suarez- Delucchi y Herrera, 2010)

Ya superados los 6 meses de vida del niño, todas las acciones de ahora en más que tengan que ver con lo que el padre haga con el niño, comenzaran a repercutir en su vida, sea la más mínima acción, como cambiarlo, como abrazarlo, como hablarle, todo esto tendrá una figura de apego del niño.

Pero esta figura de apego cumplirá un rol muy relevante en su vida, (Ávila, 2003) “será más probable que los niños que tienen un apego seguro con sus papás se acerquen, respondan contingentemente, muestren un afecto positivo y desplieguen otras conductas sociales positivas hacia sus pares” ⁴⁴ (p.35)

Donde estas acciones serán símbolos de enseñanza, y tendrían cierta influencia y repercusión en su desarrollo.

En su segundo y tercer año comenzaran los encuentros con su padre.

La edad comprendida entre el segundo y el tercer año de vida es el principio de la relación con el padre. En esta etapa se produce la producción de sentimientos y la unión con su progenitor. (Libenson, 2019)

Esto desarrollara mayor autonomía e independencia en el hijo, una cierta individualización de la madre, y el padre, y una diferenciación y tipificación de los miembros de la familia.

Con esta introducción a los primeros años de vida del niño podemos afirmar entonces que el rol paterna y figura es sumamente relevante, una figura central en su vida, principalmente para la adquisición de valores morales y sociales.

Para poder seguir hablando del tema de la influencia de un padre presente en los primeros años de su niño, voy a demostrar lo que pasaría con la ausencia de tal.

Según (Quaglia y Castro, 2007): “La ausencia del padre deja al niño atrapado en la mirada materna y sin una visión continua de sí mismo en el tiempo”⁴⁵ (p.172)

⁴⁴ Ávila, S. C. (2003) *El Rol del Padre*. Uniandes.

⁴⁵ Quaglia, R., & Castro, F. V. (2007). *El papel del padre en el desarrollo del niño*. International Journal of Developmental and Educational Psychology.

Este efecto “padre” produce una ausencia, denominada carencia o falta de algo físico o emocional, donde deriva siempre a que el niño en un futuro no tenga comportamiento adecuados, así como también conductas adictivas, delictivas, antisociales, trastornos psicológicos, todo esto para poder llenar un vacío en su vida, pero con esto no quiero sacarle mérito al rol de su madre, sino que poder tomar conocimiento de porque es importante el rol paterno e interponerlo en una cuestión de igualdad, donde ambos sean protagonistas en la vida de su hijo. (Hergit Llenas, 2019)

Según la Psicóloga (Miranda, 2019);

La figura paterna tiene mucha influencia tanto en el desarrollo emocional como el sexual de un niño. Su presencia le ayuda a definir roles y obtener mejores habilidades sociales. El sentirse amado y atendido por ambos padres durante la primera infancia, ayuda a un buen desarrollo emocional.⁴⁶

El rol paterno configura una regulación de actitudes, una comprensión, una enseñanza. Esta ausencia física, de la falta de su progenitor podría no tener un direccionamiento, ya que el niño es el modelo a seguir de todo padre.

(Hergit Llenas, 2019) “Las consecuencias se verifican en una reducción en la tasa de deserción escolar, mayor posibilidad de avanzar a posiciones de mando en sus carreras profesionales y -en general- una mejor relación interpersonal con los varones”

⁴⁷

Como mencione ausencia física, también mencionare ausencia emocional, con cierta desvinculación afectiva, donde tendrá baja autoestima y conflictos personales.

Siguiendo con los primeros años del niño, donde quiero hacer total hincapié de donde tiene que estar y aparecer el padre. Comenzará su desarrollo moral, que está bien hacer y que no, ya tomara su propio rol sexual. El padre será importante ya que tendrá que imponer límites, respeto, y obediencia, ya que el niño aprende a obedecer para poder hacerse agradable, social, amable todo para poder obtener la aprobación de su padre. (Quaglia y Castro, 2007)

⁴⁶ Miranda, L (18 de Junio de 2019). *El efecto Padre*. <https://psicologalidiamirandagaxiola.com/el-efecto-padre-la-importancia-de-la-figura-paterna>.

⁴⁷ Hergit, L (20 de Junio de 2019). *El efecto papa*. El diario. <https://eldiariiony.com/2019/06/20/el-efecto-papa/>.

Según el psicólogo (Chouhy, 1999) “La ausencia del padre es entonces un factor de riesgo en lo que hace al proceso de transición que comienza en la adolescencia y termina en una inserción exitosa en la comunidad, lo que podríamos llamar proceso de emancipación”.⁴⁸

(Quaglia y Castro, 2007):

Con la adolescencia temprana, el niño había pasado del ambiente doméstico al ambiente social, con la llegada de la propia adolescencia, el chico entra en el universo de la naturaleza, en la que se es, antes que nada, varones y mujeres. El adolescente ahora tiene que compararse, ya no con el padre, sino con otro igual a sí mismo; con quien por altura física y nivel de madurez se puede comparar”.⁴⁹ (p.176)

Con el transcurso de los años la paternidad sugiere cambios en la figura del hombre, donde antes era visto como la persona que solo daba órdenes y traía el dinero al hogar a pasar a una persona con derechos y sentimientos donde es cada vez más frecuente que el padre tome la responsabilidad de la crianza del niño y poder hacer una persona correcta y personalizada con valores definidos. (Florio, 2019)

(Valverde, 2020): “La firmeza del padre robustece el carácter moral del hijo. “Por medio del no del padre, el hijo se prepara para aceptar un no en la vida”. Es decir, aprenden a controlar sus impulsos adquiriendo la capacidad de autocontrol”.⁵⁰

La importancia de estar presente en la primera infancia es hoy en día la prioridad que tendría que tener cualquier familia, que proyecte tener un hijo.

En su tercer a quinto año de vida, es cuando comienza la educación preescolar, y un niño sin su padre, devenga en que no tenga un desarrollo íntegro y correcto. Ni tampoco un desenvolvimiento con otros seres humanos.

(Charro, 2015):

⁴⁸ Chouhy, R. (1999). *Función paterna y familia monoparental: ¿Cuál es el costo de prescindir del padre?* Psicología y psicopedagogía.

⁴⁹ Quaglia, R., & Castro, F. V. (2007). *El papel del padre en el desarrollo del niño*. International Journal of Developmental and Educational Psychology.

⁵⁰ Valverde, C. J. (20 de Junio de 2020). *Por los niños: rescatemos la figura del padre*. Revista Vive! <https://revistavive.com/rescatemos-la-figura-del-padre/>

La ausencia del padre, física o simplemente psíquica, puede tener efectos devastadores sobre los muchachos, incluyendo problemas de salud serios, ya que su sistema inmunológico se ve afectado por el estrés que genera tal situación de desamparo, y ello a pesar de los esfuerzos de las madres en estos casos para compensar las carencias afectivo-educativas desde el ángulo paterno.⁵¹ (p.7)

Los jardines infantiles generan modelos de niños correctos a futuro, pero su principal regla es que “el aprendizaje comienza en la familia”.

A través de un trabajo de investigación, (Gutiérrez, et. al., 2014) manifestaron:

La familia es el grupo primario, base de toda sociedad en la cual se transmite las pautas de crianza, formas de actuación y funciones sociales, encontrándose tipologías que han tenido cambios en la estructura y dinámica familiar, composición y funcionamiento.⁵² (p.8)

Una ausencia física de este grupo primario, desencadenaría un bajo rendimiento escolar, una mala adaptación al ámbito educativo, problemas de sueño y problemas de alimentación.

A lo largo de los años la figura del padre fue relegada a un rol secundario como mencionamos anteriormente, haciendo y generando problemas en sus familias y también de pareja.

Es por eso que esto poco a poco, con los cambios culturales, familiares y sociales de la época han puesto al padre en otro rol, el de acompañar a la madre durante el nacimiento así como también durante la crianza.

Se ha denominado un modelo sano, al modelo donde tanto la mujer como el hombre en una familia colaboren de forma equitativa para la crianza del niño, donde ambos sean importantes y destacables.

⁵¹ Charro, M. C. (2015). *La importancia de la figura paterna en la educación de los hijos: estabilidad familiar y desarrollo social*. <https://www.thefamilywatch.org/wp-content/uploads/Informe20151.pdf>

⁵² Alfonso Gutiérrez et. al. (2014) *¿Qué incidencia tiene en el aprendizaje la ausencia de la figura materna o paterna para niños menores de 5 años del Colegio Cooperativo de Cogua?* (Doctoral dissertation, Corporación Universitaria Minuto de Dios).

A través de este cambio generacional, donde la figura del padre ha cambiado, donde se ha notado otra figura, como del padre que quiere influenciarse directamente con la familia y la crianza del niño, deja en evidencia de porque es tan importante su figura.

(Charro, 2015):

Los niños necesitan personas que les ofrezcan modelos saludables y virtuosos de conducta. El papel del padre en esta tarea es sencillamente esencial. Si el padre está ausente, el chico buscará sus pautas de vida en protagonistas de series de televisión, videojuegos, o en compañeros de colegio equivocados.⁵³ (p.10)

Se ha notado mucha más presencia del padre en cursos de preparación de parto, o cursos de preparación de la maternidad, donde en Argentina por ejemplo estos se brindan gratuitamente en cada municipio, esto remarca el rol activo del padre en el nacimiento, y la importancia de no abandonar la paternidad, donde pueda brindarse a su familia, y de ocuparse de su rol.

Esto sirve de muestra de que entonces la sociedad también ha cambiado, donde antes la figura del padre era de sostenimiento económico, hoy en día es diferente.

Por ultimo (Bermúdez-Jaimes, 2014) menciona en sus Tesis una pequeña demostración en las diferencias y contribuciones en el desarrollo de la crianza del niño y del cuidado por parte del padre.

En primer lugar, aspectos comportamentales, los cuales se refieren a acciones del padre en sus prácticas de cuidado y de crianza de sus hijos; en segundo lugar, aspectos emocionales, referidos a los vínculos afectivos que se establecen con los hijos y, finalmente, aspectos cognitivos, que incluyen las valoraciones que el padre hace acerca de sí mismo en su ejercicio de la parentalidad.⁵⁴ (p.21)

⁵³ Charro, M. C. (2015). *La importancia de la figura paterna en la educación de los hijos: estabilidad familiar y desarrollo social*. . <https://www.thefamilywatch.org/wp-content/uploads/Informe20151.pdf>

⁵⁴ Bermúdez Jaimes, M. E. (2014). *El rol del padre y el desarrollo de los hijos -contribuciones de papá y mamá al bienestar infantil ya la seguridad emocional de niños*. Tesis para obtener el título de Psicología.

Pero estos aspectos no designan quien es mejor criando el niño si la madre o el padre, sino que hablan de una cierta diferencia de crianza que es importante para el niño, recibir varios aspectos de cada enseñanza y de cada desarrollo, tanto del padre como de la madre.

Durante el crecimiento del niño el padre le ha dado seguridad y confianza en sí mismo. Donde el niño durante ese tiempo ya ha desarrollado ciertas conductas y valores.

Hablare también de los problemas físicos, y psicológicos de las consecuencias para un padre no puede desarrollar su rol paterno, sea por diferentes cuestiones, no poder estar presente implica una consecuencia de daño no solo para el niño, sino también para la persona.

3.2.-UN EJEMPOLO DE CORDURA: que asignan al padre importancia en la relación paterna filial, es una Resolución del Ministerio de defensa que amplía la licencia por nacimiento o adopción del hombre.

Me resulto muy importante que los gobiernos y los países impulsen también este modelo de que la familia es prioritaria y que los modelos de igualdad en la sociedad sean asimilados de igual manera para todos los géneros en referencia a la crianza de un hijo.

En 26 de Agosto de 2011 el Ministerio de Defensa Argentino saco una resolución en cuanto a las licencias por paternidad dentro del ámbito de la fuerza. Porque fue importante esto porque el gobierno Argentino comenzó a impulsar políticas de igualdad y le dio cierto rol indispensable al padre, ya que la mayoría de las licencias eran por maternidad.

“Se le da licencia por paternidad durante el nacimiento del hijo con 10 días con una extensión de 5 días sea por nacimiento o por adopción”.⁵⁵

Esto avala lo antes mencionado donde la figura del padre tome un rol importante ya desde el nacimiento del hijo, donde se le da un lugar, donde pueda ayudar a la madre, y que la madre no sea la encargada de sus primeros cuidados, sino que ya el hijo desde

⁵⁵ **Resolución 706/11 del Ministerio de Defensa del día 26 de Agosto de 2011.**

sus primeros días de vida pueda reconocer ambas figuras, y no solo una como es en la mayoría de las veces.

El ministerio de defensa se basa en “políticas de igualdad”, “conciliación de responsabilidades familiares” en donde tanto el hombre como la mujer lleven adelante el nacimiento y el crecimiento, así como también la formación humanitaria de su hijo. Poder producir este “cambio cultural” donde el rol y la figura paternal sean incluidos dentro de la familia, y que pueda colaborar con la familia, y no ser una imagen secundaria, de solo ser el padre en algunos momentos de la vida.

Que solo tener dentro de la fuerza argentina licencias por maternidad, no es un reflejo igualitario, ya que dentro de una familia existen dos participantes tanto la madre como el padre.

Esto también siendo impulsado porque no exista la discriminación laboral a la mujer, siendo esta la encargada del crecimiento del hijo, y poder adelantar las “obligaciones” del padre en cuanto a la crianza del niño.

Basándose en el artículo 18 de la Convención de los Derechos del Niño donde consta que se le brinda una asistencia apropiada, siendo determinante una responsabilidad ejemplar, de cuidados, y asistencia al niño.

“Artículo 18

- 1- **Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.**
- 2- **Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.”**⁵⁶

Todo esto haciendo total hincapié a políticas de igualdad para los demás ámbitos dentro del territorio argentino, y poniendo en una condición de igualdad entre varones y mujeres, apoyándose también en los derechos que tiene el padre para la crianza y el desarrollo de su hijo.

⁵⁶ Artículo 18 (20 de Noviembre de 1989). **Convención sobre los Derechos del Niño.**

3.3 CONSECUENCIAS FISICAS Y PSICOLOGICAS QUE SUFREN LOS PADRES.

En los anteriores párrafos hemos mencionado lo que es para un niño no poder tener a su padre durante su desarrollo y la crianza, las consecuencias que pueden recaer en tal, pero no hablamos tampoco del impacto psicológico así como también físico en el padre.

Poco se ha investigado pero ha pasado desapercibido este tema de gran importancia, el padre sufre un impacto a su integridad física, así como también un impacto psicológico el no poder conformar su familia, el no poder ser parte, o no poder estar relacionado durante los primeros años del niño.

Este acompañamiento del padre a la mujer durante el embarazo, citas al doctor, estudios, tratamientos, etc. Ha sido un gran suceso para el género masculino ya que esto antes no era así, antes el rol del padre era diferentes, pero en esta cultura moderna todo ha cambiado, cada vez son más los padres que acompañan y necesitan estar en el crecimiento del niño, necesitan poder influenciarse y demostrar un modelo a futuro.

Con respecto a no poder concretar esto, el padre comienza con cambios físicos y psicológicos en consecuencia de sentirse diferente de sentirse un “mal padre”

Comenzaremos a hablar del famoso “síndrome de covada” donde la noticia de que va a ser padre, repercute mucho más en la mujer que en el hombre, pero esto muchas veces se ve afectado de muchas maneras, a través del aumento de peso, náuseas y cambios frecuentes en su humor, estos efectos comienzan en el hombre a partir del primer trimestre. Estos cambios físicos no tienen ninguna explicación de porqué ocurren, se creen que es porque el padre se prepara para ejercer su rol y asumir su responsabilidad, pero entonces si el padre no puede ejercer su rol, por diferentes aspectos o motivos, como repercute en su vida. (Palacios, 1998)

Según la psicóloga (Czr, 2017) “La teoría más aceptada se relaciona al momento de transición a la paternidad ya que se asocia con ansiedad, debido a la angustia y preocupación derivadas de la llegada del bebé”:⁵⁷

Se desarrollaran cambios psicológicos en el hombre cuando no pueda ser parte de la vida de su niño, tendrá consecuencias positivas la alegría de ser padre, la imaginación de cómo será, el futuro, como será sus expectativas, pero haremos hincapié en las negativas que es cuando un padre no puede ser parte de la vida de su niño, esto desarrollara cambios como sentimientos de culpa, ansiedad, confusión, aumento de tensión, estrés, todo esto hará un daño en su persona que muchas veces no podrá revertir, ya que en muchos casos, o en un gran porcentaje el niño ya lo conocerá siendo grande, no durante sus primeros años de vida, donde tiene que valer la imagen de su padre.

Esto también producirá una cierta desestabilidad en su pareja, ya que estaría dejándola sola sin poder colaborar, tanto como con su crianza como en el desarrollo de vida.

3.4 REACCIONES EN LOS NIÑOS CON SU PADRE PRIVADO DE SU LIBERTAD.

Resalte cual es la importancia del rol del padre en el desarrollo del niño, y sus consecuencias de no poder obtener ciertos valores morales y sociales, así como también di un pequeño repaso del daño que impacta en el padre no poder ejercer su rol paterno, pero en este ítem hablare como son las reacciones y como el niño transita la detención de su padre, como asumirlo, y como puede vivir con esa situación.

Hay numerosos casos por día, donde un niño tiene que tomar conocimiento de que su padre, no está en su casa, o preguntarse porque la policía estuvo relacionada con su padre, esto para el niño ya despierta sentimientos y sensaciones negativas es su primera relación con la justicia penal. (Techera, et. al., 2012)

A través de un trabajo de investigación de la Universidad de Uruguay;

⁵⁷ CZR, L. (29 de Agosto de 2017) *¡Estamos embarazados!": Síndrome de la Covada o Embarazo Empático*. <https://psicoperinatalsite.wordpress.com/2017/08/29/estamos-embarazados-sindrome-de-la-covada-o-embarazo-empatico/>

(Techera, et. al., 2012) pudieron establecer que:

Las parejas de las PPL relatan síntomas de una clara afectación en los/as niños/as a partir de la situación de cárcel de sus padres, tales como la presencia de angustia, la falta de atención y concentración, dificultades de aprendizaje y agresividad.⁵⁸

Esto tomara consecuencias y reacciones que dañaran tanto su salud psicológica así como también su integridad, ya que sufre una ausencia física en su familia.

(Robertson, 2007) refiere que “El encarcelamiento, o incluso el sólo arresto, de un(a) progenitor(a) comúnmente provocará fuertes reacciones en sus hijos y, aunque éstas varían mucho, entre ellas puede haber: tristeza, rabia, preocupación y una sensación de pérdida”.⁵⁹ (p. 9)

En primer lugar lo más destacable, es que durante un tiempo que le tomara admitirlo y como la madre va a decírselo o tratar el tema, el niño desarrollara sentimientos de tristeza, enojo, preocupación porque lo que le pasara a su padre.

(Robertson, 2007) manifiesta que tener un padre que esta privado de su libertad es casi igual que la perdida física de un familiar.

Pero en la mayoría de los casos y más para los niños de entre 3 a 5 años esto le genera traumas, miedos, vergüenza, y el sentimiento más profundo de culpa, de si algo hizo mal o porque su padre se alejó de su familia.

Es por eso que es necesaria en estas instancias la ayuda profesional, poder acompañar al niño para que pueda superar esto con ayuda, que pueda brindarse también el interés superior del niño.

A través de un trabajo de investigación realizado por (Cadoni, L., et. al., 2019) sobre las condiciones de vida de niñas y niños argentinos en hogares con uno de sus miembros privado de libertad refiere:

⁵⁸ Techera, J., et. al. (2012). *Los' hijos de los presos': vínculo afectivo entre padres privados de libertad y sus hijos/as*. Avances de un estudio exploratorio. Ciencias psicológicas.

⁵⁹ Robertson, O. (2007). *El impacto que el encarcelamiento de un (a) progenitor (a) tiene sobre sus hijos*. Quaker United Nations Office.

Se construye evidencia suficiente para afirmar que tener un familiar o referente adulto privado de libertad genera cierto impacto negativo en las condiciones de vida de los niños, niñas y adolescentes. Específicamente, incrementa las posibilidades de: encontrarse en una situación de pobreza e inseguridad alimentaria, tener menor acceso a cobertura de salud, poseer mayores dificultades durante la etapa escolar, aumentar la exposición a estilos de crianza negativos y restringir sus oportunidades de socialización.⁶⁰ (p.28)

Con esto no busco justificar ningún delito, ni tampoco que la persona que cometió el delito no sufra consecuencias, o no cumpla su sentencia, sino que demuestro la falta del padre en un niño.

Con ayuda profesional también, el niño puede ser escuchado y manifestar si quiere seguir teniendo relación con su padre, a través de visitas, llamadas, etc. Siempre hay que darle relevancia al interés del niño.

En algunos países existen los “círculos de sanación” que se ocupan totalmente de los niños los cuales sus progenitores se encuentran presos, y les ofrecen una contención tanto psicológica como también sentimental, esto en base de que el niño pueda seguir adelante con su vida con el apoyo de otras personas. (Robertson, 2012)

Según (Robertson, 2012):

Los círculos de sanación, basados en las escuelas y que utilizan técnicas de justicia reparadora. Los niños y niñas participantes pueden hablar sobre el encarcelamiento parental entre sí y con adultos que tienen a sus progenitores en la cárcel, hacer preguntas a progenitores que antes estuvieron presos y que ahora trabajan en la escuela, ver DVDs pertinentes y escribir sus pensamientos y sentimientos en diarios. Los sentimientos de vergüenza y estigma por lo general disminuyen al hablar con otros jóvenes en la misma situación. (Como se cita en Dee Ann Newell, The National Policy Partnership for Children of Incarcerated Parents, intervention oral GT2)⁶¹ (p.59)

⁶⁰ Cadoni, L., et. al. (2019). *Infancias y encarcelamiento. Condiciones de vida de niñas, niños y adolescentes cuyos padres o familiares están privados de la libertad en la Argentina*. Educa.

⁶¹ Dee Ann Newell, *The National Policy Partnership for Children of Incarcerated Parents, intervention oral GT2*. Como se citó en Robertson, O. (2012).

Sumando a las consecuencias negativas que tiene que padecer un niño con la privación de la libertad de su padre, está la estigmatización y la discriminación que sufre ese niño.

(Amaya, 2015) editora de Breaking News/Sociedad en LA NACION expuso un artículo donde refiere que en la Argentina unos 67.000 chicos tienen a uno de sus padres detenidos; esto les produce estigma, falta de contención, y que no haya programas de ayuda, sociales, etc., para poder contener a esos chicos.

En una cultura muy retrograda donde los niños crecen sabiendo y alimentándose de muchos medios digitales donde se remarca cosas que están bien o está mal, tener su padre en la cárcel, despierta en los otros niños sentimientos de rechazo.

Está comprobado que los niños con padres privados de su libertad, sufren una gran discriminación, tanto de mayores como de menores, y esto tiene un gran impacto en el niño.

Sentimientos de frustración, tristeza, hasta en muchos casos de rechazo con su propio padre. Pero para no desviarme del tema, solo resaltare los impactos negativos en el niño.

La editora argentina (Amaya, 2015) también presenta como alternativa:

La disminución en el uso de la prisión preventiva....en la perspectiva de los hijos/as de presos/as, este tipo de medidas contribuiría a promover y garantizar su derecho a mantener contacto con su referente adulto, minimizando los impactos negativos de la separación prolongada, o la incertidumbre respecto a la situación de su referente.⁶²

3.5. LAS NORMAS DEL CCyC NACION LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.

Arts. 638, 639, 646, 648, 652, 699, 700 y 700 bis.

⁶² Amaya, S. (22 de Octubre de 2015) *Padre preso, niño invisible: qué pasa con los menores cuando sus progenitores son enviados a la cárcel*. La Nación. <https://www.lanacion.com.ar/seguridad/padre-preso-nino-invisible-que-pasa-con-los-menores-cuando-sus-progenitores-son-enviados-a-la-carcel-nid1837176/>

Un plexo normativo es un conjunto de normas que se equilibran, suplementan, integran que amparan determinados derecho civiles, familiares, penales, etc.

Que buscan evitar un injusto. En este plexo que integran el artículo 159 del CPP, el injusto resulta manifestó pues el padre, sin fundamento alguno no puede como la madre tomar contacto con su hijo en el hogar de crianza.

La responsabilidad parental plasmada en el Código Civil y Comercial, es algo sumamente importante, ya que de acuerdo a los principios sumado a la definición, el modelo tanto del padre como de la madre es el reflejo de lo que va a ser a futuro un hijo, una persona con derechos pero algo más destacable obligaciones, estas obligaciones se verán diferenciadas y respetadas empezando por la cabeza de la responsabilidad “sus padres”.

(Fernández, 2015):

La responsabilidad parental en cambio, como ya su nombre lo anticipa, atiende en forma preeminente a la función que los padres ejercen con un sentido de responsabilidad: esto pues en cada acto que los padres realizan bajo esta función representativa, están comprometiendo derechos, intereses y bienes de un tercero....El hijo....que no es una suerte de "subordinado" o prolongación de las personas de los padres sino un sujeto de derecho autónomo.⁶³

El Código 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”⁶⁴

Si bien este conjunto de derechos y deberes es muy amplio, los progenitores tienen que proteger tales derechos y deberes para poder transmitir la responsabilidad a sus hijos.

Cabe destacar que el Código en su artículo 639 también remarca una serie de principios, el más importante en mi opinión avalado por la Constitución, la convención

⁶³ Fernández, S. (2015). *La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial ¿cuánto de autonomía progresiva? Construyendo equilibrios*. Editores: Herrera, M. y Kemelmajer de Carlucci, Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

⁶⁴ Artículo 638 del Código Civil y Comercial de la Nación.

de los Derechos del Niño y jurisprudencia destacable del siglo, todo se destaca en el “interés superior del niño”, este conjunto de actos que desencadenan y garantizan el desarrollo integral y la protección al menor.

Se suma a los principios “el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez”, este derecho a ser escuchado data de que muchas veces los niños pueden formular una opinión, donde a través de los años muchas veces se la da más prioridad a lo que quieren sus progenitores y no lo que quiere el menor, entonces es por eso que se le da cierto grado de relevancia a este principio, ya que el menor a través de este derecho puede manifestar que quiere de su vida, y con quien.

(Bailon, 2019): “Debemos entender y asimilar que el derecho del niño a ser oído es un remedio procesal para contener al más débil, en este caso, los niños”.⁶⁵ (p. 45)

Y por último un principio innovador “la autonomía progresiva del hijo” consiste en que mientras el menor aumente su grado de madurez, va a tener menos dependencia de sus progenitores. Es por eso que cuando no dependa de sus progenitores, no habrá responsabilidad parental ya que estará formado un sujeto de derechos y obligaciones ya con conocimiento de lo que significa la responsabilidad ante otros y para uno mismo.

(Viola, 2012): “El principio de autonomía progresiva viene a sostener, en cuanto a los adultos tienen que impartir orientación para que sean los niños quienes desarrollen el ejercicio de sus derechos”.⁶⁶ (p. 87)

Esta “autonomía” del menor conforma una representación autónoma donde conforma un mayor vínculo con sus progenitores, ya que produce libertad, voz, autonomía ante ellos y ante la sociedad también. Es por eso que también se lo trata como un símbolo de madurez y de respeto. (Fernández, 2015)

Pero esta autonomía no debe ser confundida con “hacer lo que quiera, cuando yo quiera” sino de poder asumir las responsabilidades, hacer respetar tus derechos y constituir tus obligaciones como persona, donde la responsabilidad parental este presente, y sirva como guía y estabilidad para el menor, así como también de su

⁶⁵ Bailon, A. (2019). **Derecho del niño a ser escuchado**. Universidad Nacional de La Pampa.

⁶⁶ Viola, S. (2012). **Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente**. Revista Cuestión de Derechos.

protección integral ante su familia y ante la sociedad como bien refiere el art. 19 del CADH.

Pero bien entonces esta cierta “autonomía” del menor como sujeto de derechos y obligaciones, como se ve ante la sociedad, siguen los padres respondiendo por el menor o ya se genera una autonomía “completa” para ser percibida por la justicia como sujeto independiente de sus actos. (Viola, 2012)

Hasta no cumplir la edad de 18 años, el menor sigue siendo menor y sus padres siguen siendo sus tutores legales, pero no me refiero a responder o no por las acciones que el menor haga, sino que este capítulo va orientado a que el menor debe tener una figura plasmada de lo que es la responsabilidad parental, si tener claridad que es un sujeto jurídico de su hijo, y que ante alguna conducta ilícita tendrá que responder. Pero lo que tiene que tener más en claro, es que es la responsabilidad parental.

El Artículo 19 de la CN "reconoce al individuo un ámbito de libertad en el cual este puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin intervención alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen el orden, la moral pública o los derechos de terceros" ⁶⁷

Esto tiene cierta relación con la responsabilidad parental, ya que cada progenitor va a diseñar su “modelo de vida” o su “organización familiar” como quiera, entonces ahí es cuando es importante a lo que le doy cierta reiteración en cuanto a un modelo ejemplar de responsabilidad parental. Ya que siempre el hijo va a ser el calco de su progenitor, entonces si el progenitor no ejerció bien su deber de responsabilidad parental, su hijo en un futuro tampoco lo va a hacer, y esto se vuelve algo problemático. (Ahumada, 2016)

Siempre basándome en mi trabajo hablando de menores, no de adolescentes, ese ejercicio es diferente.

Pero bien a lo que poco mencione y tiene suma relación con la responsabilidad parental es al concepto de familia, si bien mencione lo que era ser un progenitor y sus responsabilidades y obligaciones. El término “familia” va mucho más allá.

La familia para un niño es lo más importante para poder desarrollarse en su crecimiento, para tener una patología sana el niño debe tener la figura de ambos

⁶⁷ Constitución de la Nación Argentina [Const.](1994) Artículo 19, Buenos Aires.

progenitores, esto es lo que se ve afectado en nuestro trabajo, como el niño sin la figura de uno de sus progenitores no va a poder desarrollarse plenamente, ni tampoco va a poder abordarse correctamente su crecimiento, ni su relación con sus pares, ni tampoco poder formular su rol familiar.

(Suárez y Vélez, 2018):

El ser humano aprende a relacionarse desde pequeño con la familia, es decir, allí se aprenden las bases para la interacción con los demás; también los estilos de vida, las formas de pensar, los valores, los hábitos, entre otros, que sirven para configurar la personalidad del individuo, que posteriormente se desenvolverá en un contexto sociocultural.⁶⁸ (p. 179)

La convención de los Derechos del Niño pone el término “familia” como ese ámbito fundamental y de armonía que tiene que tener un niño para poder desarrollar su crecimiento, y poder pasar de ser un niño a ser un adulto con responsabilidad y obligaciones.

Cabe mencionar que también la Convención de los Derechos del Niño le da cierta prioridad a esa patria potestad que tiene el padre con su hijo, como un guía en su vida para poder formar su vida y ser un ejemplo.

Dentro de esta jurisprudencia internacional hace mención que los padres tienen derechos respecto a sus hijos y esto conlleva también a tener responsabilidades. Estos derechos de los padres de los niños son solo para promover los derechos de los niños, no son ilimitados, ni tampoco para imponer un modelo de vida donde el niño no sea escuchado ni tampoco sea puesto su interés en un segundo plano, sino siempre para poder ser un camino. (Ovin, 2017).

“La Convención reconoce la dignidad humana fundamental de todos los niños y la urgente necesidad de velar por su bienestar y su desarrollo. Deja clara la idea de que todos los niños deben tener derecho a una calidad de vida básica, en lugar de ser un privilegio que pocos disfrutan”.⁶⁹

⁶⁸ Suárez, P., Vélez, M. (2018). *El papel de la familia en el desarrollo social del niño: una mirada desde la afectividad, la comunicación familiar y estilos de educación parental*. Revista Psicoespacios. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6573534>

⁶⁹ *Los derechos del niño y por qué son importantes*. (s.f). <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/por-que-son-importantes>

Hablando de los derechos y deberes de los progenitores dentro del art. 646 del CCyC se menciona “cuidado del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo”⁷⁰.

Siguiendo con el mismo artículo en sus incisos b) y c) hace hincapié en las necesidades específicas del hijo y de respetar al niño de ser oído y participar en procesos educativos, entonces si esto es de principal importancia porque se le quita una necesidad específica al menor como es crecer sin su padre, porque si necesitaba ser oído no se le brinda ese espacio o esa participación, porque se da elección de uno de sus progenitores y no de ambos.

Pero el artículo D) en mi opinión el más importante, sin dejar de lado que los artículos E) y F) donde hacen referencia de respetar y facilitar las relaciones personales con sus abuelos y parientes, así como también poder tener una representación y administración de su patrimonio.

El artículo D) refiere que “prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos”, el poder crecer con esta orientación y dirección donde la familia sea la imagen de este ser en pleno crecimiento, donde está comprobado que el hijo tiene como rol importante dentro de la familia a su padre, porque va a ser la estructura principal de como direccionar u orientar una familia que evoluciona que crece que progresa, pero sin esto el niño no podría progresar no tendría esa armonía que se necesita para poder seguir un camino, con la falta de uno de sus progenitores.

El niño además de aprender, sea participativo dentro de su proceso, que pueda tener una familia que lo haga participar que aprenda a partir de su rol participativo, y no de recibir órdenes. (Magistris, 2004).

Si bien hablamos de los derechos y deberes de los progenitores, hay ciertas facultades no mencionadas que fueron evolucionando con nombres o preposiciones donde a través de los años el rol familiar se vio plasmado en el “cuidado personal del niño”. (Ontiveros, 2018)

(Carolina Peluffo, s.f.): “Son los deberes y facultades referidos a la vida cotidiana del hijo que puede ser: unilateral (excepción) – o compartido (regla)”⁷¹

⁷⁰Artículo 646 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Pero bien esto también se vio confundido que el cuidado personal del niño era sus necesidades básicas, como la comida, la educación, la vestimenta pero este cuidado personal del menor abarca muchas más necesidades de la vida cotidiana del hijo.

El cuidado personal del niño fue evolucionando a lo largo de los años, donde en un primer momento se le daba cierta “prioridad de cuidado” a un progenitor quien era el encargado de sus necesidades primarias y el otro progenitor mantenía “visitas y comunicaciones cotidianas” con un rol más secundario en el cuidado personal. Pero esto en los últimos años no fue así, ya que se impuso la “tenencia compartida” donde ambos progenitores eran protagonistas, y se les daba la misma importancia y calidad de tiempo y momentos a ambos progenitores. (Herrera, et. al., 2015):

(Sancho, 2021):

Esta modificación se relaciona estrictamente con la idea de que el niño ya no es el sujeto pasivo de la relación con sus padres en la responsabilidad parental, sino que se encuentra en el centro y la regulación del instituto debe girar en torno a sus derechos.⁷² (p.113)

La jurisprudencia avala este símbolo de equidad donde el niño podía permanecer en ambos hogares de los dos progenitores, siempre y cuando el derecho a su participación y que se brinde el interés de tal sea impuesto.

El artículo 18 de la Convención de los Derechos del Niño se basa en que ambos progenitores estén en igualdad de condiciones con su hijo menor y que ambos puedan tener el cuidado personal, así como también en el art. 648 del CCyC queda plasmado su definición.

Por lo que se ideó una forma alternativa, como antes lo mencione “tenencia compartida”.

Esto fue un avance importante para el cuidado personal del hijo, y para sus progenitores, ya que evitaba que uno de sus progenitores tenga la tenencia material del hijo completamente, como así también que uno de sus progenitores dedique mucho más

⁷¹ Peluffo, C. (s.f) *El cuidado personal de los hijos menores y los nuevos lineamientos según el Código Civil y Comercial de la Nación.*

<https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/05/Doctrina1229.pdf>

⁷² Sancho, M. (2021). *Los derechos del niño en la regulación de la responsabilidad parental.* Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas.

tiempo con el menor que el otro, este reparto de obligaciones fue positivo para la relación. (Sancho, 2021)

En algunos casos aislados tuvieron como ejemplo, compartir una misma vivienda con el menor, pero que entre los progenitores se dé una especie de rotación o en otro caso que el menor comparta con los progenitores en sus diferentes hogares, esto quiere decir que se acostumbre a sus dos hogares. (Herrera, et. al., 2015)

(Herrera, et. al., 2015): “Se escinde así el tradicional criterio de asociar “tenencia” al desempeño de la función parental, colocando en un pie de igualdad a ambos progenitores con la finalidad de favorecer la presencia de ambos/as en la vida de los hijos/as”⁷³ (p.485)

Pero algo que va con una cierta relación con el deber de cuidado del menor, es el derecho y el deber de comunicación con los progenitores, muchas veces en esta controversia de separación de los progenitores, no se puede arreglar ni con las clases de tenencia ni de otra forma, ya que uno de los progenitores toma cierta decisión de que si él no se comunica con su ex pareja el menor tampoco tiene que hacerlo. (Ferreya, 2009)

Es por que el art. 652 del CCyC da espacio a que una vez resuelta la separación o que ya los progenitores no estén más juntos, la comunicación con el hijo siga siendo fluida y se siga manteniendo.

Pero con este derecho de comunicación o deber no solo es hablar minutos, horas con el menor.

Lo que se busca es que ambos puedan establecer una comunicación transparente, mutua, rica en valores que influyan en la personalidad y vida tanto del padre como del hijo, reforzando y potenciando el vínculo existente entre éstas dos personas por consanguinidad. (Díaz, 2017 p. 38)⁷⁴

Ante la imposibilidad de seguir manteniendo la comunicación con uno de sus progenitores, el menor se ve afectado de una manera muy plasmada, y muy marcada. Ya que el niño crece sin poder manifestar sus sentimientos, sin decir ciertas palabras, sin

⁷³ Herrera, M. et. al. (2015). *Código Civil y Comercial comentado: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (TOMO II)*.

⁷⁴ Díaz, M. R. (2017) *Criterios jurídicos sobre el derecho de comunicación entre el progenitor no conviviente con sus hijos menores de edad*. Universidad Siglo 21.

realizar preguntas, y sin poder seguir esa relación que tanto quiere. (Herrera, et. al., 2015):

Antes en el Código de Vélez esto se veía reflejado como el “derecho de visitas” y esto en la reforma del año 2014 del Código Civil y Comercial se le dio un sentido mucho más amplio al derecho de comunicación, en donde no solo se base a estar un rato con el menor, de forma periódica como si fuera una manera de cumplir, sino que se pueda establecer de forma directa una relación con su padre, que pueda seguir conservando ese cariño y ese apego que uno tiene con sus progenitores. (Díaz, 2017)

Este derecho tiene que tomarse con cierta importancia con cierta prioridad sobre las demás cosas, ya que este niño al no tener ese contacto directo y principal con su progenitor, estaría en contra del interés superior del niño y en contra de un derecho o un deber plasmado en nuestra jurisprudencia.

Los artículos 699 y 700 del CCyC:

La diferencia entre estos dos artículos, es que en el artículo 699 se da la extinción de la titularidad de la responsabilidad parental pero sin una consecuencia a sus progenitores esto quiere decir que sucedió de forma objetiva sin poder realizar un pronunciamiento legal. Por eso es que se dice que muchos de estos supuestos son inalterables ya que suceden por hechos naturales como puede ser la muerte por la mayoría de edad, inevitablemente en algún momento o transcurso de la vida van a ocurrir. (Herrera, et. al., 2015)

Para comenzar a mencionarlas en primer lugar el inciso A) hablar del fallecimiento del progenitor o del hijo, cuando se da el fallecimiento de uno de sus progenitores no deja sin efecto al otro, en el inciso b) por la profesión del progenitor en instituto monástico, luego en el inciso C) habla de que el hijo alcance la mayoría de edad, el inciso D) cuando esta emancipado excepto lo dispuesto en el art. 644 y por ultimo cuando se da la adopción del hijo por un tercero, siempre y cuando este la sentencia judicial de adopción, sino no habrá extinción de la responsabilidad parental.⁷⁵

Cabe aclarar que en el supuesto de la adopción, como puede darse que la sentencia de adopción sea revocada, la responsabilidad parental puede ser restituida.

⁷⁵ Artículo 699 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Como nombre anteriormente la extinción de la responsabilidad parental en los supuestos del artículo 699, en el artículo 700 se dan los supuestos de la privación de la responsabilidad parental, donde para que suceda esto tiene que haber una sentencia judicial.

El artículo 700 refiere:

En primer lugar en su inciso A) queda privado de la responsabilidad parental “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”.

En segundo lugar el inciso B) del artículo 700, prevé el supuesto de abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aunque hubiera sido dejado bajo el cuidado del otro progenitor o un tercero. Este inciso manifiesta que el progenitor no se preocupa o no le da interés el futuro de su hijo, es por eso que también se ha tenido en cuenta que el “incumplimiento de los deberes familiares” puede recaer en este supuesto de privación de la responsabilidad parental.

En el inciso C) cita que la conducta del progenitor que pone en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo menor de edad, es un supuesto de privación de la responsabilidad parental. Este inciso deja en evidencia una conducta muy amplia, ya que el daño o el peligro tiene que ser real, no puede tomarse como una especulación de la regla. Es por eso que este supuesto se ha tenido muy en cuenta, ya que los progenitores muchas veces lo manifiestan, ya que puede haber numerosos ejemplos de cómo se puede poner en peligro la seguridad, la salud física o mental del menor.

Y por último el inciso D) el haberse declarado el estado de adaptabilidad del hijo. Este último inciso fue uno de los temas novedosos que incorporo el CCyC en su actualización, donde para este último no hace falta una sentencia judicial, sino a partir de su declaratoria.⁷⁶

En cambio en los incisos anteriores las causales de privación comienzan a estar en vigencia a partir de la sentencia judicial.

La privación afecta a la titularidad y al ejercicio de los deberes de la responsabilidad parental, donde sino puede seguir ejerciéndola será tomada en cuenta la tutela o adopción del menor. (Iantorno y Panatti, 2019).

⁷⁶ Artículo 700 del Código Civil y Comercial de la Nación.

A través de la LEY 27.363 donde hubo un agregado del artículo 700 BIS en cuanto a sumar o modificar los supuestos en cuanto la privación de la responsabilidad parental.

Este artículo incorpora;

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 1 y 11 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.⁷⁷

Lo innovador de este artículo es que la regla es que haya una sentencia penal para poder proteger el bienestar del menor, pero siempre y cuando no poder ir en contra del fuero civil.

Esto se tomó como medida para estos supuestos como una medida para poder brindar una protección tanto al interés superior del menor, como también al progenitor que se ve afectado por el otro, pero esto tiene que ser evaluado para que no se cometa una sanción para el hijo, esto tiene que ser comunicado al Ministerio Público.
(Mazzinghi, 2017)

Por otro lado como este artículo fue innovador también recibió sus críticas y algunas cosas sin comprensión, me pareció interesante la opinión de (Mazzinghi, 2017) donde refieren que:

Respecto de las nuevas causales de privación de la responsabilidad parental incluidas en el art. 700 bis del Código Civil y Comercial, pensamos que, en general, están justificadas, pero que hay superposiciones y desprolijidades en la formulación que debieron haberse evitado.

⁷⁷ **Ley 27363. MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - PRIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL (2017).** Publicada en el Boletín Oficial, 23 de Junio de 2017. Argentina. Artículo 700 BIS.

- La consideración expresa de la tentativa como causal de privación resulta atinada, y debe extenderse a todos los supuestos, los del art. 700 y los del art. 700 bis del Código Civil y Comercial.
- El funcionamiento automático de la privación puede generar problemas graves. Hubiera sido más prudente concentrar en el juez las decisiones referentes a la privación de la autoridad parental y a la protección del interés presente y futuro de los menores involucrados.
- La circunscripción de la privación a la víctima del delito importa acentuar una dirección que no nos parece la más correcta. Más prudente es que el juez pueda definir el alcance de la privación y extenderla, en su caso, a los hijos que no fueron víctimas del delito. Respecto de este punto, es importante subrayar que todo el análisis debe girar en torno a la protección efectiva del interés de los menores.⁷⁸

3.6 - LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y TRATADOS INTERNACIONALES.

La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional de 1989 donde reconoce a todas las personas menores de 18 años como sujetos de derecho.

Argentina ratificó la Convención en 1990 y en 1994 le otorgó rango constitucional con el Pacto de Olivos, pero bien que es lo importante de que Argentina ratifique esto, es que todas estas reglas que amparan al menor y velan por sus derechos tengan jerarquía constitucional dentro de nuestro ordenamiento jurídico y sea de aplicación obligatoria.

Abordando el tema que nos incube dentro de este trabajo, quiero recalcar 4 artículos donde el principal es el interés superior del niño, resaltando los derechos de su padre dentro de su crianza, el art. 7 dice “tiene el derecho de ser cuidados por sus padres”, este artículo pasa a ser un derecho obligatorio tanto la figura del padre como de la madre, entonces el artículo dentro del Código Procesal Penal que le brinda la prisión domiciliaria a la madre para el cuidado del menor, porque no a su padre, si el menor

⁷⁸ Mazzinghi, J.A.M, Mazzinghi, E. M. (2017). *Una reforma no del todo necesaria y con ciertas desprolijidades*. <https://estudiomazzinghi.com.ar/publicaciones/privacion-y-suspension-de-la-responsabilidad-parental/>

tiene derecho a ser criado por ambos, no hay un rango de importancia mayor entre uno y el otro.

Siguiendo con esto dentro de los artículos 9, 10 y 18 donde refiere que “tiene derecho de tener una relación personal y de contacto directo con ambos padres”, estos 4 artículos dentro de la Convención me darían la razón de porque es inconstitucional el art. 159, ya que es importante tanto el padre como la madre, ambos dentro de la crianza del menor, y que el menor tenga tanto contacto como relación como diferentes factores que conforman a un ser humano dentro de su naturaleza como de su crecimiento para poder progresar.

Estos artículos avalan el daño que se le produce a un niño la falta del padre y confirman la necesidad de la figura paternal.

Dentro de la Convención y en sus 54 artículos resaltan y remarcan el derecho del desarrollo físico mental y social del niño, está comprobado científicamente y en sus escritos por (Chouny, 1999) que la función paternal para el niño le produce una disfunción psicológica, derivado en problemas emocionales y de conducta, para un niño crecer sin sus padre es un factor de riesgo desde el proceso de transición que es pequeño, pasando por su adolescencia hasta la inserción dentro de la comunidad.

Entonces si la Convención adopta que se respete la salud mental y social del niño porque dentro de nuestro Código Procesal Penal les dan un privilegio a la madre y a su padre no.

Estarían yendo en contra de los derechos del niño, ya que crecer sin su figura paterna le puede producir enfermedad mental, dificultades para controlar impulsos, ser una persona vulnerable, esto sería totalmente contradictorio para que haya un artículo donde le brinden a la madre una prisión domiciliaria y al padre no, porque no sería importante la figura del padre, si esto afectaría tanto la salud mental como social del niño, esto constituirá un factor de riesgo.

PROPUESTA-CONCLUSION

Para finalizar mi trabajo como bien lo mencione en el objetivo principal es que haya una reforma legislativa donde la norma le brinde ese beneficio al padre y que haya una igualdad de géneros, donde tanto la mujer y el varón puedan cumplir su rol y ser el apoyo para su hijo.

“Que tanto mujer como varón con prisión preventiva con un hijo menor de 5 años sean acreedores del beneficio de la alternativa a la prisión domiciliaria.....”

Bibliografía.

Bibliografía general:

- Ares, J. L, Bellido, F., Beraldi, C. A., Bertelotti M. L, Bertolino, P, J., Castro, M., De la Cruz, N. M., D Empaire, E. A, Giuliani, G., Gorsd, P., Grassi, A. P., Jakim, I., Mahiques, C.A., Martinez Astorino, R. D., Ozafrain, O., Petitti, C. E., Piombo, H. D., Silvestrini, A. J, Villaverde M. S. (2015) **Proceso y procedimientos penales de la provincia de Buenos Aires.** AbeledoPerrot.
- Ahumada, M. A. (2016). **Responsabilidad parental de los progenitores adolescentes.** Impacto de la capacidad progresiva (Bachelor's thesis).
- Borisnky, M. H, Borzi Cirilli, F. A., Bruto, L., Fernandez Rios, R., Finocchiario, E. Garay, J.M, Grappasonno, N., Grenni, L. Kvitko, L. F., Leo, R., Pascual, J. I. Raposeiras, L., Urtubey, R. J., y Vanella, C. A. (2020) **Aplicación del Código Procesal Penal Federal.** Erreius.
- Buompadre, J. G. (2017) **Manual de Derecho Penal: parte especial.** Astrea.
- Daray Roberto R. (2019) **Código Procesal Penal de Nación – Federal. Normas Complementarias,** Hammurabi.
- Defelitto Luis Felipe (2016) **Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires: tomo I: artículos 1 a 337/comentarios – 20XII GRUPO EDITORIAL.**
- Defelitto Luis Felipe (2016) **Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires: tomo II: artículos 338 a 542/comentarios – 20XII GRUPO EDITORIAL.**
- DerechoTeca. (2020) **¿QUÉ ES LA POLÍTICA CRIMINAL?** (Archivo de video). <https://www.youtube.com/watch?v=RbiM24WWKsg>
- Del Corral, D. (2007) **Excarcelación en la provincia de Buenos Aires, Ley Nro. 13.449 y otros medios alternativos a la prisión preventiva.** Omar Favale Ediciones Jurídicas.
- Florío, P. (17 de Enero de 2019) **La nueva paternidad: cómo es el rol de los hombres en la crianza.**

<https://www.infobae.com/tendencias/masmariana/2019/01/17/la-nueva-paternidad-como-es-el-rol-de-los-hombres-en-la-crianza/>

- Giorgio, A.M. (2015). **Medidas de Coerción. La Prisión Preventiva.** Dunken.
- Jauchen, E. M. (2015) **Proceso Penal. Sistema acusatorio Adversarial.** Rubinzal-Culzoni.
- Jauchen, E. M. (2017) **Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial.** Rubinzal-Culzoni.
- Lora, Laura N. (2006) **Discurso jurídico sobre El interés superior del niño.** Suarez.
- Nuñez, R. C. (2009) **Manual de Derecho Penal. Parte General.** Marcos Lerner Editora Córdoba.
- Ozafrain, L. (2015). **Política criminal y enfoque de derechos: la incidencia de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos en el ejercicio de la violencia estatal.** Revista Anuales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/01/doctrina42823.pdf>
- Palacio, L. (2022) **Manual Derecho Procesal Civil.** Abeledo-Perrot.
- Parke, R. D. (1985). **El papel del padre.** Ediciones Morata.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <https://dle.rae.es>
- Rua, R. J. (2019) **Selecciones de Derecho Procesal Penal.** Hammurabi
- Schiavo Nicolás (2015). **Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial.** Hammurabi. Vol.1
- - Schiavo Nicolás (2015). **Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial.** Hammurabi. Vol. 2.
- Suárez-Delucchi, N., & Herrera, P. (2010). **La relación del hombre con su primer (a) hijo (a) durante los primeros seis meses de vida: Experiencia vincular del padre.**
- Tarrio, M. C. Tarrio, G. A. (2015) **Manual de Derecho Penal: parte general.** Cathedra Jurídica.

Bibliografía Específica:

- Alfonso Gutiérrez, L. M., Nino Rincón, M. R., Ramírez Monsalve, D. P., & Ramírez Romero, C. P. (2014). **¿Qué incidencia tiene en el aprendizaje la ausencia de la figura materna o paterna para niños menores de 5 años del Colegio Cooperativo de Cogua?** (Doctoral dissertation, Corporación Universitaria Minuto de Dios).
- Amaya, S. (22 de Octubre de 2015) **Padre preso, niño invisible: qué pasa con los menores cuando sus progenitores son enviados a la cárcel.** La Nación. <https://www.lanacion.com.ar/seguridad/padre-preso-nino-invisible-que-pasa-con-los-menores-cuando-sus-progenitores-son-enviados-a-la-carcel-nid1837176/>
- Avila, S. C. (2003) **El Rol del Padre.** Uniandes.
- Bailon, A. (2019). **Derecho del niño a ser escuchado.** Universidad Nacional de La Pampa.
- Bermúdez Jaimes, M. E. (2014). **El rol del padre y el desarrollo de los hijos - contribuciones de papá y mamá al bienestar infantil ya la seguridad emocional de niños.** Tesis para obtener el título de Psicología.
- Cadoni, L., Rival, J.M., y Tuñón, I. (2019). **Infancias y encarcelamiento. Condiciones de vida de niñas, niños y adolescentes cuyos padres o familiares están privados de la libertad en la Argentina.** Educa.
- Charro, M. C. (2015). **La importancia de la figura paterna en la educación de los hijos: estabilidad familiar y desarrollo social.** <https://www.thefamilywatch.org/wp-content/uploads/Informe20151.pdf>
- Chouhy, R. (1999). **Función paterna y familia monoparental: ¿Cuál es el costo de prescindir del padre?** Psicología y psicopedagogía.
- Cuellar Serrano, González B., (1990) **Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal,** Editores: Constitución y Leyes, COLEX.
- CZR, L. (29 de Agosto de 2017) **¡Estamos embarazados!": Síndrome de la Covada o Embarazo Empático.** <https://psicoperinatalsite.wordpress.com/2017/08/29/estamos-embarazados-sindrome-de-la-covada-o-embarazo-empatico/>
- Diaz, C. (1968) **"Instituciones de Derecho Procesal" (Parte General) TOMO I.** Abeledo-Perrot.

- Diaz, M. R. (2017) **CRITERIOS JURÍDICOS SOBRE EL DERECHO DE COMUNICACIÓN ENTRE EL PROGENITOR NO CONVIVIENTE CON SUS HIJOS MENORES DE EDAD.** Universidad Siglo 21.
- EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. ESTUDIO DE LOS ESTÁNDARES FIJADOS POR EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.
<http://www.cidh.oas.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodesciv.sp.htm>
- Fernández, S. (2015). **La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial ¿cuánto de autonomía progresiva? Construyendo equilibrios.** Editores: Herrera, M. y Kemelmajer de Carlucci, Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.
- Grillo, I. I. M (2007). La igualdad de condiciones.
http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf070004-grillo-igualdad_condiciones.htm
- Hergit, L (20 de Junio de 2019). **El efecto papa.** El diario.
<https://eldiariiony.com/2019/06/20/el-efecto-papa/>.
- Herrera, M. Caramelo, G. Picasso, S. (2015). **Código Civil y Comercial comentado. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (TOMO II).**
- Iantorno, M. S. P., & Panatti, M. V. (2019) **Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación.** DIÁLOGOS DE LA DEFENSA PÚBLICA
- Libenson, A (12 de Abril de 2019) **La función del padre en la crianza.**
<https://www.planetamama.com.ar/nota/la-funcion-del-padre-en-la-crianza>.
- LOUTAYF RANEA, R. G. (2011). **PRINCIPIO DE BILATERALIDAD O CONTRADICCIÓN.** Revista La Ley.
- Lora, L. N. (2006) **Discurso jurídico sobre El interés superior del niño.** Suarez.
- Los derechos del niño y por qué son importantes. (s.f).
<https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/por-que-son-importantes>
- Marchio, D. M. (2019). **Responsabilidad parental. Condiciones para su limitación** (Bachelor's thesis)

- Mazzinghi, J.A.M, Mazzinghi, E. M. (2017). **Una reforma no del todo necesaria y con ciertas desprolijidades.** <https://estudiomazzinghi.com.ar/publicaciones/privacion-y-suspension-de-la-responsabilidad-parental/>
- Miranda, L (18 de Junio de 2019). **El efecto Padre.** <https://psicologalidiamirandagaxiola.com/el-efecto-padre-la-importancia-de-la-figura-paterna>.
- Morín, D. **Crisis de las pautas objetivas que limitan la libertad del proceso penal.** Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. <https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=13147&id2=14171>
- Nemours Children's Health (Junio de 2018) **Vinculación con su bebe.** <https://kidshealth.org/es/parents/bonding.prt-es.html>.
- Peluffo, C. (s.f) **El cuidado personal de los hijos menores y los nuevos lineamientos según el Código Civil y Comercial de la Nación.** <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/05/Doctrina1229.pdf>
- Quaglia, R., & Castro, F. V. (2007). **El papel del padre en el desarrollo del niño.** International Journal of Developmental and Educational Psychology.
- Robertson, O. (2007). **El impacto que el encarcelamiento de un (a) progenitor (a) tiene sobre sus hijos.** Quaker United Nations Office.
- Roxin, C. (2002). **Derecho Procesal Penal.** Ediciones Del Puerto.
- Sancho, M. (2021). **Los derechos del niño en la regulación de la responsabilidad parental.** Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas.
- Schlüchter, E. (1999) **Derecho Procesal Penal.** Tirant lo Blanch.
- Seguí, E. A. **Límites al poder punitivo, coercitivo y normativo del Estado.** Juris
- Suárez, P., Vélez, M. (2018). **El papel de la familia en el desarrollo social del niño: una mirada desde la afectividad, la comunicación familiar y estilos de educación parental.** Revista Psicoespacios. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6573534>

- Techera, J., Garibotto, G., & Urreta, A. (2012). **Los' hijos de los presos': vínculo afectivo entre padres privados de libertad y sus hijos/as**. Avances de un estudio exploratorio. Ciencias psicológicas.

-Tirado, G. V. (2019) **“Participación de la víctima constituida como Querellante en el proceso penal de la Provincia del Chaco, Ley N° 965 –N (Antes Ley N° 45389.)”** Trabajo Final de Graduación, Abogacía.

- Valverde, C. J. (20 de Junio de 2020). **Por los niños: rescatemos la figura del padre**. Revista Vive! <https://revistavive.com/rescatemos-la-figura-del-padre/>

- Viola, S. (2012). **Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente**. Revista Cuestión de Derechos.

Jurisprudencia:

Bertelotti, M. L (2016) **Jurisprudencia Penal de la Provincia de Buenos Aires**. Vol. 1 Hammurabi.

Bertelotti, M. L (2017) **Jurisprudencia Penal de la Provincia de Buenos Aires**. Vol. 4. Hammurabi.

Bertelotti, M. L (2019) **Jurisprudencia Penal de la Provincia de Buenos Aires**. Vol. 5. Hammurabi.

Bertelotti, M. L (2020) **Jurisprudencia Penal de la Provincia de Buenos Aires**. Vol. 6. Hammurabi.

Bertelotti, M. L, Racca, I. (2021) **Jurisprudencia Penal de la Provincia de Buenos Aires**. Vol. 7. Hammurabi.

Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I - 21.143 - "**B., R. R. s/exención de prisión**"

Cámara Federal de Casación Penal. **“AGUIRRE MIRTA GRACIELA”** Sala II del 2-7-14. Rua Selecciones de derecho Procesal Penal Tomo 3 pág. 237.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (Sala 6 CCC 6341/2017/1/CA2) Roque Cuba (causa N° 6341)

[https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Roque%20Cuba%20\(causa%20N%C2%BA%206341\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Roque%20Cuba%20(causa%20N%C2%BA%206341).pdf)

Colección de dictámenes sobre derechos humanos. Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2017).
<https://www.mpf.gob.ar/dgdh/files/2017/04/cuadernillo-2-1.pdf>

Comisión Bicameral Resolución; 2/2019

Corte IDH: Opinión Consultiva OC 18/03 de 17 DE SEPTIEMBRE de 2003. Párr. 89; Fallos 332:433, considerando 5°. Disponible en:
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la Nación. C.S.J.N. “CHAVARRIA DIAZ TEODOSIA” SALA IV del 31-8-15.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJN, "Lufthansa vs. Dirc. Nac. De Migraciones" del 5-10-99.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. C.S.J.N. **“RECURSO DE HECHO DEDUDICO POR EL CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES EN LA CAUSA VERBOISTKYHORACIO S/ HABEAS CORPUS”** 03/05/2005
<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/recurso-de-hecho-verbisky-csjn.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la Nación. C.S.J.N. (fallos 327:3677 considerando 12ª y 330:3853, cons. 8º del voto del juez Maqueda)

Corte Suprema de Justicia de la Nación. C.S.J.N. (fallos 321:3630)

Corte Suprema de Justicia de la Nación. C.S.J.N. (fallos 10:338)

Corte Suprema de Justicia de la Nación. C.S.J.N. (fallos 327:5118; 329:2986; 331:1715; 332:433)

Corte Suprema de Justicia de la Nación. C.S.J.N. Fallos: 16:118; 123:106; 124:122.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJN, 6-9-68, E.D. 30-100; Id., 30-7-69, E.D. 30-38; Id., 2-5-74.

Cuomo Daniel Néstor S/ Rec. De Casación (Reg.14058.2) Cámara Nacional de Casación Penal, SALA II. Buenos Aires, 12 de Marzo de 2019.

Diego Armando Excarcelación “Acosta”-Fallos: 331:85- y G. 763. XLVI

Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley. Acuerdo 1/08. Plenario N° 13. CNPP. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 30 de Octubre de 2008.

GEREZ LAPUENTE CLAUDIA VANESA, CNCC, SALA I. 08 de Marzo de 2016. CAUSA 65441/14.

“Germano, Karina s/causa n° 12.792” rta. el 14/02/2012)

Incidente de excarcelación Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional nro. 44 (ID). **Opinión Jueza Laiño Magdalena.**

"LUJAN, ROBERTO DANIEL S/ INCIDENTE APELACIÓN DE MORIGERACIÓN A LA PRISIÓN PREVENTIVA" Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial La Matanza, sala II. Causa n° 11.302.

Minería San Juan, del 16-6-79, (J.A. 1979-IV-18).

Pitlevnik, L. G, Muñoz, D. R. (2019) **Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de La Nacion.** Vol. 26. Hammurabi.

Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Tadelva S.R.L. y otros s/ amparo” - S 932 L XLVI. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2013/AGilsCarbo/junio/Sisnero_Mirtha_S_932_L_XLVI.pdf.

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (SCJPBA) Resolución 805 05.

Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires. Resolución de Corte n°2301/18.

Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires. Sala III causa 10692 del 15-9-09.

Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires. Sala III causa 10941 del 22-12-09.

Legislación:

- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Código Penal.

- Código Procesal Penal (CPP)
- Código Procesal Penal Federal.
- Código Procesal Penal de la Nación.
- Constitución de la Provincia de Buenos Aires.
- Constitución Nacional (CN)
- Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)
- Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (DADDH),
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)
- Ley 27363.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Reglas de Tokio y Pactos Internacionales.

NOTAS**Nota de aceptación del tema**

manuel martinez <manuel19972897@gmail.com>

vie, 3
dic
2021,
15:42

para Marilina.Miceli, Ruben

Buenas tardes Marilina, me presento soy Manuel Martinez estudiante de la carrera de Abogacia en la Universidad de Berazategui, adjunto mi presentación del tema y mi tutor como te lo consulte antes (Adjunto su CV)

Si me podrias confirmar recepción, te lo agradeceria, desde ya muchas gracias.

Saludos atte

Manuel

Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@uai.edu.ar>

vie, 3 dic
2021,
16:18

para mí

Tema reservado. Atte

De: manuel martinez <manuel19972897@gmail.com>

Enviado el: viernes, 3 de diciembre de 2021 3:42 p. m.

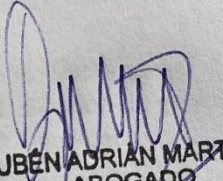
Para: Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@UAI.edu.ar>; Ruben Martinez <abogado@rubenmartinez.com.ar>

Asunto: Reserva de Tema Trabajo Final

Nota de aceptación de tutoría

Estimado Manuel,

Por medio de la presente, manifiesto mi aceptación de tutelar y dirigir su Trabajo Final "Una cuestión de género en nuestro C. Procesal Penal. La inconstitucionalidad del art. 159"


RUBÉN ADRIÁN MARTÍNEZ
ABOGADO
T° 1 F° 206 CAQ / T° 28 F° 685 CPACF
abogado@rubenmartinez.com.ar
Cel: 15-4410-2785

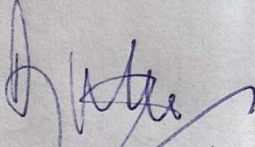
Nota de elevación del Trabajo Final

Berazategui, 03 de Agosto de 2022.

Sr. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Abierta Interamericana.

De mi mayor consideración: Por medio de la presente, manifiesto que el alumno Martínez Manuel ha confeccionado su Trabajo Final titulado "Una cuestión de género en nuestro C. Procesal Penal. La inconstitucionalidad del art. 159" bajo mi supervisión.
Sin otro particular, saludo a Ud.

Atte.


RUBÉN ADRIÁN MARTÍNEZ
ABOGADO
T° 1 F° 206 CAQ / T° 28 F° 685 CPACF
abogado@rubenmartinez.com.ar
Cel: 15-4410-2785