



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

¿El padre, el asesino? El femicida frente a la patria potestad de sus hijos

Alumno: Santiago Hernández Bitsch

LU: 1.029.437

Abogacía

Tutora Dra. Ana María Bernasconi

Fecha de presentación 15 de septiembre de 2014

Índice

<u>Resumen del trabajo</u>	2
<u>Introducción</u>	3
<u>Parte Primera. Conceptualización de los institutos jurídicos a ser desarrollados.</u>	5
<u>Parte Segunda. El femicidio y la Patria Potestad. Vinculación. Alcances. El artículo 307 inc.3 del Código Civil y el art. 12 del Código Penal</u>	9
<u>Parte Tercera. Proyectos de Legislación</u>	11
<u>Parte cuarta. Conclusiones finales</u>	17
<u>Bibliografía</u>	21

Resumen del trabajo

El presente trabajo de investigación se propuso analizar aquellas situaciones en las cuales el padre de los niños menores de edad y que detenta su Patria Potestad, es nada más ni nada menos, aquel que cometió el femicidio de la madre de aquéllos.

Para lograr esclarecer este polémico asunto, se formuló la hipótesis de que “el padre que comete el femicidio de la madre del hijo que tienen en común, debe quedar privado de ejercer la Patria Potestad de pleno derecho, toda vez que dicha causal importa poner en peligro la salud psíquica y la moralidad del menor”.

A los fines de evaluar la sustentabilidad de la hipótesis planteada, se recabó información para distinguir los conceptos de “femicidio” y “feminicidio” por un lado y a analizar el concepto de Patria Potestad y sus implicancias jurídicas por el otro.

Más precisamente se observaron los artículos 307 inc. 3 del Código Civil de la República Argentina y 12 del Código Penal Nacional en materia de Patria Potestad y 80 inc. 11 del Código Penal de la Nación en materia de femicidio.

Asimismo, la investigación se detuvo en los proyectos de ley que distintas organizaciones presentaron oportunamente ante el Congreso de la Nación Argentina, para privar de la Patria Potestad a los padres femicidas.

Particularmente, se analizaron los proyectos propuestos por la Comisión Nacional Coordinadora de Acciones para la Elaboración de Sanciones de Violencia de Género (CONSAVIG) y por la asociación civil “La casa del Encuentro”.

Finalmente se arribó a la conclusión de que nada obsta para que en sede civil se inicie un procedimiento que prive al padre femicida de ejercer dicha Patria Potestad invocando las causales del art. 307 inc. 3 del Código Civil y que la misma recaiga en cabeza de otra persona que no importe para el menor un ejemplo pernicioso. Sin perjuicio de que el Código Penal ya prevé la privación de la Patria Potestad por el tiempo que dure la condena (art.12).

No obstante, la privación debe ser judicialmente declarada por un tiempo determinado para preservar las garantías constitucionales del debido proceso consagradas en la Constitución Nacional.

Introducción

El presente trabajo de investigación tuvo como objetivo primordial efectuar un análisis de la relación existente entre el instituto penal de Femicidio y el instituto civil de la Patria Potestad.

Para alcanzar tal objetivo se buscaron fundamentos doctrinarios y legales a favor y en contra de quitarle la Patria Potestad de sus hijos a los padres que hayan cometido el femicidio de la madre.

Asimismo se analizaron las implicancias del femicidio y la extensión y naturaleza de la Patria Potestad.

Para efectuar un adecuado estudio del problema se utilizó la metodología dogmática ayudando al lector a interpretar institutos jurídicos y facilitando la explicación de las normas del modo más adecuado posible.

Este trabajo constó de cuatro partes, a saber:

1. La sección Primera se refiere al análisis de los conceptos de “femicidio” y de “patria potestad”.

2. La sección Segunda se refiere a la vinculación de los institutos mencionados ut supra y a las implicancias de los arts. 307 inc. 3 del Código Civil de la Nación y los arts. 12 y 80 inc. 11 del Código Penal Nacional.

3. La sección Tercera estudia los diferentes proyectos de ley que han sido presentados para quitarles la Patria Potestad a los padres femicidas y sus respectivas implicancias.

4. Finalmente, la sección Cuarta brinda las conclusiones finales del trabajo para validar o refutar la hipótesis planteada.

Hipótesis

“El padre que comete el femicidio de la madre del hijo que tienen en común, debe quedar privado de ejercer la Patria Potestad de pleno derecho, toda vez que dicha causal importa poner en peligro la salud psíquica y la moralidad del menor”

Fundamentación de la Hipótesis

La hipótesis resulta relevante puesto que, en el año 2013 fueron asesinadas 295 mujeres, lo que implica que 405 niños quedaron sin madre¹, situación que demuestra que el femicidio sigue latente y con ello, decenas de niños siguen perdiendo a sus progenitoras.

De estos indicios surgen varios interrogantes ¿qué ocurre con los niños que han perdido a su madre?, ¿deben éstos quedar bajo la tutela del padre pese a que este sea el asesino de la madre o bien deben ser puestos bajo la tutela de otros familiares?

Esta investigación permitirá comprender cuáles son las implicancias de los institutos que regulan tanto la figura del femicidio como la de la patria potestad, y a raíz de ello determinar qué es lo que la ley propone en situaciones como estas.

La investigación atinente a la preservación de la integridad física y psíquica de los niños víctimas del femicidio de la madre, merece ser profundizada, máxime cuando “resultados hallados en diversos estudios muestran que los niños expuestos a la violencia en la familia presentan más conductas agresivas y antisociales (conductas externalizantes) y más conductas de inhibición y miedo (conductas internalizantes) que los niños que no sufrieron tal exposición (Fantuzzo, DePaola y Lambert, 1991; Hughes, 1988; Hughes, Parkinson y Vargo, 1989). Los niños de estos hogares violentos también suelen presentar una menor competencia social y un menor rendimiento académico que los niños de familias no violentas (Adamson y Thompson, 1998; Rossman, 1998), además de promedios más altos en medidas de ansiedad, depresión y síntomas traumáticos (Hughes, 1988; Maker, Kemmelmeier y Peterson, 1998; Stenberg et al., 1993). Se estima que entre el 25% y el 70% de los niños de familias en las que se producen episodios de violencia, manifiestan

¹ Observatorio de femicidios en argentina “Adriana Marisel Zambrano”; Informe de investigación de femicidios en argentina 1º de enero al 31 de diciembre de 2013 [en línea]; Disponible en web <<http://www.lacasadelencuentro.org/femicidios.html>>

problemas clínicos de conducta, especialmente problemas externos como conductas agresivas y antisociales (McDonald y Jouriles, 1991)².

Parte Primera. Conceptualización de los institutos jurídicos a ser desarrollados.

Cuando se trata de conectar los institutos de “femicidio” y “patria potestad” no se halla en la actualidad sobrada doctrina sobre los mismos.

No obstante ello, vamos a identificarlos.

En primer lugar, debemos dejar en claro a qué nos referimos cuando hablamos de “femicidio”.

Algunos autores distinguen el término “femicidio” de “feminicidio”, a saber:

- a) “femicidio” “se utiliza para denominar los asesinatos de mujeres considerándolos como homicidio, sin destacar las relaciones de género, ni las acciones u omisiones del Estado. Es decir, son los asesinatos contra niñas y mujeres que se sustentan en violencias que acaecen en la comunidad y que no van dirigidas a las mujeres por ser mujeres,- independientemente de que los hayan cometido hombres- pero tienen consecuencias irremediables para ellas, que deben ser tomados en consideración para efectos de prevención y erradicación de la violencia comunitaria”³.
- b) Por otra parte, cuando hablamos de “feminicidio” “decimos que el término se emplea para distinguir los asesinatos de mujeres por su condición de género, es decir tomando en cuenta las relaciones de poder y se vincula con la participación del Estado por acción u omisión, derivado de la impunidad existente. El feminicidio es sistémico, es el asesinato de una niña/mujer cometido

² PATRÓ HERNÁNDEZ, Rosa – LIMINANA GRAS, Rosa; Víctimas de la violencia familiar: Consecuencias psicológicas de la violencia de género; en Revista “Anales de Psicología” n° 1 [en línea]; Junio de 2005; Universidad de Murcia España; Disponible en web: <<http://revistas.um.es/analesps/article/view/27071/26261> >

³ PEREZ DE PINEDA, Ligia; Colección Dudas del Idioma: Femicidio/Feminicidio ; primer párrafo [en línea]; Disponible en web: <<http://educacion.ufm.edu/femicidio-feminicidio>>

por un hombre, donde se encuentran todos los elementos de la relación inequitativa entre los sexos: la superioridad genérica del hombre frente a la subordinación genérica de la mujer, la misoginia, el control y el sexismo. No sólo se asesina el cuerpo biológico de la mujer, se asesina también lo que ha significado la construcción cultural de su cuerpo, con la pasividad y la tolerancia de un Estado masculinizado”⁴.

Otras acepciones de “feminicidio” son las que lo toman como “el asesinato de mujeres cometido por hombres, como una forma de violencia sexual y abarcativo de las situaciones en que las mujeres mueren como resultado de actitudes misóginas o de prácticas sociales”⁵.

Se añade que el “feminicidio” tiene la sustancial particularidad de que el hombre mata a la mujer, por el solo hecho de ser una mujer.

Incluso otros autores lo definen como “la vocación misógina asociada con tradiciones patriarcales, que consiste en apropiarse de la vida y la muerte de las mujeres”⁶.

Esta figura fue incorporada en el actual Código Penal de la Nación argentina por la ley 26.791 sancionada en Noviembre y promulgada en Diciembre del año 2012 modificatoria del art. 80 del Código de fondo.

Hace alusión a que el hecho sea perpetrado por un hombre y mediante violencia de género⁷. El texto legal se refiere a “femicidio” y no hace distinción con el “feminicidio”. Sin embargo, entendemos que el delito hace referencia a ambos términos, conforme al neologismo que prefiera emplearse para designar la infracción.

⁴ Ídem; segundo párrafo

⁵ RUSSELL, Diana – RADFORD, Jill; *“The politics of woman killing”*; 1992; Disponible en: AROCENA, Gustavo A. - CESANO, José D. ; “El delito de femicidio: Aspectos político-criminales y análisis dogmático-jurídico”; Buenos Aires: B de F, 2013; p. 1

⁶ GIBERTI, Eva; *“Femicidios en Argentina. Aportes y análisis de la sacralización popular de un femicidio serial: el caso Barreda”* [en línea] ; 2011; Disponible en web: <<http://www.evagiberti.com/femicidios-en-argentina-aportes-y-analisis-de-la-sacralizacion-popular-de-un-femicidio-serial-el-caso-barreda/>>

⁷ Argentina; Ley 26.791; Noviembre de 2012

Se entiende desde el punto de vista legal, como “la privación arbitraria de la vida de una mujer por parte de un hombre, en un contexto de violencia de género”⁸.

El legislador no deja en claro, empero, a qué se refiere cuando habla de violencia de género.

Compréndase entonces como violencia de género a la consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal. El género se constituye así en el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres. Fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido asignados bajo la etiqueta del género. De ahí, la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino. Son los ingredientes esenciales de ese orden simbólico que define las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, origen de la violencia de género⁹.

En lo que respecta al instituto de la Patria Potestad, el mismo está contemplado en el art. 264 del Código Civil Argentino incorporado por la ley 23.264, el cual establece que la patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado¹⁰.

De esta definición deben tenerse en cuenta dos cuestiones.

En primer lugar, que al hablar de deberes y derechos debemos tener en cuenta que los mismos no deben analizarse separadamente sino de manera conjunta pues “la característica esencial de los derechos subjetivos derivados de las normas del derecho de familia es que implican deberes correlativos, o bien constituyen a la vez derechos y

⁸ AROCENA, Gustavo A. - CESANO, José D. ; *“El delito de femicidio: Aspectos político-criminales y análisis dogmático-jurídico”*; Buenos Aires: B de F, 2013; p. 82

⁹ MAQUEDA ABREU, María Luisa; “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”; en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; n°08 ;2006; p.2

¹⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y otros; *“Código Civil de la República Argentina, Explicado”*; Tomo I; Título III; Buenos Aires; Rubinzal Culzoni; 2014; p. 785

deberes”¹¹. Ello ha hecho que se los clasifique en derechos-deberes, derechos-funciones o poderes- funciones (v. gr. educación, respeto y obediencia, salud, etc.).

En segundo lugar, que la patria potestad se ejerce con la finalidad de proteger y formar integralmente a los menores¹². Es decir, “el derecho moderno no la caracteriza simplemente como la como autoridad paterna sino más bien como una institución del derecho de familia encaminada más bien a la protección del hijo menor y a su educación y preparación para su mejor desenvolvimiento en la vida”.¹³

Dada la definición de la patria potestad y sus implicancias, es necesario manifestar que la misma puede ser objeto de privación y de suspensión de su ejercicio. Esto es, que por diversas causales los padres del menor de edad pueden perder la posibilidad de ejercer sobre ellos la patria potestad.

En tal sentido debemos distinguir brevemente entre cuáles son las causales de privación y cuáles las de suspensión del ejercicio.

Al referirse a la privación de la patria potestad, el Código de rito manifiesta que los padres serán privados de la misma cuando sean condenados como autores, coautores, instigadores o cómplices de un delito doloso contra la persona o los bienes de alguno de sus hijos, o como autor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo; por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos para el que los haya abandonado o sea recogido por otro progenitor o un tercero; por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notoria o delincuencia¹⁴.

Lo antedicho se diferencia de la “suspensión del ejercicio”, “la cual no constituye una sanción, pues puede derivar de causales que no importen culpa de los padres. Ellas son: ausencia de los padres; interdicción o inhabilitación; entrega a un establecimiento protector; cuando el hijo menor cometa un ilícito”¹⁵

¹¹ BELLUSCIO, Augusto César, “Manual de Derecho de Familia”; Décima edición actualizada; Abeledo Perrot; Buenos Aires; 2013; p. 839

¹² Ídem; p. 831

¹³ Ídem; p. 829

¹⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y otros; “Código Civil de la República Argentina, Explicado”; Tomo I; Título III; Buenos Aires; Rubinzal Culzoni; 2014; p. 826

¹⁵ BELLUSCIO, Augusto César, “Manual de Derecho de Familia”; Décima edición actualizada; Abeledo Perrot; Buenos Aires; 2013; p. 885

Parte Segunda. El femicidio y la Patria Potestad. Vinculación. Alcances.
El artículo 307 inc.3 del Código Civil y el art. 12 del Código Penal

Cuando anteriormente nos referimos a la Patria Potestad, dijimos que la misma tiene como primordial objetivo proteger y formar integralmente a los menores. Ahora bien, ¿qué ocurre cuando el padre comete el femicidio de la madre? En este caso no podemos decir que los está “cuidando” sino más bien “dañando”.

Art. 307 inc. 3 del Código Civil

Esta situación importaría una causal de privación de la Patria Potestad, en los términos del art. 307 inc. 3 que como también ya mencionamos, el mismo se refiere a que uno de los padres ponga en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notoria o delincuencia.

Entendemos entonces, que cuando un padre comete el femicidio de la madre, está poniendo en riesgo la salud psíquica y la moralidad del hijo, toda vez que dichos menores en el 70% de los casos presencian los asesinatos¹⁶.

Además, es claro que cometer el femicidio de la madre de los niños es para ellos un ejemplo pernicioso ya que “los estudios de campo demuestran que aunque la violencia no vaya dirigida específicamente a los hijos, les causa sin embargo perjuicios sobre su salud, bienestar y desarrollo”¹⁷.

En torno a esta cuestión, “Resultados hallados en diversos estudios muestran que los niños expuestos a la violencia en la familia presentan más conductas agresivas y antisociales (conductas externalizantes) y más conductas de inhibición y miedo (conductas internalizantes) que los niños que no sufrieron tal exposición (Fantuzzo, DePaola y Lambert, 1991; Hughes, 1988; Hughes, Parkinson y Vargo, 1989). Los niños de estos hogares violentos también suelen presentar una menor competencia social y un menor rendimiento académico que los niños de familias no violentas (Adamson y Thompson, 1998; Rossman, 1998), además de promedios más altos en medidas de ansiedad, depresión y

¹⁶ HASANBEGOVIC, Claudia: “Infancias Robadas”, Niñez, violencia y género [en línea]; 2011; Disponible en web < <http://www.claudiahasanbegovic.com/publicaciones/Infancias%20Robadas.pdf>>

¹⁷ Ídem

síntomas traumáticos (Hughes, 1988; Maker, Kemmelmeier y Peterson, 1998; Stenberg et al., 1993). Se estima que entre el 25% y el 70% de los niños de familias en las que se producen episodios de violencia, manifiestan problemas clínicos de conducta, especialmente problemas externos como conductas agresivas y antisociales (McDonald y Jouriles, 1991)”¹⁸.

Art. 12 del Código Penal

Es de resaltar asimismo lo preceptuado en el artículo 12 del Código Penal. Dicho cuerpo normativo menciona que “la reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole de delito.

Importan además “la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos.

El penado queda sujeto a la curatela establecida por el código civil para los incapaces”¹⁹.

De aquí resulta, que como pena accesoria a la condena penal por más de tres años – en este caso el delito de femicidio la supera- queda el autor penalmente responsable privado, entre otras cosas, del ejercicio de la Patria Potestad mientras dura la pena.

Es por este motivo, que diversos autores sostienen que privar a un femicida de la Patria Potestad por aplicación del art. 307 inc. 3 del Código Civil, deviene en abundante toda vez que dicha privación ya está contemplada en el art. 12 del Código Penal²⁰.

Incluso alguna jurisprudencia, considera que dicho artículo es inconstitucional porque “lejos de proteger al interno, el art. 12 del CP constituye una verdadera pena accesoria pues las restricciones impuestas no pueden, en la actualidad, responder a criterio protectorio alguno y solo importan un plus sancionatorio, constituyéndose en la actualidad

¹⁸ PATRÓ HERNÁNDEZ, Rosa – LIMINIANA GRAS, Rosa; Víctimas de la violencia familiar: Consecuencias psicológicas de la violencia de género; en Revista “Anales de Psicología” n° 1 [en línea]; Junio de 2005; Universidad de Murcia España; Disponible en web: <http://revistas.um.es/analesps/article/view/27071/26261> >

¹⁹ DONNA, Eduardo; Código Penal Sistematizado; 2011; La Ley; Buenos Aires; p. 16

²⁰ ALCARAZ, Florencia. “¿Qué pasa con los hijos de los femicidas?” INFOJUS 2014 [en línea] Disponible en <http://www.infojusnoticias.gov.ar/nacionales/que-pasa-con-los-hijos-de-los-femicidas-4295.html>

en un emulo de la muerte civil del Derecho Romano²¹. Esta postura sin embargo, ha sido desechada teniéndose en cuenta que “no tratándose de una incapacidad de derechos ni supresión de los mismos, sino una simple suspensión de hecho motivada en las circunstancias fácticas –el encierro- que impiden –por un lapso de tiempo acotado y limitado- su ejercicio, en modo alguno puede ser considerada como violatoria de la normativa constitucional, más aún cuando se prevé el mecanismo para su representación en dichos actos mediante la curatela con evidentes fines tuitivos²²”.

Parte Tercera. Proyectos de Legislación.

En el año 2012 la Comisión Nacional Coordinadora de Acciones para la Elaboración de Sanciones de Violencia de Género (CONSAVIG), presentó un proyecto de ley que en lo atinente a Patria Potestad sostenía:

“Artículo 3.- Patria Potestad: Modificase el Libro I, Sección II, Título III “De la patria potestad” del Código Civil de la Nación Argentina de modo que:

a) Se incorpora el artículo 307 bis el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Artículo 307 bis: Queda privado de la patria potestad el padre condenado como autor, coautor, instigador o cómplice por el delito de femicidio o tentativa de femicidio contra la madre de las hijas o hijos en común con la víctima, respecto de ellos. La condena penal produce de pleno derecho la privación de la patria potestad. El juez penal debe comunicar la condena recaída por el delito de femicidio o tentativa de femicidio al juzgado competente en asuntos de familia del domicilio de la víctima, el que dará intervención al Ministerio Público para que promueva las acciones que correspondan.”

En este primer apartado, se observa la intención del Proyecto de privar de la Patria Potestad al padre condenado tanto como autor, como coautor, instigador o cómplice por el delito de femicidio o tentativa de femicidio contra la madre de los hijos que la víctima y el victimario tengan en común.

²¹ J.E.P GRAL. ROCA (RIO NEGRO), "Defensor particular Dr. Jorge Crespo s/Planteo de Inconstitucionalidad" 2011 [en línea] <<http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/06/ejecucion05.pdf>>

²²STJ de la Provincia de Río Negro; Autos: Incidente rec. de casación de la Dra. Laura Pérez c/resolucion de inconstitucionalidad art. 12 C.P en expte. 727-je10-11 n`l. a. m. s/ejecucion de pena` s/casacion".- **Expte. Nº 26448/13; 2013;** Disponible en web: < www.jusrionegro.gov.ar/ministeriopublico/.../037_-_2013_-_fg.rtf>

Responsabilidad Parental, Tutela y Curatela - Modificación al Código Civil.

En este caso, **quedan suspendidos o privados de sus derechos pero no de sus obligaciones, perdiendo la autoridad de decidir sobre la vida y patrimonio de los hijos menores de edad**²³.

Aquí se propone que los padres femicidas queden privados o suspendidos de sus derechos pero no así de sus obligaciones. Este supuesto encuentra fundamento en el hecho de que los deberes que emanan de la Patria Potestad queden intactos.

Asimismo, por iniciativa legislativa, la CONSAVIG propició la modificación del Instituto de la Tutela y Curatela en supuestos de femicidio; todo ello mediante la propuesta de modificación al Código Civil que a continuación se transcribe:

b) Se incorpora el artículo 309 bis el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Artículo 309 bis:

Queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad el padre procesado como autor, coautor, instigador o cómplice por el delito de femicidio o tentativa de femicidio contra la madre de las hijas o hijos en común con la víctima, respecto de ellos.

El auto de procesamiento que haya sido oportunamente dictado por el juez de instrucción produce de pleno derecho la suspensión del ejercicio de la patria potestad .El juez penal debe comunicar el procesamiento por delito de femicidio o tentativa de femicidio al juzgado competente en asuntos de familia que, dará intervención al Ministerio Público para que promueva las acciones que correspondan. Si recae condena firme, se aplicará el art. 307 bis. Dictado el sobreseimiento o la absolución, el padre podrá requerir la revisión de la medida al

²³ Comisión Nacional Coordinadora de Acciones para la Elaboración de Sanciones de Violencia de Género (CONSAVIG); Informe de gestión 2011/2012 [en línea]; Disponible en web <<http://es.scribd.com/doc/151561103/Consavig-Informe-de-Gestion-2011-2012>>

juez con competencia en asuntos de familia. La decisión se adoptará previa audiencia con las hijas e hijos.”²⁴

En el supuesto que se enuncia, el proyecto incluye la figura del “procesado”, es decir, del sujeto contra el cual se ha dictado un auto de procesamiento ante la evidencia o prueba suficiente de un delito y de su presunta responsabilidad²⁵, por ser autor, coautor, instigador o cómplice de la comisión o tentativa del femicidio.

En este sentido, el juez de instrucción penal deberá comunicar al juez civil para que éste remita al Ministerio Público Fiscal las acciones que correspondan, en este caso, en lo atinente a la Patria Potestad. A su vez, el artículo proyectado manifiesta que de devenir en condena firme se aplicará el artículo 307 bis, esto es, quedará vigente la privación de la Patria Potestad.

Asimismo este proyecto de ley reconoce y respeta el derecho a escuchar a los niños, niñas y adolescentes involucrados.

Esta obligación de hacerle un espacio de escucha en todo trámite administrativo o judicial, cualquiera sea su edad y grado de madurez, se encuentra previsto en la Convención de los Derechos del Niños y en nuestra ley nacional 26.061 de Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, que en su Art. 3 dice:

“ARTICULO 3° - LEY 26.061 . INTERES SUPERIOR. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

a) Su condición de sujeto de derecho;

b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;

c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;

d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;

²⁴ Comisión Nacional Coordinadora de Acciones para la Elaboración de Sanciones de Violencia de Género (CONSAVIG); Informe de gestión 2011/2012 [en línea]; Disponible en web <<http://es.scribd.com/doc/151561103/Consavig-Informe-de-Gestion-2011-2012>>

²⁵ Diccionario jurídico ADGNITIO, Procesado concepto [en línea] Disponible en: <<http://www.definicion-de.es/>>

e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;

f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.”

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.”²⁶

El Art. 24 de dicha ley también reconoce:

ARTICULO 24.LEY 26.061 - DERECHO A OPINAR Y A SER OIDO. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:

a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés;

b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.”²⁷

Por último también cabe destacar que dicha normativa crea la figura del ABOGADO DEL NIÑO, que es el abogado especialista que lo asesorará y lo acompañará a presentarse en cada expediente donde deba ser escuchado a fin de hacer valer sus derechos y su interés superior por sobre los derechos de los adultos involucrados.

²⁶ Argentina; Ley 26.061; Protección integral de los Derechos de niños, niñas y adolescentes; 21 de Octubre de 2005; Artículo 3

²⁷ Argentina; Ley 26.061; Protección integral de los Derechos de niños, niñas y adolescentes; 21 de Octubre de 2005; Artículo 24

ARTICULO 27. LEY 26.061. - GARANTIAS MINIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS. “Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;

b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;

c) A ser asistido por UN LETRADO PREFERENTEMENTE ESPECIALIZADO EN NIÑEZ Y ADOLESCENCIA desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;

d) A participar activamente en todo el procedimiento;

e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.”²⁸

c) Se incorpora el artículo 309 ter el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Artículo 309 ter: En todos los casos de suspensión de la patria potestad previstos en este código, subsisten los deberes alimentarios.”

Actualmente, la organización “La casa del Encuentro” ha presentado un proyecto de ley que busca suprimir la Patria Potestad de los femicidas y el mismo manifiesta:

“Quedará de pleno derecho privado de la Patria Potestad el padre que sea condenado como autor, coautor, instigador o cómplice por el delito de homicidio agravado conforme artículo 80, inciso 11 del Código Penal de la Nación Argentina

²⁸ Argentina; Ley 26.061; Protección integral de los Derechos de niños, niñas y adolescentes; 21 de Octubre de 2005; Artículo 27

contra la madre de las hijas o hijos en común con la víctima, respecto de ellos.” La jueza o juez penal deberá comunicar la condena recaída a la Jueza o Juez competente en asuntos de familia a fin que se promuevan las acciones que correspondan, debiendo respetarse el interés superior y derecho a ser oídos de las niñas, niños y adolescentes, dándose intervención al Ministerio Público y a un equipo interdisciplinario especializado en Derechos de niños, niñas y adolescentes. Los niños niñas y adolescentes independientemente de su edad, serán obligatoriamente asistidos por un/una abogado/a especializado en derecho de la niñez y con perspectiva de género conforme lo establecido en el artículo 27 de la ley 26.061 y su reglamentación.” También dice que en los casos en que la madre no haya nombrado una tutora o tutor “la jueza o juez interviniente priorizará el otorgamiento de la tutela de las hijas e hijos a familiares de la mujer víctima”. El hombre, aún preso, debe pasar alimentos a sus hijos”²⁹.

En lo que respecta al proyecto de “La Casa del Encuentro” nótese que el mismo tiene varias coincidencias con el propuesto por la CONSAVIG en el año 2012. El mismo reza: “quedará de pleno derecho privado de la Patria Potestad el padre que sea condenado como autor, coautor, instigador o cómplice por el delito de homicidio agravado conforme artículo 80, inciso 11 del Código Penal de la Nación Argentina (entiéndase “femicidio”) contra la madre de las hijas o hijos en común con la víctima, respecto de ellos” idéntico a lo que propuso el proyecto de CONSAVIG.

Posteriormente agrega “La jueza o juez penal deberá comunicar la condena recaída a la Jueza o Juez competente en asuntos de familia a fin que se promuevan las acciones que correspondan, debiendo respetarse el interés superior y derecho a ser oídos de las niñas, niños y adolescentes, dándose intervención al Ministerio Público y a un equipo interdisciplinario especializado en Derechos de niños, niñas y adolescente”.

Aquí vuelve a repetirse la necesidad de que el magistrado penal de cuenta a su par civil de la existencia de la pena para que este último remita al Ministerio Público Fiscal y se inicien las acciones pertinentes.

²⁹ ASOCIACIÓN CIVIL LA CASA DEL ENCUENTRO; Proyecto de Ley Femicidio y Patria Potestad [en línea] Disponible en web < http://www.clarin.com/policiales/Piden-quitarle-potestad-condenados-homicidio_0_1097290305.html>

A la vez agrega que debe siempre respetarse el interés superior del niño resultante de la Convención de los Derechos del Niño ratificada por la República Argentina mediante el art. 75 inc. 22; el cual será oído por el Ministerio Público – de menores- y por un equipo de profesionales en el área (v.gr. abogado del niño, psicólogos, etc.).

Seguidamente, la ley proyectada manifiesta que los niños niñas y adolescentes independientemente de su edad, serán obligatoriamente asistidos por un/una abogado/a especializado en derecho de la niñez y con perspectiva de género conforme lo establecido en el artículo 27 de la ley 26.061 y su reglamentación.

En este punto debemos resaltar que los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine.

Finalmente, se contempla que en aquellos casos en los cuales la madre no haya designado a un tutor para el menor, el juez deberá priorizar el otorgamiento de la tutela a familiares de la víctima y la obligación ineluctable del padre de pasar alimentos.

Parte cuarta. Conclusiones finales

En el trayecto de la investigación, hemos descripto que el “femicidio” hace alusión al homicidio de una mujer perpetrado por un hombre mediando violencia de género; entendiéndose ésta como **la consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal. El género se constituye así en el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres.**

Hemos dicho que, el ingrediente esencial del femicidio, es que el hombre mata a la mujer, por su condición de género. Conjuntamente, hemos sostenido que la Patria Potestad

hace reseña al conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.

A la vez, ambos institutos tanto el de “femicidio” como el de “Patria Potestad” están entrelazados, en el sentido de que los padres que cometen el femicidio de las madres de los menores, dejan a éstos en una situación de orfandad y representan para ellos un ejemplo pernicioso poniendo en riesgo su moralidad y salud psíquica lo que afecta significativamente el deber que emerge de la Patria Potestad.

Se ha hecho primordial hincapié en el art. 307 inc. 3 del Código Civil el cual expresamente marca que será causal de pérdida de la Patria Potestad que uno de los padres ponga en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notoria o delincuencia. El cual si bien no es aplicado frecuentemente por la jurisprudencia, es de fundamental importancia toda vez que tan aberrante hecho como el de cometer el femicidio de la madre de los menores, constituye un gravísimo ejemplo para los mismos y pone en peligro notorio su seguridad moral y psíquica.

Asimismo, se ha postulado el art. 12 in fine del Código Penal, el cual oportunamente señala que importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos.

El penado quedara sujeto a la curatela establecida por el código civil para los incapaces. Se estableció que pese a que alguna jurisprudencia tilde al artículo de inconstitucional por implicar “la muerte civil” del imputado - figura obsoleta del Derecho Romano - otros jurisconsultos afirman que tal artículo en realidad no es inconstitucional sino que más bien constituye una inhabilitación de hecho relativa razonablemente dispuesta en función de la situación de encierro que el condenado se encuentra atravesando, y que podrá variar según los avances y progresos propios del cumplimiento de la pena.

En la misma línea, se mostró que diversos profesionales utilizaron este artículo para criticar a las organizaciones propulsoras de los proyectos de ley para quitarle la Patria Potestad a los padres femicidas, argumentando que tal solicitud resultaba abundante al ya estar contemplada la privación en el artículo citado.

Lo cierto es que pese a ya estar contemplada la privación de la Patria Potestad por el tiempo que dure la pena en el art. 12 del Código Penal, nada obsta que se transmita

concretamente al juez civil para que este declare la privación de la misma por aplicación exclusiva del art. 307 inc. 3 , esto es, por poner en riesgo la salud psíquica y la moralidad del menor.

Además, se considera prudente la ley proyectada a la luz de manifestar que quedará de pleno derecho privado de la Patria Potestad el padre que sea condenado como autor, coautor, instigador o cómplice por el delito de homicidio agravado conforme artículo 80, inciso 11 del Código Penal de la Nación Argentina contra la madre de las hijas o hijos en común con la víctima, al tiempo que contempla la figura del “procesado”, es decir, del sujeto contra el cual se ha dictado un auto de procesamiento ante la evidencia o prueba suficiente de un delito y de su presunta responsabilidad, por ser autor, coautor, instigador o cómplice de la comisión o tentativa del femicidio.

Del sub examine se desprende que la hipótesis planteada: **“el padre que comete el femicidio de la madre del hijo que tienen en común, debe quedar privado de ejercer la Patria Potestad de pleno derecho, toda vez que dicha causal importa poner en peligro la salud psíquica y la moralidad del menor”** ha sido parcialmente corroborada.

Ello así, toda vez que ha quedado mostrado que dentro de las causales de privación de la Patria Potestad, previstas en el art. 307 del Código Civil, se incluye la salud psíquica y moralidad en el inc.3 que menciona la privación por poner en peligro la seguridad, la salud física o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notoria o delincuencia.

En el caso que nos ocupa, creemos que cometer tamaño hecho atroz como ponerle punto final a la vida de la madre de los hijos que el femicida y la víctima tienen en común encuadra dentro de los “ejemplos perniciosos” a los que el Codificador se refiere, por ser éste muy dañino y perjudicial.

Arremeter contra la vida de la madre de los niños importa exponerlos a la orfandad, afectar su desarrollo, y dejarle secuelas psíquicas y morales.

Es así que un padre de estas características no tiene autoridad moral ni jurídica para ejercer la Patria Potestad de sus hijos, máxime cuando el fin primordial del ejercicio de la Patria Potestad consiste en proteger y formar integralmente a los menores.

Si bien se observa que la privación de la Patria Potestad ya está prevista en el art. 12 del Código Penal, en donde se menciona que como consecuencia de la pena mayor a

tres años el autor penalmente responsable quedará privado entre otras cosas, del ejercicio de la Patria Potestad de los hijos; nada obsta para que por vía civil se dicte condena invocando las causales previstas en el art. 307 inc. 3 del Código Civil.

Ello así, toda vez que es significativo que se tenga presente la causal de “ejemplos perniciosos que pongan en peligro la moralidad y la salud psíquica de los menores” siendo éstos las “víctimas invisibles” del femicidio.

Esta causal debe ser preponderada y no dejada de lado para que los menores puedan estar bajo la tutela de quien sea un correcto ejemplo para ellos y promueva su protección, desarrollo e integración, y bajo ningún modo denoste su vida ni psíquica ni moralmente causando en él un detrimento de su desarrollo escolar, social y mental.

Quitar a un menor de la esfera de un padre que dolosamente lo privó de su madre es un acto de cuidado y protección de su vida y su salud.

Empero lo mencionado ut supra, la hipótesis debió prever que dicha privación debe ser siempre definida, es decir, que se dé por un período determinado de tiempo en el cual el autor del femicidio se resocialice y recapacite respecto de sus malas acciones para retomar sus deberes como padre. Teniéndose en cuenta que “el recluso adquiera la voluntad de vivir conforme a ley, se mantenga con el producto de su trabajo; desarrolle el respeto de sí mismo y el sentido de responsabilidad. Recurriendo a la asistencia religiosa, a la instrucción, a la orientación y formación profesional, a métodos de asistencia social individual, al asesoramiento relativo al empleo, al desarrollo físico y a la educación del carácter moral”.³⁰

Creemos que quitarle al padre femicida la Patria Potestad indefinidamente es improcedente por ir en contra de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional y dicha privación si bien lógica, no puede nunca apartarse de los preceptos que la Ley Fundamental manda.

Además, no sólo se debe tener en cuenta la figura del “condenado” por delito de femicidio, sino también la figura del “potencial femicida” (de existir tentativa) y del “procesado” por femicidio.

³⁰ GONZALES NAPURÍ, Rosina; Tratamiento penitenciario y resocialización de internos en el establecimiento penitenciario de Chimbote, Perú; [en línea]; Disponible en web: <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=16,643,0,0,1,0>>

Se destaca por último que la investigación ha sido dificultosa, puesto que no existe en la actualidad sobrada doctrina ni jurisprudencia que se refieran a la conexión existente entre las figuras de femicidio y de patria potestad.

Bibliografía

- Observatorio de Femicidios en argentina “Adriana Marisel Zambrano”; Informe de investigación de Femicidios en argentina 1º de enero al 31 de diciembre de 2013 [en línea]; Disponible en web <<http://www.lacasadelencontro.org/femicidios.html>>
- PATRÓ HERNÁNDEZ, Rosa – LIMIÑANA GRAS, Rosa; Víctimas de la violencia familiar: Consecuencias psicológicas de la violencia de género; en Revista “Anales de Psicología” n° 1 [en línea]; Junio de 2005; Universidad de Murcia España; Disponible en web: <<http://revistas.um.es/analesps/article/view/27071/26261> >
- PEREZ DE PINEDA, Ligia. *Colección Dudas del Idioma: Femicidio/Femenicidio* primer párrafo [en línea] Disponible en web: <<http://educacion.ufm.edu/femicidio-femenicidio>>
- GIBERTI, Eva. “*Femicidios en Argentina. Aportes y análisis de la sacralización popular de un femicidio serial: el caso Barreda*” [en línea]. ; 2011; Disponible en web: <<http://www.evagiberti.com/femicidios-en-argentina-aportes-y-analisis-de-la-sacralizacion-popular-de-un-femicidio-serial-el-caso-barreda/>>
- AROCENA, Gustavo A. - CESANO, José D. ; “*El delito de femicidio: Aspectos político-criminales y análisis dogmático-jurídico*”; Buenos Aires: B de F, 2013; p. 82
- MAQUEDA ABREU, María Luisa; “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”; en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; n°08 (2006); p.2
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y otros; “*Código Civil de la República Argentina, Explicado*”; Tomo I; Título III; Buenos Aires; Rubinzal Culzoni; 2014; p. 785
- BELLUSCIO, Augusto César, “Manual de Derecho de Familia”. Décima edición actualizada; Abeledo Perrot; 2013
- DONNA, Eduardo; Código Penal Sistematizado; 2011; La Ley; Buenos Aires; p. 16
- HASANBEGOVIC, Claudia: “Infancias Robadas”, Niñez, violencia y género [en línea] 2011 Disponible en <http://www.claudiahasanbegovic.com/publicaciones/Infancias%20Robadas.pdf>

- ALCARAZ, Florencia. "¿Qué pasa con los hijos de los femicidas?" INFOJUS 2014 [en línea] Disponible en <http://www.infojusnoticias.gov.ar/nacionales/que-pasa-con-los-hijos-de-los-femicidas-4295.html>
- Fallo JEP GRAL. ROCA (RIO NEGRO), "Defensor particular Dr. Jorge Crespo s/Planteo de Inconstitucionalidad", 2011 [en línea] Disponible en <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/06/ejecucion05.pdf>
- INCIDENTE REC. DE CASACION DE LA DRA. LAURA PEREZ C/RESOLUCION DE INCONSTITUCIONALIDAD ART. 12 CP EN EXPTE. 727-JE10-11 N `L. A. M. S/EJECUCION DE PENA´ S/CASACION".- **Expte. Nº 26448/13** – STJ de la Provincia de Río Negro
- Argentina; Ley 26.061; Protección integral de los Derechos de niños, niñas y adolescentes; 21 de Octubre de 2005; Artículo 3; 24; 27
- Diccionario jurídico ADGNITIO, Procesado concepto [en línea] Disponible en: <http://www.definicion-de.es/>
- Comisión Nacional Coordinadora de Acciones para la Elaboración de Sanciones de Violencia de Género (CONSAVIG); Informe de gestión 2011/2012 [en línea]; Disponible en web <<http://es.scribd.com/doc/151561103/Consavig-Informe-de-Gestion-2011-2012>>
- ASOCIACIÓN CIVIL LA CASA DEL ENCUENTRO; Proyecto de Ley Femicidio y Patria Potestad [en línea] Disponible en web < http://www.clarin.com/policiales/Piden-quitarle-potestad-condenados-homicidio_0_1097290305.html>
- GONZALES NAPURÍ, Rosina; Tratamiento penitenciario y resocialización de internos en el establecimiento penitenciario de Chimbote, Perú; [en línea]; Disponible en web: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=16,643,0,0,1,0>