En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los ocho días del mes de septiembre del año dos mil nueve, se reunió en Acuerdo la Cámara en lo Penal de Trelew, integrada por los Dres. Omar Florencio Minatta, Mónica Rodríguez y Silvia Martos, con la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos: **"F., M. p.s.a. de impedimento de contacto hijo no conviviente-Trelew"** (Carpeta nro.1283-Legajo nro.12321).-

Efectuado el sorteo, resultó el siguiente orden de emisión de votos: Dra. Mónica Rodríguez, Dr. Omar Florencio Minatta, Dra. Silvia Martos.La

Jueza Mónica Rodríguez dijo:

1. Llega el caso a conocimiento de esta Cámara en lo Penal en virtud de la impugnación deducida por el Sr. Abogado Adjunto de la Oficina de la Defensa Penal, Dr. Carlos Pericich –habilitado mediante Resolución 022/09 ODP Tw-, en representación de la imputada M. C. d. H. F., contra la sentencia condenatoria dictada a fs. 64/69vta., por el Tribunal de Juicio el día 02 de junio de 2009, en la que se condena a la nombrada a la pena de seis meses de prisión en suspenso, accesorias legales y costas, como autora del delito de impedimento de contacto de su hijo menor D. F. A., con su padre no conviviente, en su modalidad agravada por tratarse de un menor de diez años de edad, en carácter de autora (Ley 24.270, artículo 1°, segundo párrafo), por los hechos ocurridos desde el mes de noviembre del año 2007 al mes de abril del año 2009, en perjuicio de F. A. G..

Concedido el recurso a fs. 92, la Defensa centra sus agravios: a) En una contradictoria, ilógica y arbitraria valoración de la prueba, circunstancia que priva de motivación suficiente a la sentencia que impugna. b) En que la conducta imputada no configura delito penal, es decir, en la atipicidad por ausencia del "dolo directo" requerido por el tipo y c) En el desconocimiento por parte de su representada de la existencia de la norma penal que sancionara la conducta de impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres, lo que se conoce como error de prohibición invencible.

La Fiscalía responde en el término del emplazamiento y solicita el rechazo del recurso interpuesto por la Defensa, sosteniendo que el mismo carece de fundamento legal, en tanto los agravios planteados implican una mera disconformidad con los criterios de valoración expuestos por el Juez a quo. Dice que sin perjuicio de la amplia revisión que prevé el art. 374 del C.P.P., no se advierte la existencia de ninguno de los supuestos contemplados por el art. 372 del código de rito como para plantear la impugnación de la sentencia de

condena. La prueba ha sido válidamente incorporada a juicio y la apreciación de la misma ha sido conforme a la sana critica racional, respetando las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología.

2. Realizada la audiencia que prevé el art. 385 del C.P.P., la **Defensa** expresa que mantiene los fundamentos señalados en el escrito de impugnación. Dice que la sentencia dictada por Juez del mérito carece de motivación suficiente, en tanto ha efectuado una arbitraria e ilógica valoración de la prueba, omitiendo aquella que desincrimina a su defendida. Asimismo, sostiene, ha realizado una errónea interpretación de la ley penal

Argumenta que el Juez del Juicio condenó por impedimento de contacto de un menor con su padre no conviviente. Se interroga acerca de qué se debe entender por impedimento u obstrucción, a los fines de la interpretación de las conductas que describe el art. 1° de la Ley 24.270, al referir al padre o tercero que "*ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes*". Dice que según el Diccionario Real Academia, impedir significa anular, en cambio obstaculizar indica que existe un contacto, pero obstruído, molestado o dificultado. La interpretación que hace el juez del juicio es que ambos términos deben ser utilizados como sinónimos, sin embargo la ley usa la disyunción "u", porque son distintas una y otra conducta. Así lo han entendido los jueces de la Cámara Nacional de Casación Penal, sala I, en el fallo recaído en la causa "Jaschevatzky, Carolina", de fecha 6/3/2008, pronunciamiento que, además, interesa en cuanto se refiere a cómo se debe tener por acreditado el dolo. En esa línea de razonamiento, expresa que la conducta de haber impedido el contacto del padre con el hijo no fue probada en la causa con grado de certeza.

Expresa que para condenar debe haber una afectación al bien jurídico, que en este caso es el vínculo paterno filial. Durante el proceso nunca se dijo que García hubiese visto anulada esa posibilidad. Alude al testimonio del propio denunciante, quien dice que el vínculo con el hijo es muy bueno. Que si bien el contacto es dificultoso, lo es por la conflictiva relación con la madre, con quien no tiene ningún canal de comunicación, sino a través de terceros –la madre del denunciante o una vecina-, y también por la propia conducta de García, quien en muchas ocasiones no concurrió en los días y horarios fijados.

Agrega que la sentencia homologatoria del régimen de comunicación, N° 526/07 del Juzgado de Familia N° 1 de Trelew, establecía los días y horarios en los que debía concurrir, habiendo incumplido en reiteradas ocasiones G.. El mismo admitió que, por consejo de su abogado, dejó de concurrir a la casa de M. F.,

explicando que no tenía presente que tuviera que avisar si dejaba de ir porque el abogado le dijo "andá, manejate como quieras".

Menciona el testimonio de S. d. S., quien dijo haber visto a

G. retirar a su hijo; contacto que se mantuvo también cuando se hicieron las visitas supervisadas. Que la madre de G., quien dijo ser testigo de un acto de impedimento el día del cumpleaños del niño, no recordaba de qué día de la semana se trataba. El Defensor explica que se trató de un día viernes, en el que no estaba pautada la visita, según surge de la sentencia homologada que obra a fs. 02 y vta del legajo prueba de la Fiscalía.

Señala que el testimonio de la licenciada M. es importantísimo, así como el de los psicólogos C. y V., terapeutas de G. y de F., respectivamente. Sin embargo sus dichos han sido descontextualizados y no se analizaron en forma integral sus afirmaciones.

Dice que vínculo paterno filial no es sólo el que relaciona al hijo con el padre, sino que es algo más que esa relación. En tal sentido explica que la madre del denunciante siempre tuvo contacto con el niño y fue siempre una interlocutora directa con M. F..

Cita el testimonio del Lic. C. –terapeuta de G.-, quien dijo estar en contacto íntimo, desde el punto de vista profesional, con su paciente. Relevado del secreto profesional, habla del "buen vínculo que hay entre padre e hijo", al que vio mientras pudo, pues era dificultoso. Dice que con anterioridad a los encuentros supervisados, también veía al niño, "prácticamente desde su nacimiento hasta estos en vigilancia". Pese a todo esto, el Juez cita esos dichos para tener por acreditado el hecho.

Menciona los testimonios de la licenciada V. –terapeuta de F.-, así como el del Dr. S., pediatra del niño. Este último dijo que si hubiera observado algún factor de riesgo en el menor se lo hubiese dicho inmediatamente a su madre.

Alude a los informes de las licenciadas A. S. y Y. C. (153/08, de fs. 18 del legajo fiscal y el 674/08 de fs 19/20), cuyas inexactitudes surgieron al ser contrastados con el testimonio de ambas en el juicio. La sentencia no consideró estos informes, dejó de valorarlos y no dio razones por las cuales descartó la crítica formulada por su parte en tal sentido. Dichos informes que hablan de "Resistencia" y "desinterés" por parte de su defendida, fueron tomados por la Jueza civil para la aplicación de "astreintes". Sin embargo en el juicio quedó demostrado que los informes no reflejan la realidad, además de que ambas profesionales manifiestan haber firmado "por poder". Pese a todo ello el juez del mérito utiliza la sentencia

de astreintes, de fecha 1/12/2008, para acreditar el dolo. Además de las irregularidades señaladas, dice que tampoco se tuvo en cuenta que esa sentencia tiene acreditados incumplimientos en el régimen de contacto desde agosto del 2008 hasta diciembre de ese año. O sea que de allí para atrás debe interpretarse que G. vio a su hijo.

Agrega que en fecha 10/2/2009 la Sra. F. denuncia en Fiscalía, ante la Dra. Carlasare, estas irregularidades de los informes. Dicho documento obra en copia a fs. 7 del legajo de la defensa. No obstante la causa fue archivada.

En punto a la subsunción de los hechos contenida en el fallo impugnado, la Defensa insiste en que hubo error en la interpretación de la ley penal pues, como dijo, no son sinónimos "impedir" y "obstruir": impedir es anular, y no se ha dado esa situación en autos, en tanto ha existido contacto, aunque dificultoso. Esto surge de los dichos coincidentes de los testigos S., C., V. y el propio G., quien sostuvo que el vínculo es muy bueno, que el niño no reconoce a otro hombre como padre. Siendo así el vínculo no ha sido afectado y, por ende, la condena es injusta.

Tampoco resulta debidamente fundado el fallo al tener por acreditado el dolo en la conducta atribuida, toda vez que no hubo "intención" de no entregar al niño por parte de su defendida o un "irse" de su casa para que el padre no lo viera.

Cita el art. 25 del C.P.P., en tanto establece el deber de motivar la sentencia con adecuada fundamentación lógica y legal, indicando el valor asignado a cada medio de prueba, deber inobservado en el fallo en crisis. Sostiene que en virtud de los planteos expuestos no se requiere un nuevo juicio sino, en virtud de la manda del art. 386, último párrafo, del C.P.P., el Tribunal debe disponer la absolución.

3. A su turno la **Fiscalía** dice que la sentencia debe bastare a sí misma y tener la suficiente potencia como para resistir una eventual impugnación, aún a pesar de lo que puede decir su parte, cuya presencia en esta etapa no resulta esencial. Observa que efectivamente la sentencia ha respetado las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia, más allá de las discrepancias que pueda manifestar la Defensa con respecto a la valoración de los testimonios, pues su crítica se centra en una errónea valoración de los mismos.

Agrega que si bien se ha hecho referencia a la sentencia civil que dispone aplicar astreintes, en relación a la sentencia homologatoria N° 526/07 del Juzgado de Familia, en sus considerandos dice la Jueza que se encuentra acreditado el incumplimiento del régimen de contacto. No es procedente

intentar cuestionar aquí lo que ha tenido por probado la Jueza en sede civil. Es precisamente en aquella Sede que debió Ferro plantear su discrepancia.

También se ha dicho que la acusada presentó una denuncia cuestionando los informes tenidos en cuenta por la Jueza de familia, sin embargo esa causa fue desestimada, y otra vez equivoca el camino al concurrir a Sede penal para formular tal cuestionamiento. De la propia lectura de la sentencia surge que Ferro estaba notificada de todas las instancias previas a dicha resolución.

En relación a los llamados "encuentros supervisados", que C. llama encuentros "en vigilancia", según los dichos de la licenciada M. también fracasaron por la actitud de la Sra. Ferro. Más allá de que no debe restablecerse el vínculo con presencia de terceros, aún así el fracaso en este tipo de encuentros se debe a la conducta de la acusada.

Indica el Sr. Fiscal que de la sentencia debe surgir cuál es el razonamiento que ha seguido el juez para resolver el caso. Cita el considerando 30 del fallo "Martínez Areco" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, si bien referido a la amplitud que debe darse a la casación, exige en la sentencia penal "que sea reconocible el razonamiento del juez" al decidir. Ello no habilita a reemplazar lo decidido por la ponderación que haga el recurrente.

Concluye indicando que debe confirmarse el fallo, pues ha sido construido respetando dichos postulados. Pero aún si se aplicara una interpretación extensiva y se revisara toda la prueba, el Tribunal deberá concluir en el sentido que se propicia.

Por último el Sr. Fiscal pide que, en virtud de lo establecido en el art. 99, inc.9°, del C.P.P., se reciba declaración a la víctima. Se opone la Defensa, indicando que la Fiscalía debió oportunamente ofrecer su testimonio. El Tribunal le concede la palabra al damnificado, sin perjuicio de advertirle que no se dará a sus dichos valor probatorio, pues ha declarado como testigo en el juicio.

4. El denunciante, **F. G.,** dijo que jamás debió haberse llegado a la justicia penal, pues la cuestión debió ser tratada y definida ante la justicia civil. Que cuando el juez penal Dr. G. remitió a dicha Sede lo actuado a partir de la denuncia, la Dra. R. devolvió todo lo que se le había mandado. La propia Cámara de Apelaciones ratificó las astreintes por el incumplimiento de la madre. Que los encuentros supervisados se suspendieron porque no había avance. Que él entró a la justicia penal por desesperación, porque no le quedaba ningún recurso. Que esto viene desde muy atrás y el ámbito de la justicia civil no le ha

asegurado ninguna garantía, pues considera que su actuación ha sido de pésima a terriblemente pésima. A él no le interesa que M. vaya presa, sólo quiere tener una vida normal con su hijo. Entre tantos expedientes que tiene ahora ha solicitado el cambio de custodia, pero él mismo fue quien pidió el régimen de comunicación y la tenencia para la madre. Por una cosa o por otra él continúa en esta indefinición. Las profesionales del ETI también lo han dicho, ella no se presentaba a las audiencias y qué hizo la justicia civil, nada, por eso llegó a esta sede, porque no hubo ningún tipo de resolución. Que no tiene muy claro cuál es el dolo, pero le han dicho que es cuando hay "intención" y los hechos demuestran esa intención por parte de M.. Ella tiene una historia personal tremenda, pero el declarante quiere ver a su hijo y a esta instancia le pide justicia. Sabe que el Tribunal no va a poder hacer que todo sea normal, pero si ahora este fallo vuelve todo para atrás, a la justicia civil, nada se va a lograr. Que F. está actualmente en C. d. P., donde vive una hermana de ella. Que el día 17 de julio pasado la Jueza a cargo del Juzgado de Familia N° 2 dio la orden para que, junto con policía femenina, el Oficial de Justicia acompañara al declarante a retirar a su hijo; también estaba su abogado, en total serían unas siete personas que se constituyeron en el domicilio de Ferro, pero no había nadie. Al día siguiente recibe una Carta Documento en la que ésta le dice que se trasladaba a Carmen de Patagones y luego recibe otra y otra más. Que para esta audiencia se la llamó y dijo que no iba a estar en la zona.

En último término se concede la palabra a la Defensa, quien ratifica los extremos de su impugnación.

5. La primera crítica introducida por la Defensa se funda en que en la sentencia el Juez ha realizado una arbitraria e ilógica valoración de la prueba, omitiendo la consideración de elementos probatorios que desincriminan a su defendida, descontextualizando los testimonios producidos en el debate, todo lo cual determina una motivación insuficiente del fallo, que equivale a ausencia de motivación.

En relación a este primer agravio cabe decir que si bien la sentencia no abunda en argumentos ni se explaya en la valoración de la prueba, un análisis integral del fallo permite colegir su adhesión a la tesis de la Fiscalía, no exhibiendo un déficit de tal entidad que amerite su invalidación como acto jurisdiccional.

No obstante creo oportuno recordar que una de las consecuencias más importantes del fallo "C." ha sido, justamente, la exigencia dirigida a los tribunales, no sólo a los de casación sino también a los de juicio, de extremar el esfuerzo argumentativo y la rigurosidad en la motivación de la sentencia. El

deber de motivar el fallo como condición de validez, epistemológica y jurídica, de una condena penal viene impuesto por los principios republicanos de gobierno, obligación establecida para los jueces de manera expresa por el art. 169 de la Constitución de la Provincia y por los art. 25 y 330 inc. 3°, del Código de Procedimiento Penal. Dicha fundamentación abarca no sólo la determinación de los hechos, o *quaestio facti,* sino también los fundamentos jurídicos, o *quaestio juris*, esto es, *la exteriorización del por qué de las conclusiones de hecho y de derecho que el tribunal afirma para arribar a la solución del caso.*

En el caso, como lo sostuvo el Fiscal en esta sede, la sentencia impugnada permite inferir el razonamiento que ha llevado al Magistrado a decidir como lo hizo. En tal sentido no advierto un quebrantamiento formal invalidante en la construcción del fallo, ni arbitrariedad o ilogicidad manifiesta en su formulación.

El Juez, al realizar el procedimiento de valoración probatoria, va enunciando los aspectos que considera sustanciales en el relato de los testigos, pudiendo de tal selección deducirse que ha dado crédito a aquellos que abonan la hipótesis fiscal, particularmente en cuanto a la existencia material de la conducta reprochada. Luego valora las opiniones de los profesionales que depusieron en la causa, con específica mención de que si bien la acusada tiene la percepción acerca de que G. configura un verdadero riesgo para su hijo, ello se debe a un sobredimensionamiento de la realidad más que a una situación objetiva que así lo indique.

Cierto es que en esa selección que realiza el Magistrado se mezclan, sin que esto haya merecido una ponderación específica, datos probatorios que tienen un sentido opuesto al que tiene por probado –a los que he de referirme más abajo-, pero, insisto, no considero que la sentencia exhiba un vicio de fundamentación que determine su nulidad.

6. Los hechos, objeto del debate, imputados a M. C. d. H. F. fueron descriptos como "*haber impedido y obstruido, ilegalmente, el contacto entre F. A. G. y el hijo de ambos, F. D. A. G. F., nacido el 8 de febrero de 2007, desde el mes de noviembre de 2007 hasta febrero del 2009 –fecha de la acusación-, no permitiendo que García tomara contacto con el niño y lo retirara del domicilio materno, en las horas y días establecidos como régimen de comunicación, conforme sentencia homologada Nª 526/2007 del Juzgado de Familia N° 1 de Trelew, ya sea ausentándose del domicilio precisamente en esos días y horas, negándose a abrir la puerta y también a entregar al niño cuando su padre lo iba a buscar*".

El Juez, en la sentencia, ha tenido por acreditado el impedimento y la obstrucción de contacto del menor con su padre, a través de numerosos testimonios que narran distintas ocasiones en las que G. concurrió al domicilio de la acusada para ver al niño, en los días y horarios fijados judicialmente, con resultado negativo. Así menciona la declaración de la testigo M. T., de E. G. y del Dr. F. U., quienes en varias oportunidades acompañaron al denunciante a la vivienda de F. y dan cuenta de que no pudo concretarse el contacto con el niño. En ocasiones porque no estaba la acusada o no abría la puerta y en otras porque reaccionaba violentamente contra G. y éste debía retirarse.

Tuvo en cuenta, también, las visitas realizadas por personal de la Comisaría de la Mujer, según surge de los testimonios de los policías G. y B., que acompañaron al damnificado al domicilio en los días y horarios de visitas, constatando que no fue atendido por la Sra. F.. Valora el Magistrado la declaración de la Licenciada M. M. O., integrante del Servicio Social de la Defensa Pública, quien concurrió a pedido del abogado de G. los días 16, 17 y 18 de noviembre de 2008, con idénticos fines, obteniendo resultado negativo . En una de esas ocasiones la imputada abrió la puerta y se entrevistó con la profesional, a quien le expresó que G. siempre lograba lo que quería en Tribunales y ella no, que era drogadicto y que pertenecía a una secta.

Pondera también el Juez los testimonios brindados por los profesionales en la causa, en particular el de la Licenciada A. M., quien relata los encuentros supervisados que se produjeron regularmente durante un mes y medio, aunque con mucha angustia de parte de M. F., pues consideraba que G. era riesgoso para su hijo. También valora la actuación de un equipo interdisciplinario en pos de lograr el contacto del padre con su hijo y que habiéndose producido un primer contacto, el mismo se frustra porque, según lo explicado por el Lic. C., la angustia y las emociones de la Sra. Ferro le jugaron en contra.

También valora ciertos aspectos de los testimonios de la Sra. M. R., del Dr. S., pediatra del niño, de la vecina de F., Sra. S. M. S. d. S. y de la testigo M. A., ex pareja del denunciante, teniendo por acreditada así la materialidad de los hechos imputados y la autoría de los mismos por parte de la acusada.

8. Analizada sucintamente la prueba enunciada en el fallo y las conclusiones que de la misma extrae el Juez del mérito, entiendo que se ha configurado un cuadro probatorio suficiente como para tener por acreditada la conducta que fuera objeto de imputación.

Cierto es que no resultan exactamente equivalentes las acciones típicas contenidas en el art. 1° de la ley 24.270 de la norma, aunque exista superposición

de algunas de sus acepciones. Impedir es anular o imposibilitar el contacto y obstruir implica obstaculizar, entorpecer o molestar el mismo. Sin embargo no me parece relevante en el caso esa diferencia, primero porque no advierto la influencia que puede tener en la decisión subsumirlo en uno u otro supuesto –el Juez los consideró sinónimos, pero afirma que hubo "impedimento"-, pues la penalidad es única, pero además porque la imputación de los hechos ha sido comprensiva de ambas, tal como fue formulada en la acusación y no advierto una modificación sustancial en la sentencia, ni afectación alguna al derecho de defensa, como se pretende.

No obstante entiendo que en el caso no ha existido, en puridad, un impedimento de contacto por parte de la imputada, pues se ha demostrado que en ningún momento se vio completamente anulado el mismo, ya que en cuanto se predisponían las condiciones que ella entendía como indispensables –con la presencia o supervisión de una tercera persona de su confianza-, el contacto se producía y, de hecho, así sucedió con la intervención del Servicio Social en los meses de enero y febrero del corriente año. Entiendo que de haberse establecido en sede civil un régimen de comunicación en esos términos –aún provisorio hasta llegar, de ser necesario, a imponerlo coactivamente-, el contacto tal vez no se hubiera interrumpido nunca, pues la madre ha demostrado no impedirlo en esas condiciones.

Sí, en cambio, considero probado que M. F. *obstaculizó*, el contacto del denunciante con el hijo de ambos, en la época indicada en la sentencia, mediante el incumplimiento del régimen de comunicación previsto en la resolución homologatoria Nº 526/2007 del Juzgado de Familia Nº 1 de Trelew, que establecía que el padre podía retirar al niño los días lunes de 15 a 17 hs., sábados de 11 a 14 hs. y domingos de 14 a 16 hs.. Así, en reiteradas ocasiones la imputada se ausentó del domicilio en los días y horas indicados, o bien negándose a abrir la puerta o a entregar el niño a su padre.

Ello surge de los testimonios coincidentes de F. G., corroborados por los de G., U. y T.. También se desprende de los dichos de la Licenciada M. M. O., quien relata las tres oportunidades en las que concurrió, a pedido del abogado de G., no pudiendo concretarse el contacto con el niño, en dos ocasiones porque F. no estaba en la casa y en la restante porque no se lo entregó al padre. Pero, además, esto surge de los dichos de las Licenciadas V. y M. quienes relatan que la propia M. F. les dijo que no accedería a los encuentros en la medida que no se cumplieran las condiciones que ella consideraba imprescindibles.

Esta actitud de frustrar sistemáticamente los encuentros del padre con su hijo no puede ser considerada, objetivamente, sino como un modo de *obstruir* el contacto, en los términos del art. 1° de la ley 24.270. Tengo, pues, por acreditada la tipicidad objetiva de la conducta, tanto en su aspecto sistemático como conglobante, pues la afectación al bien jurídico, esto es, al vínculo paterno-filial, se ha visto claramente demostrada, particularmente con los testimonios de los psicólogos que depusieron en la causa.

Desde el punto de vista subjetivo entiendo que dicho obrar fue *doloso*, esto es, realizado con *conocimiento* y *voluntad* de incumplir con el régimen de contacto homologado judicialmente, sabiendo que lo hacía y queriendo hacerlo. Dolo no es sinónimo de intención, pues los móviles o motivaciones que pueda tener el agente para actuar como lo hace, pertenecen al ámbito de la culpabilidad y no al de la tipicidad de la conducta. En este último nivel el aspecto volitivo responde *qué quiere hacer* el agente y no *por qué quiere hacerlo*.

Antes de entrar a analizar la *intencionalidad*, en el sentido de causa o móvil que guió a la acusada a actuar como lo hizo, es preciso determinar si existió en el caso algún permiso legal, esto es, una causa que justificara jurídicamente obrar de esa manera. Ha quedado demostrado que G. no implica para el niño peligrosidad alguna, que no presenta características que permitan hacer presumir la concreción de los riesgos que la acusada tiene por ciertos. Esto ha quedado fuera de duda a partir de las explicaciones de los expertos, en particular de la Licenciada F. y del Licenciado C., terapeuta de G. desde hace más de un año. Considerando el mandato que consagra el derecho de contacto del padre con su hijo, ausente toda autorización legal para incumplirlo, la conducta típica deviene también *antijurídica*.

9. Sin embargo debo coincidir con la Defensa en punto al segundo agravio que formula, por cuanto considero que la sentencia contiene una *errónea subsunción legal* de la conducta atribuida a la acusada.

Antes de entrar al análisis esa cuestión creo oportuno recordar que la ley 24.270, sancionada el 3/11/1993, reprime con pena de seis meses a tres años de prisión, al *padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de un menor de diez años con sus padres no convivientes.* El bien jurídico afectado es el legítimo derecho que tiene el progenitor que no convive con el hijo, a mantener contacto con él. En ese marco regulativo, el art. 264 inc. 2º del Código Civil establece que el ejercicio de la patria potestad, cuando no hay convivencia, corresponde al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia,

sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación.

La jerarquía constitucional de este derecho surge del art. 14 bis de la Constitución Nacional, en cuanto alude a la familia como sujeto de amparo y protección especial, así como de la Convención de los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22º C.N.), que en su art. 9 inc. 3º indica que debe respetarse *el derecho del niño que se encuentra separado de uno de sus progenitores o de ambos de mantener relaciones personales y contactos directos con ambos en forma regular.*

La decisión de criminalizar el impedimento u obstaculización de contacto mediante la creación de estos nuevos tipos penales, ha generado fuertes controversias y una gran cantidad de cuestiones problemáticas en torno a su aplicación. Ello teniendo en cuenta el universo de situaciones que plantea la conflictiva familiar vinculada al tema, así como la delicada naturaleza de los casos que intenta regular.

Ha dicho Donna "Lo que puede discutirse, y seriamente, es si era necesario penalizar este tipo de conductas que, normalmente, se refieren a conflictos entre padres divorciados o separados, los cuales es claro que la ley penal no los va a resolver, sino que va a profundizar los problemas, tal como lo hace siempre el derecho penal. Es más, la norma puede servir como norma extorsiva frente a conflictos que son, a veces, manifestación de serios problemas psicológicos". (Donna Edgardo, Derecho Penal Parte Especial, t. II-A, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 215).

Tomando especialmente en cuenta el bien jurídico cuya lesión reprime la norma, esto es, el vínculo entre el progenitor no conviviente y el hijo menor, no cabe duda alguna que la cuestión pone en juego el interés superior del niño, en los términos del art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, si bien el hecho de tratarse de un delito *dependiente de instancia privada* permite poner en seria duda que este último haya sido el interés preponderante tenido en miras por el legislador.

Pero si realmente se considera relevante el interés del menor en este tipo de situaciones, decididamente no se advierte de qué modo podría resultar más beneficioso para el niño la decisión de expandir el conflicto familiar, desde el fuero especializado de familia hacia el ámbito de la justicia represiva. Este proceso penal es un ejemplo, en mi opinión, de que este tipo de conflictos no se soluciona –en la enorme mayoría de los casos-, con la aplicación de una pena y

que, al contrario, además de generar expectativas falsas a los perjudicados, profundiza el conflicto y demora la implementación de las medidas adecuadas para remediar la vulneración de sus derechos.

El efecto deletéreo del proceso penal, teniendo en cuenta la delicada naturaleza del asunto, se vio reducido por la prudente intervención de los profesionales que han actuado a lo largo del proceso. Sin embargo la derivación del conflicto produjo una demora aún mayor en el trámite de la causa civil, en la que recién con fecha 17 de julio del corriente año –según el relato del denunciante ante este Tribunal-, se habrían tomado medidas directas tendientes a ejecutar compulsivamente la sentencia dictada en esa sede.

El denunciante dice que no quería denunciar y que no quiere que M. vaya presa, que sólo quiere tener una vida normal con su hijo. Que jamás debió haberse llegado a la justicia penal, pues la cuestión debió ser tratada y definida ante la justicia civil. Que él entró a la justicia penal por desesperación, porque no le quedaba ningún recurso.

En idéntico sentido, en la sentencia interlocutoria N° 84/08 de la Cámara de Apelaciones, que modifica la sanción de astreintes a Ferro por el incumplimiento del régimen de comunicación, se puede leer una síntesis de la presentación efectuada por el abogado de G. en el marco del recurso deducido. Así, expresa: *"El conflicto y su abordaje: argumenta que el conflicto no supo ser administrado y conducido por carriles que resuelvan y restituyan los derechos violados de las partes, principalmente del niño a tener contacto con su padre y viceversa y que los términos que ha utilizado el Juzgado para avanzar en la resolución del conflicto no son razonables ni útiles para nadie. b) Los principios procesales que se han violado: denuncia la violación del principio de celeridad procesal, siendo en el proceso de familia el Juez especializado el que debe resolver rápidamente, ya que la ley procesal le brinda facultades para hacerlo aún cuando la parte no lo pida (art. 105, ley 4347). c) El derecho a un juicio justo: afirma que nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía. Se detiene en el análisis del debido proceso a la luz de los pactos internacionales suscriptos. d) La obligación constitucional de resolver: argumenta que su parte ha realizado distintos planteos y que las respuestas han sido siempre dilatorias del tratamiento de la cuestión de fondo...f) La derivación a un órgano administrativo: afirma que la solución que ha pretendido canalizar la "a quo" es aplicable a otro tipo de conflictos mas no al presente. Observa que tratándose de un litigio judicial en marcha, si no se resuelve en ese ámbito se está negando el acceso a la justicia, importando una grave violación a los deberes que tienen que cumplir*

los magistrados. g) El interés superior del niño: esgrime que la sola fijación de astreintes es una forma más de aplicar mecánicamente el derecho sin mirar las características del conflicto que el Juzgado se encuentra administrando. Afirma que la resolución cuestionada viola el interés superior del niño, ya que no garantiza sus derechos, por lo que peticiona se revoque la sentencia y se dispongan las medidas necesarias para que los mismos sean restituidos...".

La Asesoría de Menores opinó, en la causa civil y en este proceso, que es el fuero civil el ámbito donde debe dirimirse esta cuestión y que, ante la necesidad de garantizar el contacto paterno-filial en lo inmediato, pidió en esa sede que se intimara el cumplimiento del régimen de visitas bajo apercibimiento de cambio de titularidad en la custodia del menor.

La Fiscalía, al formular acusación, explica que la denuncia penal se formuló para poder lograr el cumplimiento por parte de Ferro del régimen de comunicación fijado en sede civil, ante el fracaso de las medidas allí adoptadas y que el Derecho Penal debe ser la *última ratio,* ya que es el fuero especializado el que cuenta con los medios y recursos para adoptar las mejores soluciones para conflictos de esta naturaleza, *dejando abierta...por parte de este Ministerio la posibilidad de arribar a una solución alternativa del conflicto planteado*". De hecho, cabe destacarlo, el abordaje de la cuestión tendió, en todo momento, a lograr acuerdos mínimos a fin de conciliar los intereses de las partes y, fundamentalmente, los vinculados al niño.

Queda claro, pues, que si se hubiera respetado adecuadamente el interés preponderante del niño y el de la víctima en el ámbito propio de este conflicto, deberían haberse utilizado las herramientas necesarias para revertir la situación de impedimento de contacto. Entre ellas las que contemplan la posibilidad de hacer cumplir las medidas, de ser necesario, con el auxilio de la fuerza pública, ya que se trata de una situación en la que parece sumamente dificultoso evitar medidas directas para obligar al cumplimiento de las normas, sean éstas provenientes de un acuerdo o bien fijadas imperativamente.

10. Entrando, ahora sí, al análisis del segundo agravio de la Defensa y luego de haber efectuado un exhaustivo análisis de la totalidad de los testimonios vertidos en el debate, así como de los documentos acompañados por las partes, entiendo que si bien Marisa Ferro incumplió reiteradamente las pautas establecidas en la sentencia homologatoria del régimen de contacto, *lo hizo en la errónea creencia de obrar legítimamente*, en aras de preservar la salud y la integridad psico-física del niño.

He tenido particularmente en cuenta, para así decidir, el testimonio brindado en el debate por distintos profesionales que intervinieron en el caso, la Psicóloga Forense P. F., la Licenciada en Trabajo Social A. M. y los terapeutas de la Sra. F. y del Sr. G., Licenciados A. V. y R. C., especialistas cada uno de ellos en su ámbito de trabajo. Sus declaraciones en el debate han significado un valiosísimo aporte en cuanto al contexto en el que se desarrolló el conflicto, revelando una enorme cantidad de datos respecto a las circunstancias que desembocaron en la denuncia penal, el devenir de la situación durante el desarrollo del proceso y, también, acerca de las características de personalidad de cada uno de los involucrados. Es por ello que considero imprescindible valorar, con la mayor objetividad posible, toda esa información, como presupuesto que permita arribar a un correcto encuadramiento legal de los hechos imputados.

Así, la **Licenciada P. F.**, quien realizara las pericias psicológicas tanto de la acusada, M. F. como del denunciante, F. G. -obrante a fs. 24/27 del Legajo de Prueba Fiscal-, explica en el debate en relación a la acusada, que si bien los estudios objetivos muestran un trastorno paranoide de personalidad, estos datos deberían complementarse con otros que surjan de su historia personal. Dice que se trata de una persona lúcida y muy inteligente, que si bien su juicio y su comprensión de la realidad aparecen conservados, sí *muestra una particular interpretación de la realidad que la lleva a considerar necesario resistir como resistía.* En cuanto a su relación con G. dice que si bien al comienzo era muy seductor en su trato, luego fue percibiendo que era manipulador y a medida que avanzaba la relación comenzó a notar aspectos de su personalidad que eran patológicos, previos al nacimiento del niño. Ve al padre de su hijo como una persona de riesgo y evalúa como imposible que las visitas se realicen en su presencia pues dice ser maltratada por G.. No hubo una historia previa de pareja estable y si bien sus temores son fundados en actos concretos de la realidad, los ha sobredimensionado. La lic. F. explica que la posición de F. es de distancia en relación a los demás, que sobrecontrola su ira y enojo y muestra una tendencia a sobresimplificar la exploración y procesamiento de los datos, su análisis es simple, con un dato ella construye una teoría sobre la base de indicadores indirectos. A esto se suma una personalidad perspicaz, desconfiada, con un estilo rígido de resolución conflictos y un alto nivel de labilidad emocional. Ella siente que G. la ahoga, además de ser riesgoso para su hijo. La Licenciada explica: en realidad la ahoga porque la pone permanentemente en situaciones judiciales que le impiden ocuparse bien de su hijo, de su trabajo, porque tiene que estar

permanentemente en tribunales. No obstante, ella no puede ver su rol dentro del conflicto, *considera que todos deberíamos ver que hay una situación de riesgo y que no hay nada que discutir. Ella no logra diferenciar, G. resulta peligroso para ella y esto lo proyecta a la relación del padre con el niño.* Explica que tiene una forma de ver el mundo paranoica, y que si bien esto no le impide comprender ya que no invalida de su capacidad de juicio, sí le complica su modo de relacionarse con el mundo, pues es un rasgo de personalidad desadaptativo.

En relación a G. la Lic. F. explica que también es una persona compleja, con conductas algo controladoras, oposicionista, tiene una historia de pareja previa con un alto nivel de conflicto. Refiere aspectos conflictivos en su relación con Ferro, aún antes del nacimiento del niño, siendo incapaces ambos de establecer acuerdos previos. Explica que en medio de la furia perdían ambos de vista a D. F., que han discutido mucho, de hecho G. hizo un juicio porque no le gustaba el nombre que eligió la madre para el niño. La diferencia es que él toma una posición de mayor autocrítica y puede discriminar qué cosas tienen que ver con su enojo y qué otras con sus derechos. Dice que este hijo ha despertado en García muchas cuestiones reparatorias, errores anteriores con una hija, con la cual tiene muchas dificultades para vincularse. Su percepción, dice, es que él es un hombre que a pesar de su enojo, es capaz de reflexionar y destaca que *todo el tiempo trataba de justificar a la madre, por ser la mamá de su hijo.* Que llega al fuero penal cansado de otras alternativas sin resultado.

La Psicóloga forense dice que *M. no va a aceptar que él no signifique un riesgo, para ella no es confiable lo que diga cualquiera, no porque no pueda comprender sino porque su lectura de la realidad prima sobre todo esto.* Por otra parte, no tiene ningún registro de que el niño pueda precisar del papá ni que G. lo necesite.

La Licenciada Fernández dice que evaluó las posibles conductas de riesgo que Marisa mencionaba, llegando a la conclusión de que por más difícil que pueda ser este hombre, no presenta rasgos patológicos. Que más allá de las explicaciones que brinda G. sobre el tema del consumo de drogas, o su pertenencia a una secta, no es una personalidad perversa, ni un fanático o un consumidor compulsivo. El rol paterno, más allá de las dificultades, se encuentra movilizado por sentimientos protectores y reparatorios con este niño.

El Licenciado **R. C.**, terapeuta de García desde marzo del 2008, relevado del secreto profesional, hizo una muy clara explicación de la importancia del vínculo paterno-filial, al señalar que el vínculo entre un hijo y un padre, sobre todo

cuando el padre no está muerto, es lo que permite que una persona pueda constituirse como sujeto, es decir no ser psicótico. Que los primeros cinco años de vida son fundamentales para la constitución de la personalidad, sobre todo de la sexualidad del niño.

Refiere el trabajo conjunto que emprendieron con la Lic. A. V., terapeuta de M., y con la Lic. M. quien representaba simbólicamente al poder judicial, a fin de lograr un acuerdo entre F. y G., habiendo concretado una entrevista conjunta que fracasó pues M., *tal vez por sus emociones,* no puedo seguir, pues *se le hizo como insoportable, estaba muy angustiada.*

Dijo que la situación era de impedimento a F. de poder tener un contacto más libre con su hijo, pues las visitas eran con gente muy bien pero del poder judicial, o a veces acompañado por su madre o por su hermana, pero G. no cuenta con peligrosidad para su hijo, desde ningún punto de vista, y que si bien tiene problemas como cualquiera, no tiene por qué estar vigilado, o no verlo, ya que eso no es bueno para él ni para su hijo.

Un aspecto importante del testimonio de C. es la explicación que brinda sobre la interacción que se dio en la pareja F.-G. y su incapacidad para establecer acuerdos mínimos. Esto coincide con lo referido por la Lic. F.. Por eso encararon la entrevista conjunta. Así, dijo *nos parecía que los acuerdos debían surgir de ellos, establecer un marco de ley, me refiero a la ley subjetiva, porque al no haber ley es como que vale todo.* Explicó que F. tenía mucha angustia, y que M. no podía ver más de lo que sus sentimientos le hacían ver. La falta de diálogo provoca este tipo de situaciones. Fue muy claro en cuanto a que G. no debe tener visitas controladas, pues no hay elementos de riesgo para el hijo y que si bien aceptó las visitas supervisadas, porque no veía hacía mucho a su hijo -Francisco inmediatamente le decía papá y le estiraba los brazos-, tiene derecho a estar libremente con su hijo.

Resulta coincidente con la perspectiva brindada por la Psicóloga Forense, el testimonio de la **Licenciada A. V.** en cuanto a que M. mantiene conservado su juicio de realidad y de criterio, aunque descarta un trastorno de personalidad en base a su historia terapéutica, pese a presentar rasgos paranoides. Explica que ha jugado mucho en su contra esta "*seguidilla de acciones judiciales que siente que no están llevando a nada*".

En cuanto al contacto, M. desde el momento del embarazo dio por sentado que se iban a ver el hijo con el padre, aún con dudas por no haber convivido. Que los contactos cuando el nene nació siempre fueron vividos de una manera muy contradictoria, porque había incumplimientos por parte de él,

por ejemplo en los horarios o en los días de visita, o se presentaba a buscar al nene con alguna persona que ella no conocía, y eso le daba mucha desconfianza; también recuerda que en algún momento lo trajo "muy sucio". Si bien refiere cierto sobredimensionamiento de la realidad por parte de Marisa, dice haberla visto asustada porque él iba a patearle la puerta o la ventana, o gritaba estando con el bebé. Dice que todas estas denuncias han provocado un derrumbamiento en ella

Refiere la terapeuta que Marisa percibe un riesgo en él, por sus características de personalidad: miedo a que no cuide al niño o no lo proteja. *Dice que ha tomado estas acciones tratando de amparar a su hijo, no con la intención de que no tenga papá;* cuando, por ejemplo, no le ha entregado el nene ha sido luego de una fuerte discusión o de sentirse increpada, cuando no ha ido en horario o ha suspendido sin avisar la visita, o aparecer a horas tardías de la noche, aunque fuera el día el horario era inadecuado, hacía cosas que ella no entendía, como dejar algunos presentes o globos colocados en el frente de la casa. La condición que siempre le dijo M. que quería poner era que se pudiera preservar la integridad psico-física del niño y que el nene tuvo algunas visitas en las condiciones pautadas.

Indica que ciertas conductas de G. le hacían pensar que M. tenía razón, como ser ir a la casa y patear una puerta, golpear una persiana, insultarla de noche estando el bebé durmiendo en una habitación, concurrir con personas que no conocía cuando el chico tenía pocos meses de vida. Relata el miedo de Marisa hasta los seis meses de vida del bebé y después vino toda la *andanada judicial*, se refiere a todos los procesos en trámite, ya que a M. le llegaban notificaciones una por semana o dos, otras notificaciones que no había recibido, la dificultad de no conseguir abogado, todo esto es vivido con mucha angustia y alteró el disfrute de su maternidad, *provocando una especie de derrumbe de los mecanismos de defensa que ella tenía*.

Ante la pregunta concreta por parte de la Fiscalía para que diga si le parece que estaba justificada la falta de contacto de G. con su hijo, la Licenciada dio una respuesta que creo oportuno transcribir, casi textualmente, porque en mi opinión ha logrado describir, sencillamente, los motivos que dieron origen a este proceso. Contestó: que no, que "*esa falta de contacto no es beneficiosa para nadie, pero no sé qué falló, no soy abogada, lo que puedo deducir es que hubo alguna instancia de la cuestión civil que falló en poner límites, a ambos, hablo de la Justicia. Algún tipo de decisión para que esto no*

continuara, las denuncias de ida y vuelta y las citaciones y pudiera ponerse un orden, conocer el origen y tener contacto con ambos padres. Desconozco, pero sé que algo falló en el sistema, no entiendo por qué se tuvo que llegar a penalizar, cuando en una instancia civil se podría haber asegurado otra salida. Ella lo que busca es que haya condiciones conocidas y controladas, incluso para ambas partes, o sea para ella también. Ella nunca me manifestó que estuviera arrepentida de haberle dicho que iba a ser papá, nunca dijo que era una pena después de haber cumplido la visita cuando la cumplió, pero exige un entorno que a ella la tranquilice"

La testigo refiere que M. le comentó que la Licenciada M. estaba supervisando las visitas del niño con su papá, que esto se podía suspender, pero le habló de que le había ido bien en las visitas supervisadas y que había un plazo que ponía la justicia.

También alude la testigo a la entrevista que mantuvo con G., durante la cual se mostró colaborador, pero cuando ella hizo ademán de levantarse, él, cambiando de tono y en forma amenazante, señalándola con el dedo dijo que esto iba a terminar con un pedido de tenencia del nene, ante lo que la testigo le dijo que hiciera lo que tuviera que hacer. Y agregó V.: "*Eso me impresionó mucho, un cambio de voz y de actitud asombroso*".

Otro testimonio que considero importante para merituar la posición de Ferro, particularmente en el aspecto subjetivo, en tanto pueda ser penalmente relevante, es el de la **Licenciada A. M.** La misma tuvo una participación muy activa a partir de que en sede penal Fiscalía y Defensa intentaran un acercamiento de las partes, a fin de garantizar el contacto del denunciante con su hijo, que derivó en varios encuentros entre el padre y el niño.

Así, la Licenciada explica que toma intervención para abordar esta problemática, que es básicamente de conflictiva intrafamiliar, para que se inicie un régimen de visitas supervisadas. Se hicieron largas entrevistas individuales, con ambos progenitores, para fijar las condiciones de los encuentros. Dijo que el rol parental es estructurante en el desarrollo psicológico del sujeto pues tiene que ver con la seguridad y con los límites. Contó que las visitas se hicieron primero en el Servicio Social de Tribunales, el papá siempre se presentó en horario y con propuestas lúdicas para D., que es un nene muy sociable, y se estableció un vínculo positivo. A partir del segundo encuentro G. pide que se hagan fuera del edificio, por lo que estuvieron en dos plazas, siempre con presencia de la testigo y de la Licenciada L. A.; primero una hora, luego una hora y media y para el cumpleaños de D. se hace en el patio de comidas de la anónima, aunque Ferro

no estuvo de acuerdo. Memora la testigo que era difícil sacar al niño de los brazos del padre cuando terminaban los encuentros. Luego, al mes y medio se dieron por finalizados, por disposición del Defensor interviniente.

Dijo que de parte de García siempre hubo buena predisposición, que no tenía características negativas en su opinión y aceptó esos encuentros para revincularse, pero sostenía que no era la forma adecuada.

En cuanto a la actitud de ella, la testigo dijo que estuvo de acuerdo siempre y cuando hubiera una tercera persona; *que la situación era muy dolorosa para ella, muy angustiante, que si lo hubiera podido resolver de otra manera lo hubiera hecho, pues está convencida de que Fabián es riesgoso y que todas las conductas de aislar a su hijo se dan porque tiene esa convicción,* por eso no le era grata en lo más mínimo la situación, pues decía que esto le iba a traer dificultades al niño.

Interrogada sobre si le constaba que M. F. haya obstruído el contacto de su hijo con G., la Licenciada dijo que sí, en la medida en que no fueran supervisados los encuentros, porque ella está convencida de que no se pueden dar de otra manera, aunque aclara que no presenció otras situaciones anteriores a las visitas supervisadas.

Cuando se le pregunta por qué se dejó de mantener en el tiempo el contacto con esa modalidad, explicó que fue una decisión del Defensor en ese momento dar por finalizado el régimen de contacto, que tendría que ver con las vicisitudes de la causa.

El Defensor interroga acerca de si es viable este tipo de régimen en sede civil, respondiendo la testigo que es perfectamente posible, en caso de haber una evaluación que así lo requiera y también por un tiempo acotado. Preguntada por si tiene conocimiento que esto haya sido planteado en sede civil, dijo que entendía que la Sra. F. debe haberlo solicitado en esa sede. Por último destacó que *el bienestar de D. es el motivo de las acciones de M. F., que cuando impide o dificulta el contacto fluido de D. con el padre, sin supervisión, lo hace sin lugar a dudas con el objetivo de cuidar a D.*.

También resulta relevante, a fin de valorar la conducta que se atribuye a la imputada, considerar la declaración de la testigo **M. A.,** quien estuvo unida en una relación de pareja con F. G. durante aproximadamente cinco años, unión de la que nació una hija, K., quien actualmente tiene dieciseis años. La testigo narró que con G. tuvieron problemas judiciales, ya que él la denunció por impedimento de contacto con su hija y la testigo lo denunció, a su vez, por

violencia psicológica y emocional. Que en el marco de esa pelea judicial él pidió que le hicieran una pericia psiquiátrica a la hija, por entonces de cinco años, pues como la testigo había sido abusada por el padre, G. temía por su capacidad como mamá. Cuando la Jueza accedió a que se hiciera esa pericia, ella decidió no seguir más, que él hiciera lo que quisiera, le prometió a su hija "*no venís nunca más a ningún juzgado*". Refiere diversos episodios de violencias y amenazas por parte de G., incluso recientes por haber sido ofrecida como testigo por la Defensa de M.. Dice que G. es una persona que irrumpe y desaparece, que no respeta horarios. Agrega que su hija, K., va cuando quiere a la casa de M. a visitar a su hermanito F.. Concluye diciendo que llega un punto en que las personas que sufren este tipo de violencia piensan "qué hice", sienten culpa, que *es muy difícil como víctima poder demostrar lo que este señor es, como victimario es muy difícil.*

Por último cabe mencionar los dichos de la testigo **S. M. S. d. S.,** vecina de la imputada. Dijo que Marisa una vez le pidió que la acompañara a la comisaría primera a hacer una exposición; recuerda que luego no recibía alimentos y pidió la fijación de un régimen. La citaron a la calle P., pues ella tenía que confirmar que el papá no cumplía las visitas, ahí conoció al papá del niño, recuerda que vio a un señor que dijo buen día, saludó muy atento, entraron a una oficina, la testigo esperó afuera, luego escuchó que este señor levantó la voz y se sintió un golpe sobre la mesa, le pidieron que bajara la voz, luego se abrió la puerta y él se fue. Agrega haberlo visto después ir a buscar al chico, a veces solo y otras veces con una chica llamada Kira.

La testigo refiere que este señor un día fue pero el nene estaba durmiendo, él se enojó, M. la llama por teléfono a la testigo, el hombre estaba afuera, caminando, y ve que a puño cerrado empezó a golpear, gritándole "*vivís en una cueva, te gusta la oscuridad, tu alma es oscura*". La testigo fue y sostuvo al bebé a upa, Marisa estaba en el umbral de la puerta y se le caían las lágrimas, luego el hombre se fue. Que su esposo también fue testigo en esa oportunidad. M. estaba asustada, llamó a la policía de la mujer o comunitaria y al rato llegaron en un patrullero.

Una semana después se presentó este hombre y M. le entregó el nene, con mucho miedo, porque nunca sabía si iba a llegar a la hora o no. Después pasaba mucho tiempo y no aparecía. Dijo la testigo que M. está muy preocupada por la situación de su criatura, porque todo esto que ha tratado de solucionar en dos años no ha tenido resultado. Que ya lleva mucho tiempo esta situación, como de hostigamiento.

11. Entiendo que hasta aquí surge, sin duda, un cuadro de *íntimo convencimiento* por parte de la imputada acerca del riesgo que implica García para su hijo. Sin perjuicio de la relevancia penal que tiene esa convicción en la imputada, justo es destacar que la misma no se ajusta a la realidad, ya que todos los profesionales que intervinieron coinciden en afirmar que F. G. no presenta características de personalidad que impliquen riesgo alguno para el niño. Esto surge muy claramente sobre todo del relato de su terapeuta, R. C..

La Fiscalía, en el debate, puso en tela de juicio la relevancia que pueda darse a este sobredimensionamiento que hace F. del riesgo que implica G. para su hijo. Dijo que no se trata sólo de sobredimensionar la realidad para proteger al niño, sino de una intencionalidad expresa de excluir a G. como padre, situación que se demuestra en el conflicto por el nombre, luego por el apellido, en la actitud de ir variando los motivos que invoca para impedir el contacto. Refiere, en ese sentido, que la Licenciada F. explicó que la imputada, desde sus palabras tiene la intención de que se sostenga la parentalidad, pero desde los hechos y las actitudes la intencionalidad que evidencia es otra.

Sin embargo, la Psicóloga forense ha afirmado la incapacidad que muestra esta madre para permitir la inclusión de un tercero en la relación con su hijo y que los rasgos difíciles de este hombre encajan perfectamente con los puntos más frágiles de la personalidad de ella. No encuentro, pues, suficiente fundamento para pensar que haya inventado excusas con el propósito de impedir que el padre vea al menor. Ha quedado claro en el debate que los peligros que ella percibe en G. tienen una base de realidad –personalidad compleja, un nivel de irritabilidad muy grande, una conflictiva relación de pareja anterior-, aunque agigantados en su subjetividad, producto justamente de una vinculación que moviliza las características más vulnerables de la personalidad de esta mujer.

A tal punto esto es así, que la Licenciada Fernández dijo que el régimen de comunicación que se fije tiene que estar pautado lo más exhaustivamente posible, para impedir que cada uno interprete lo que quiera, pues tienen una incapacidad absoluta de acuerdo. Que, aunque suene ridículo, tiene que poder preverse qué sucede si el niño está durmiendo, si tiene fiebre, si la Sra. no está. Y tiene que tener revisión permanente. Alguien desde afuera tiene que pautar el régimen, no dejar nada al azar. Por otra parte sostiene que no encuentra elementos para sugerir que esos encuentros sean supervisados, le parece un exceso ya que no percibe riesgos.

Por último debo destacar que del testimonio de la Licenciadas V. y M. surge que los encuentros supervisados, pactados en la etapa preparatoria del proceso, cesaron por decisión de los funcionarios intervinientes y no porque Ferro no cumpliera. Más allá de la conveniencia o no de darlos por finalizados, lo anterior impone descartar el argumento de la Fiscalía en cuanto afirma que esos encuentros cesaron por causa de la imputada.

12. El cuadro probatorio analizado permite afirmar, como dije, que la conducta de la acusada resulta típica y antijurídica. Resta indagar, entonces, el ámbito de la culpabilidad a fin de determinar si ese obrar puede ser reprochado penalmente a la acusada, pues el Estado no puede habilitar poder punitivo si la persona no pudo saber o comprender, en la situación concreta, la conminación penal de su conducta.

Se dijo y en eso no ha quedado duda alguna, que M. F. tiene comprensión de sus actos; posee un juicio de realidad conservado, por lo que no se advierte incapacidad alguna de dirigir sus acciones conforme a esa comprensión. Sin embargo, analizados los hechos dentro del contexto situacional en que se desarrollaron, tal como han quedado detalladamente expuestos más arriba, entiendo que *la imputada obró bajo la errónea suposición de determinadas circunstancias objetivas que, de haber concurrido, hubieran tornado legítima su conducta.*

Así lo sintetizó la imputada, en su extensa declaración antes de terminar el juicio, al expresar: "*antes de que naciera mi hijo yo ya lo amaba y lo estaba cuidando, todo lo que pueda haber hecho, dicho, dejado de hacer o dejado de decir tiene que ver con el resguardo de mi hijo, absolutamente, y voy a seguir haciendo todo lo que sea necesario para el resguardo de mi hijo*

Las soluciones que brinda la dogmática penal para encuadrar jurídicamente tal situación son, básicamente, dos. La posición mayoritaria en la doctrina entiende que estos casos configuran un error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación –en este caso un estado de necesidad justificante por colisión de deberes-, en tanto el agente cree actuar en una situación de justificación que en realidad no existe. Se da, pues, un error indirecto de prohibición, conocido también como *justificación putativa.* (Bacigalupo Enrique, Derecho Penal -Parte General, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 2ª Edición, año 1999, p. 383/385)

Otro sector de la doctrina entiende, en cambio, que se da un error directo de prohibición sobre el alcance de la norma, por la errónea valoración de la situación fáctica que presupone un deber jurídico –en el caso, la obligación de

no colocar a su hijo en situación de riesgo- (error sobre la tipicidad conglobante). Zaffaroni, Alagia, Slokar. Derecho Penal- Parte General, Ediar, Buenos Aires, año 2000, p. 692 y sgts.. Entiendo que esta es la posición correcta por cuanto permite resolver de manera más satisfactoria una mayor cantidad de supuestos.

Pero sea que se entienda que Ferro obró en el convencimiento de que incumplir el régimen de contacto era el *mal menor* frente a la gravedad de colocar en riesgo al niño (art. 34 inc. 3º C.P.) o, en cambio, creyendo que así se lo imponía su deber de protegerlo (alcance del deber jurídico), ambos supuestos configuran un *error de prohibición* que no puede sino considerarse como *invencible*, debido a los fuertes condicionamientos psíquicos que han sido explicados detalladamente por los profesionales que depusieron en el debate, circunstancia que elimina en forma total la culpabilidad por el injusto.

Así, M. F. podía comprender que su incumplimiento afectaba el derecho de García, pero a la vez su actitud se le aparecía como *legítima, incluso necesaria* ante el riesgo que para ella significaba entregárselo. La convicción de obrar con ese propósito, que ha quedado fuera de duda, excluye la posibilidad del reproche penal. Obrar la madre movida por un temor cierto a que el niño sufra un mal grave, aunque ese miedo no tenga justificación ni correlato en la realidad, impide tratar la conducta como penalmente reprochable.

En el caso el interés de la imputada era, obviamente, resguardar la seguridad psico-física del hijo, como explicaron las Licenciadas V. y M.. De haber existido realmente el temido riesgo, ninguna duda cabe que preservar la indemnidad del niño era su obligación, teniendo ese deber un alcance que neutralizaba el incumplimiento de un régimen de comunicación con el padre, aunque éste hubiera sido fijado judicialmente.

Su accionar sólo reconoce la intención de proteger al menor, no existiendo elemento probatorio alguno que me permita afirmar otro propósito distinto. En tal sentido cabe recordar que el niño muestra gran empatía con el padre, que en los encuentros inmediatamente establece una buena comunicación con él, lo que permite descartar en la imputada una conducta de interferencia negativa en su hijo con relación a G.. Por otro lado V., relevada del secreto profesional por su paciente, contó que Ferro no quería que el nene no tuviera papá, nunca se arrepintió de haberle comunicado el embarazo y tampoco manifestó pena después de las visitas supervisadas, sólo exigía condiciones conocidas y controladas para la comunicación, extremo que pudo verificarse

en el curso de este proceso, pues cuando tales condiciones se dieron, ella no impidió el contacto.

Por todo ello, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso deducido por la Defensa, revocar la sentencia impugnada y absolver a la acusada, por haber obrado inculpablemente, bajo un error invencible de prohibición (art. 34 inc. 1° del Código Penal).

13. Las costas deberán ser soportadas por el Estado, de conformidad a lo establecido por el art. 242 y 247 del Código de Procedimiento Penal, proponiendo la regulación de honorarios profesionales a la defensa pública en la suma de Seiscientos Cincuenta Pesos ($ 650), suma que no incluye el importe correspondiente al I.V.A. (art. 6, 10, 14, 45 y concordantes del Dto. Ley 2200, mod. por ley 4335 y art. 7 y 59 de la ley 4920).

El **Juez Omar Florencio Minatta** dijo:

1.Agravios de la defensa:

En su escrito de impugnación de la sentencia condenatoria de su defendida y desarrollo oral ante este tribunal, la defensa técnica se agravia porque la resolución jurisdiccional aplicó erróneamente la ley penal, porque no está motivada en forma suficiente y es contradictoria y arbitraria, amén de que la misma omitió valorar prueba decisiva para los intereses de la imputada.

No entrare en el análisis pormenorizado de cada uno de los agravios, puesto que la revisión del fallo , adelanto, me lleva a la convicción de que hubo una errónea aplicación de la ley penal que justifica directamente en esta sede una absolución, por lo que me avocaré en detalle sólo a tal queja, aunque en el desarrollo del razonamiento también se traten las restantes.

2. Errónea aplicación de la ley penal

Es condenada la recurrente por haber sido autora del llamado delito de impedimento de contacto de menores de edad con sus padres no convivientes, establecido en la ley penal especial nro. 24.270. Conviene analizar el tipo penal en paralelo con la conducta recorriendo brevemente las exigencias típicas de la figura.

En este camino, tanto la doctrina como la jurisprudencia, interpretan que el concepto de impedimento se presenta cuando se produce una situación de que algo no ocurra o no sea posible, es decir- en el caso- anular al posibilidad de contacto entre el menor y sus padres, de ambos o de alguno de ellos, en tanto no convivieren aquel y éstos últimos. Mientras que obstrucción significa estorbar, entorpecer o hacer dificultoso el contacto, diferenciándose ambas acciones, como se ve, en que el contacto no se llega a impedir totalmente. Una

interpretación de estas acciones efectuadas teniendo en consideración únicamente la norma aislada prohibitiva- la que puede enunciarse así: " no realizarás nada que impida u obstruya el contacto entre padre e hijo- lleva, en el caso , a estimar que ,efectivamente , existió la obstrucción de contacto del niño con su padre no conviviente. Esto se demuestra con las probanzas valoradas por el juez, sobre todo los testimonios de la Sra. T. y su marido G., en cuanto relatan acerca del acompañamiento que ambos efectuaron del padre al domicilio de la imputada e ilustran acerca de lo dificultoso que se hacía el contacto e inclusive afirman que en la mayoría de los casos, la Sra. F. no se encontraba. Abona también esto el testimonio del Dr. U., quien también acompaño a la víctima a la casa del niño, con el mismo resultado infructuoso, igual que los testimonios de las policías G. y B., en cuanto acompañaron a G. al citado domicilio, pero la imputada no se encontraba. En la misma dirección, puede citarse a la licenciada O. que fue tres veces al domicilio con G., no encontrándola el primer y el tercer día, y sí el segundo, en que presenció una crisis de nervios por la presencia de ambos, encontrándose el niño durmiendo. La reticencia de la imputada para la facilitación de las visitas- ilustrada también por las profesionales del E.T.I., Severino y Cárdenas- devinieron en un evidente estado de cosas que terminó por hacer más dificultoso, difícil, entorpecedor el contacto del padre con su hijo.

Asimismo, el la presencia en el caso del elemento formativo Entendemos que tales probanzas- sin tratar los agravios de la defensa al respecto en cuando a la valoración selectiva de las mismas y esto por las razones ya adelantadas al principio en punto a éste agravio- llevan a declarar con certeza que las conductas desplegadas por la imputada tuvieron como resultado necesario la obstrucción del contacto, tal como lo estima una interpretación literal de la ley confrontada con la norma prohibitiva ya mencionada.

Ahora bien, una vez determinada así tanto la acción y el resultado, como el nexo de causalidad que exige el tipo penal, corresponde advertir que tales rubros nos fijan sólo el ámbito máximo de lo prohibido por la norma, la materia fáctica máxima atrapada por el tipo, la conducta amplia, si se quiere, Pero ello no puede alcanzar para determinar que hubo una violación de la norma, pues si sólo nos conformáramos para el juicio de tipicidad con el encaje de la conducta con las palabras que usa la ley, tal proceder nos llevaría a una arbitrariedad en la estimación de lo que realmente prohíbe la norma penal. Por ello, la doctrina exige un paso subsiguiente a tal comprobación y es que tal

acción así interpretada y encajada literalmente en el tipo haya efectivamente producido un conflicto de naturaleza penal-, exigencia que surge del mismísimo artículo 19 de nuestra constitución nacional y que se conoce como principio de lesividad u ofensividad. Esto implica que la acción debe haber causado un conflicto y éste exige como primer requisito que se haya lesionado, ofendido o, lo que es lo mismo, afectado un bien jurídico ajeno, puesto que de lo contrario, si no hay afectación del bien jurídico, si no hay lesión - o al menos puesta en peligro real de que ello ocurra- no puede decirse que haya conflicto, esto es, daño a un tercero en la interacción social, por lo que la acción podrá acarrear otro tipo de sanciones- civiles, por ejemplo-- pero nunca puede afirmarse un entuerto de carácter penal.

En este punto conviene detenerse y ello por la confusión que puede acarrear para un lego el concepto de conflicto penal. Por ejemplo, alguien podría decir que si la imputada ya fue constreñida a cumplir en sede civil y no lo hizo, esto demuestra ya un conflicto, lo que es cierto para el derecho civil, pero no alcanza de ninguna manera para elevarlo a la categoría de penal, pues, sabemos, que el derecho penal está para casos graves, esto es, para conflictos graves que ameriten ser tratados como tales, puesto que de lo contrario se aplicaría el poder estatal más violento que existe a una situación sin ventaja alguita para ninguna de las partes. En definitiva, como conclusión en este punto cabe decir que, para realizar el juicio de tipicidad- es decir para afirmar que una acción está prohibida penalmente o es antinormativa- debe comprobar, objetivamente, que ella afectó el bien jurídico cuya afectación se enrostra a la imputada, lo que pasamos a analizar seguidamente.

El bien jurídico del caso es la preservación de la relación paterno- filial en un aspecto básico para el normal desarrollo de la misma: el contacto físico, exigencia mínima para el enriquecimiento de tal relación. Como se observa, el bien jurídico es aquí bifronte: si se lo viola, se afecta tanto los derechos del niño como los del padre, garantizados ambos constitucionalmente: los del menor, por el artículo expreso de la Convención Internacional de los Derechos del Niño cuyo nro 9 expresa textualmente que.." *Los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos....respetarán el derecho del niño que está separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de un modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño...*" y los del padre, por las facultades inherentes a la patria potestad, sobre lo que no es necesario abundar aquí.

Con este material, hay que demostrar que se afectaron ambos derechos para decir que hubo una afectación del bien jurídico. En esta línea, que tal afectación se produjo, no cabe la menor dudad, puesto que la obstrucción ya demostrada del contacto devino, en el caso, resultó perjudicial para el desarrollo del niño, tal como expresa y prístinamente surge del informe de la psicóloga forense a fs.27 al dictaminar que...." *la extensa falta de contacto con el mismo (hijo), en una etapa donde se gesta la imagen del otro (padre) como proveedor de cuidado, resulta perjudicial para su desarrollo...*". Por tales razones hay que declarar con certeza que hubo aquí afectación y, por lo tanto, lesividad o daño a bienes jurídicos de terceros, siempre desde un punto de vista objetivo. Si a esto se agrega que tal violación, también desde el punto de vista objetivo, fue dominable, es decir, hubo un curso causal idóneo desde el punto de vista normativo como para que la autora tenga señorío sobre él, pueda gobernarlo, se dan los dos requisitos básicos - lesividad y dominabilidad- para probar la existencia del conflicto y determinar así su tipicidad objetiva. En cuanto al tipo subjetivo, la figura exige dolo directo, es decir conocimiento y voluntad dirigida expresamente a no facilitar el contacto en forma libre entre el niño y su padre, lo que se deduce razonablemente los elementos objetivos señalados, sino que es ello reconocido por la propia imputada.

En suma, estando debidamente probada la existencia de la conducta típica y ausente causal de justificación alguna que pueda exonerar a la acusada, deberá considerase que estamos ante la autoría del correspondiente ilícito o injusto penal del delito por el que fuera condenada la Sra. Ferro, restando analizar aún si existe la culpabilidad y punibilidad correspondiente.

3. Culpabilidad

Debemos analizar aquí si se dan los elementos que permiten legalmente reprochar el injusto penal a la imputada, cuestión que depende del grado de autodeterminación que tuvo en el momento de los hechos para decidirse por otra conducta menos lesiva o conforme a derecho o, lo que es lo mismo, el grado suficiente para haberse motivado conforme a la norma penal del caso.. De todas las causales que determinan la inexigibilidad de otra conducta, nos interesa específicamente para el caso la valoración de aquellas circunstancias de tipo psíquico que pudieran haber influido en la decisión de la autora por la comisión del injusto. Esto debe ser así en este caso, puesto que para condenar debe destruirse con certeza los descargos de la imputada en orden a que no sabía que estaba cometiendo ningún delito penal con la comisión de los hechos,

lo que traducido al lenguaje del derecho penal significa que está alegando como excusa un error acerca de prohibición. Sabemos que este consiste, esencialmente, en una equivocación o ignorancia del agente acerca de la prohibición de la norma penal y que tal situación tiene varias formas de manifestarse conforme a las distintas razones que lo llevan a la equivocidad o ignorancia, interesándonos aquí aquellos casos en que el autor yerra directamente sobre el alcance de la norma prohibitiva, es decir no sobre la existencia de la norma misma, sino sobre el alcance prohibitivo de ella .

Entendemos que en el caso existió una clara ignorancia o creencia errónea acerca del deber jurídico que le incumbía cumplir a la autora en el momento de los hechos, pudiendo afirmarse que la misma, al menos, dudaba acerca del deber prevalente a cumplir, no teniendo en claro, en definitiva, la situación jurídica. Esta situación se conoce en doctrina como conflicto de normas o deberes, según el cual, en el momento de los hechos, se le presenta al autor la disyuntiva de cumplir con dos deberes que son incompatibles en el sentido de que se cumple uno necesariamente incumple el otro. Me explico: en el caso la tratar la autora creyó- ya veremos porqué- que debía dar prevalencia al deber de proteger al niño de las conductas supuestamente riesgosas de G. antes que cumplir con su deber facilitar el contacto con el mismo. Obviamente que se equivocó, puesto que quedó demostrado que el padre no representa riesgo alguno para el niño, tal como con claridad lo establece la psicóloga forense en su dictamen a fs. 27, en donde expresa que no solo no se observan en el Sr. García trastornos psiquiátricos o de personalidad graves que puedan implicar riesgo para sí o terceros, o dificultades en el control impulsivo, o rasgos de perversión, sino que señala expresamente que no se registran en él indicadores de riesgo en la vinculación con su hijo. Es decir, nos encontramos ante una errónea evaluación de las situaciones fácticas que la llevaron, a su vez, a una errónea convicción de que existía el deber jurídico de proteger a su hijo antes que cumplir con el deber de facilitar el contacto. Sin embargo, para que tal errónea apreciación pueda disculparla penalmente se exige que la misma no sea imputable a ella o, al menos, que se trate de una situación sobre la que la autora no pueda superar aún esforzándose. Concretamente, si la misma podía salir del error en que se encontraba, sea reflexionando o informándose, su error no es disculpable y solo atenuaría su pena; en cambio si aún en esos supuestos la misma se hubiera mantenido en su error, el mismo se estima jurídicamente inevitable o invencible.

Para nosotros, esto último es lo que ocurrió en el caso de la Sra. Ferro al momento de los hechos, pues se encontraba firmemente convencida sobre la existencia del deber jurídico de protección a su hijo y que tal deber era prevalente sobre el de no obstaculizar, lo que se deduce razonablemente de los siguientes elementos probatorios. En primer lugar existieron hechos objetivos que justificaron los temores o miedos de la autora, tales como patearle la puerta, insultarla, es decir una actitud agresiva que podría sufrirla el niño, lo que se desprende no solo del testimonio de la licenciada Vallés, sino también de los testimonios de la Sra, S. d. S. y A. M., señalando la primera que en una oportunidad G. fue al domicilio de la imputada y le golpeaba fuertemente la puerta, gritaba y decía que eso era una cueva – refiriendose a la casa- y que su alma era oscura, en cuanto a la imputada, lo que motivó una exposición policial de esta última, oportunidad en que la testigo la acompañó, mientras que la nombrada A., ex pareja de G. y conquien tiene una hija, ilustra al tribunal sobre la situación semejante que tuvo que vivir con García en oportunidad de separarse, haciendo referencia a reiteradas actitudes de persecución y hostigamiento. A tales hechos objetivos que apoyarían las creencias de la autora, hay que unirle su capacidad psíquica para darles el verdadero significado y alcance que tales situaciones tenían. En tal sentido, cabe traer a colación ahora las opiniones de todas las profesionales de la conducta humana que han intervenido en este caso: desde la licenciada M. que actuó como supervisora del contacto con encuentros en el servicio social de tribunales y demás espacios públicos, quien relata que para la imputada tales contactos eran muy angustiantes porque estaba, la imputada, convencida de que el Sr. G. era riesgoso para su hijo, pasando por el testimonio del psicólogo de la víctima Sr. C., el cual relata que la angustia y las emociones de la imputada impedía todo tipo de acuerdo, hasta la licenciada V. que explica la gran angustia y temores, justificada por distintas actitudes de G., amén del proceso civil en trámite. Si se tiene en cuenta todo lo dicho y lo relacionamos con la personalidad de la imputada, puede sostenerse como más que razonable que l la autora no haya podido salir de su error y de que se encontraba seriamente convencida acerca de hechos que justificaban la incertidumbre, al menos, acerca de cual era el deber jurídico que le correspondía. Así, el extenso y detallado informe de la licenciada F. nos ilustra acerca de la personalidad de tipo paranoide de la Sra. F., indicando que ello le general una alta sensibilidad en relación al entorno , al que ve hostil y persecutorio, presentando un modo de pensamiento rígido y

con escasa capacidad de cambio, por lo que su análisis de la realidad es simplista, generalizador y centrado, lo que la lleva a sacar conclusiones apresuradas y actuar en consecuencia, con serias dificultades como para contemplar otros puntos de vista.

En conclusión, puede sostenerse que el error de prohibición , su error acerca de los presupuestos fácticos de los deberes jurídicos que le incumbían cumplir y sobre su prevalencia, son disculpables y tienen entidad suficiente como para afirmar que en cada hecho tuvo reducido en forma suficiente y sensata su ámbito de autodeterminación como para abstenerse del injusto que se le trata de reprochar. Si todo esto es así, hay que declarar que la condenada no actuó con culpabilidad, puesto que la situación psíquica con la que actuó le impidió en forma razonable comprender la criminalidad de sus actos, en este caso, el alcance prohibitivo de la norma penal, debiendo encuadrarse tal situación en el inciso primero del artículo 34 del Código Penal cuando se refiere al error o ignorancia no imputable como eximente de la responsabilidad penal.

4. Costas

Las costas deberán cargarse al Estado, conforme lo dispuesto por los art. 242 y 247 del C.P.P., debiendo regularse los honorarios de la Defensa pública en la suma de Seiscientos Cincuenta Pesos ($ 650), ley 2200 y 4920.

La **Jueza Silvia Martos** dijo:

1.- En el inicio de mis fundamentos he de señalar que no expondré los antecedentes que motivan el recurso contra la sentencia de condena, pues la completa relación de los hechos efectuada por mis colegas preopinantes resulta lo suficientemente explicita como para poder remitirme a ella.

2.- En el ámbito del recurso del condenado, regulado con amplitud en el código vigente -art. 374 C.P.P.-, al punto que el legislador le ha llamado "impugnación ordinaria", el tribunal debe entender sin las limitaciones que son propias de los remedios extraordinarios, como el recuso de casación al que se ha referido la Corte Suprema en "CASAL" para exigir el máximo esfuerzo de revisión.

3.- Así, señalaré, siguiendo las mandas procesales, que se celebró la audiencia oral y pública legislada en el art. 385 del CPP, debatiéndose los argumentos del recurso. Luego de la deliberación realizada, los miembros del tribunal alcanzaron coincidencia en la solución del caso.

4.- El hecho juzgado resulta ser el impedimento de contacto con el padre no conviviente, tipificado por la ley 24.270 .

5.- El objeto de tutela de este tipo penal, es el recíproco contacto que debe mediar entre padres e hijos no convivientes, toda vez que del debate parlamentario surge que la referida Ley tiene como fin reafirmar y redefinir la importancia del status familiar y el lugar del niño en la sociedad (del voto de la Dra Cafure de Battistelli en autos "Palermo Gloria p.s.a. Impedimiento de contacto", etc El dial AA4FB8.).

6.- Luego del análisis de toda la prueba considero, al igual que mis colegas preopinantes, que la materialidad del hecho se encuentra probada. Se halla acreditado que "desde el mes de noviembre de 2007, al mes de abril de 2009, M. F. impidió u obstaculizó el contacto de F. G. con su hijo F. D. A. F.. El impedimento y la obstrucción consistieron en no permitir que el F. G., quien no convivía ni convive con su hijo F. D. A. G. F., tomara contacto con el niño y lo retirara del domicilio materno, sito en P. L. A. **** de Trelew, en las horas y días que se habían establecido como régimen de comunicación conforme sentencia homologada nro 526/2007, de fecha 24 de julio de 2007, dictada por la titular del Juzgado de Familia Nro 1 de Trelew, Dra Gladys Rodríguez –lunes de 15 a 17 horas, sábados de 11 a 14 horas y domingos de 14 a 16 horas-, ya sea ausentándose de dicho domicilio precisamente en esos días y horas, negándose a abrir la puerta, negándose a entregar al niño cuando su padre lo iba a buscar".

7.- Dicho, pues, que este tribunal cuenta con competencia para revisar los hechos y el derecho, y, aun, expedirse sin atenerse estrictamente a las líneas argumentales y agravios del recurrente, en tanto resulte en su beneficio, sostendré enseguida que, más allá de las valoraciones del material probatorio que ha realizado el señor juez de la anterior instancia, que podrían merecer observaciones desde el punto de vista de la lógica de la selección del mismo por él practicada, que, como principio, la cuestión amerita un nuevo examen de estricto derecho sobre la base de la plataforma fáctica que viene establecida.

8.- Creo que el tema se centra en la culpabilidad. Concretamente la Sra. Ferro, actuó con error indirecto de prohibición.

Siguiendo a Zafaroni "el error indirecto de prohibición consiste en la falsa creencia acerca de la operatividad de un precepto permisivo en el caso concreto. Dicho más sencillamente, el error indirecto de prohibición es el que determina la falsa convicción de que opera en el caso una causa de justificación" (Zaffaroni-Alagia-solkar. Derecho Penal Parte General pag-701/2).-

Arribo a la certeza de que esto es lo que ocurrió, a partir del comportamiento de

la imputada tal como quedara evidenciado con los aportes de los profesionales actuantes.

Los estudios sicológicos realizados a la imputada, demuestran que ella vivencia que el Sr. G. es un peligro para su D.. Está convencida que es un riesgo para su hijo entregárselo al padre.

La profesional, sicóloga forense señala que si bien los temores de la Sra Ferro son fundados en actos concretos de la realidad, se presentan con un nivel sobredimensionado de interpretación negativa, descalificando cualquier posibilidad de que el Sr. G. pueda llevar adelante un rol protector hacia el niño. Vivencia al Sr. G. como una persona de riesgo para la integridad física y emocional de su hijo.

Surge entonces claramente que la negativa de la encartada de facilitar el contacto a solas del menor con su padre, se debe a la necesidad de proteger a su hijo de lo que ella cree una situación dañina para él y en ese entendimiento está convencida de que darle el niño, sería un riesgo para la criatura.

Obsérvese que cuando se propiciaron visitas asistidas, con presencia de otra persona, ella permite el encuentro. Está convencida que si le da su hijo al Sr G., éste está en riesgo y entonces opta por un mal menor y no lo entrega, convencida de que de esta forma protege a su hijo. El Sr G. resulta peligroso para ella, y proyecta dichos temores en la figura del niño. Indudablemente, más allá de que las pruebas sicodiagnósticas reflejan que el Sr. G. no resulta ser una persona riesgosa para su hijo, la Sra. Ferro no puede internalizarlo.

9.- Este es un típico caso en el que el derecho penal resulta inepto, por decirlo de alguna manera, para entrometerse en forma eficaz en el ámbito amplio del derecho de Familia que es el mejor dotado para dar cobertura a estos conflictos, con soluciones composicionales no punitivas. El conflicto entre los progenitores debe ser analizado y resuelto en sede civil. Dar entrada al derecho penal para solucionar el conflicto, es complicar más la situación. El propio denunciante lo ha dicho en la audiencia. "No quiero que la madre de mi hijo termine presa"; "he recurrido a la justicia penal como un recurso ante la falta de respuesta de la justicia civil".

Evidentemente los equipos de especialistas que intervinieron no han podido, hasta el presente, dar respuesta a este conflicto, mas, no por ello, debemos criminalizarlo. La respuesta debe ser de la justicia especializada, ello fundamentalmente resguardando el interés superior del niño puesto que si bien el art. 9 de la Convención establece que se velará para que el niño no sea separado de su padres, no es menos cierto que mucho daño se puede hacer

interviniendo desde la justicia penal, sin darle al tema un tratamiento integral. Son justamente estos aspectos los que deberán pulirse y trabajarse en beneficio del hijo de la pareja.

Evoco al profesor Donna respecto de sus reflexiones sobre este delito "Lo que puede discutirse y seriamente, es si era necesario penalizar este tipo de conductas, que, normalmente, se refieren a conflictos entre padres divorciados y separados, entre los cuales es claro que la ley penal no lo va a resolver, sino que va a profundizar los problemas, tal como lo hace siempre el derecho penal. Es más, la norma puede servir como norma extorsiva frente a los conflictos que son, a veces, manifestación de serios problemas psicológicos. Otra vez el legislador, presionado por algún caso que ocupó los diarios y que podría haber sido resuelto por otros tipos penales, con una visión tan ingenua como parcial, creyó que estos temas se solucionaban con la pena. Es quizás la visión actual de la política criminal. (Donna Edgardo. Derecho Penal. Parte Especial T° II- A Rubinzal Culzoni, 2001, pág 215).

10.- Por todo ello, habiendo actuado la Sra. Ferro con un error invencible de prohibición, corresponde su absolución. Así lo voto. Con costas al Estado y se regulen los honorarios del Dr. C. P., en representación de la Defensa Pública en la suma de seiscientos cincuenta pesos ($ 650) (art. 242 y 247 del CPP; art 59 Ley 4920 y Ley 2200, modif. por la ley 4335).

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

S E N T E N C I A

1°) Hacer lugar al recurso de impugnación deducido en representación de la imputada M. C. d. H. F., contra la sentencia condenatoria dictada a fs. 64/69vta. por el Tribunal de Juicio el día 02 de junio de 2009, con costas a cargo del Estado(arts. 242 y 247 del C.P.P.)

2°) Absolver a **M. C. d. H. F.** del delito de impedimento de contacto de su hijo menor con su padre no conviviente, en su modalidad agravada por tratarse de un menor de diez años de edad, en carácter de autora (Ley 24.270, artículo 1°, segundo párrafo), cometido en esta ciudad de Trelew, desde el mes de noviembre de 2007 al mes de abril de 2009, en perjuicio de F. A. G..-

3°) Regular los honorarios profesionales de la Defensa, por su actuación en esta instancia, en la suma de Pesos Seiscientos ($ 600), no incluye el importe correspondiente al I.V.A. (arts.6, 10, 14, 45 y ccdts. del Decreto Ley 2200 mod. Ley 4335 y art. 7 y 59 de la ley 4920).

4°) Protocolícese y notifíquese.-

Déjase constancia que el voto de la Dra. Silvia Martos ha sido remitido a esta sede con la correspondiente firma digital, por lo que no suscribe materialmente el presente documento.

REGISTRADA BAJO EL NRO. /2009 DE LA CAMARA EN LO PENAL DE TRELEW.