

Montevideo, 11 de Setiembre de 2017

VISTOS:

Para Sentencia definitiva de Primera Instancia los autos caratulados "D. L. S. P. S. G. DENUNCIA IUE 2-53088/2015. Seguidos con la intervención del Fiscal Letrado Nacional de 8 Turno Dr. Gustavo Zubía y la Sra. defensora Pública Dra. Susana Rey.

RESULTANDO:

- 1) A fojas 3 se presentaron P. S. y G. T. S. S. promoviendo denuncia contra el Sr. J. A. S. L. y M. C. D. L. expresando en lo medular: a) El denunciado es pareja de la Sra. M. C. D. L. F. de 25 años de edad, la cual es madre de dos niñas de 2 y 5 años respectivamente, que la misma no es una persona idónea para resolver los problemas de su vida cotidiana. b) La misma convive con el denunciado desde el 6 de noviembre de 2015, el cual es un hombre de entre 45 a 50 años de edad, residiendo en una finca muy precaria y no alimentándose en forma adecuada. c) Las niñas son hijas biológicas del Sr. H. D. el cual nos las reconoció voluntariamente iniciándose el trámite de investigación de paternidad. d) El denunciado reconoció a las niñas de H. D. como hijas propias poniendo en grave peligro la identidad y el estado civil de las mismas. Solicitando se diera trámite a la correspondiente denuncia y se dispusiera lo que por derecho correspondiera.
- 2) Por dispositivo 3450/2015 de fecha 20 de noviembre de 2015 se remitieron los autos al Ministerio Público el que solicitó, la agregación del testimonio del expediente tramitado en la Sede Familia de 12 turno y el interrogatorio de la parte denunciante y denunciada.
- 3) A fojas 50 y 51 la Sra. G. T. S. ratificó la denuncia, a fojas 62 y 63 lo efectuó P. D. L. S. A fojas 71 a 76 declaró el denunciado, a fojas 77 a

78 brindo su testimonio la madre de las menores Sra. M. C. D. L.

- 4) A fojas 179 a 180 el titular de la acción penal valorando los soportes probatorios del expediente peticionó, que a pesar de existir elementos de convicción suficientes y la existencia de la semiplena prueba de la comisión del delito previsto en el artículo 259 del Código Penal, de la suposición de estado civil, considero- y así lo peticiono- la aplicación de lo dispuesto en el artículo 39 del Código Penal, consistente en el perdón judicial en si el delito fue cometido por móviles de piedad, honor o afecto a criterio de la Sede, en cuyo caso no prosperaría su petición de responsabilidad efectuada previamente.
- 5) Por dispositivo 1802/2007 de fecha 21 de julio de 2017 se dispuso autos para resolución citadas las partes, subiendo efectivamente el 8 de agosto del corriente año.

CONSIDERANDO:

1) Siguiendo las enseñanzas del Profesor Miguel Langón, el cual manifiesta que sobre las causas de impunidad se ha dicho tradicionalmente que son extintivas de la punibilidad pero dejan subsistentes el delito base. Sobre un delito ya cometido y completo y por lo tanto merecedor de pena el legislador establece posibilidades de exención de ésta en atención a la persona del autor y a la especialísima relación que mantiene con la víctima.

El artículo 39 del Código Penal establece que sólo se puede exonerar de pena exclusivamente el reconocimiento como hijo legítimo o natural de una persona que careciera de estado civil, conducta que encuadraría en lo previsto en el artículo 259 del Código Penal como delito de suposición de estado civil. Siguiendo el referido Profesor, entiende que el legislador considera tan mínima la criminalidad de la conducta en este caso que establece una causa de impunidad. La piedad para dicho autor es un sentimiento de empatía que lleva a compadecerse de la situación de abandono del otro y por tal motivo el agente realiza el acto criminal con móvil naturalmente altruista por lo tanto el afecto es un sentimiento de cariño o amor hacia el otro, que le permite al sujeto cometer el acto criminal por aquella motivación. Carece de estado civil la persona no reconocida legalmente y aún los inscriptos como padres desconocidos. (Langón Miguel Manual de Derecho Penal Uruguayo Ediciones del Foro, Montevideo 2006 páginas 329 y siguientes).

En igual sentido se pronuncia el Profesor Cairoli el cual entiende que las causas de

impunidad son las que extinguen la posibilidad de aplicar la pena en casos concretos. No son violaciones a su entender del principio de obligatoriedad de la Ley, sino que constituyen sólo razones que, por política criminal o pública han sido previstas en el derecho positivo vigente como causas de exoneración de pena en hipótesis específicas. El artículo 39 del Código Penal permite que el Juez perdone al causante de cualquiera de esas acciones cuando son perpetradas por móviles de piedad, honor o afecto. Sigue sosteniendo el autor, que el propio codificador entendió que el estado civil se sustrae por naturaleza al poder del individuo, nadie puede crear ni suprimir relaciones de esa índole sin ultrapasar las fronteras del derecho y penetrar en el territorio del delito y agrega además que en principio hubiera sido mejor legislara como una excusa absolutoria en lugar de un caso de perdón judicial, pero -que no lo había hecho porque son diversas las circunstancias- que pueden presentarse y muy difíciles de acogerlas en una fórmula precisa de carácter sintético. Irureta Goyena, sostuvo que si hay algún sujeto que se desprende de las características de delincuente es quien movido por un sentimiento de piedad, honor o afecto reconoce como hijo propio al que legalmente no es hijo de nadie. La exención de pena se explica por la naturaleza de los móviles que rodean el hecho, lo que lo despoja de toda peligrosidad. (Cairolí Milton Derecho Penal Uruguayo Tomo I vol. I, La Ley- El Delito, La Ley, Montevideo 2015 páginas 620 y siguientes).

Trasladados tales conceptos doctrinarios al sub examine surge acreditado en autos los siguientes extremos: A fojas 77 compareció la madre de las niñas de autos manifestando: “yo a M█████, mi actual pareja, a la que denuncian mi tía y abuela lo conocí en 2014 en el trabajo y empezamos a salir... él un día fue a mi casa y se encontró con mis dos hijas menores, yo antes de tener un vínculo con él lo hablé con las niñas más que nada con la más grande. Cuando las niñas lo conocieron se apegaron a él, él era muy bueno con ella, salíamos los cuatro como una familia, yo después empecé a trabajar con mi tía P█████ de vendedora en su veterinaria, ella me pagaba 200 pesos yo trabajaba mucho... yo no sé por qué ella me quiere sacar a mis hijas. Cuando yo no pude pagar más el jardín a una de ellas la dejaba en lo de mi abuela, yo no tenía donde acostar a la niña y cuando se dormía la tenía que poner en un almohadón para perro que tenía para la venta. Tampoco tenía cocina para calentarle la leche y ahora no entiendo por qué le vino tanta preocupación si antes no lo hacía... yo le hice juicio laboral.” Al ser interrogada por el padre biológico de las niñas expresó “el padre biológico de mis hijas nunca las quiso reconocer -a S█████ la llevó un día creo a la casa de la abuela paterna- y nunca más apareció, por eso A█████ S█████ se hizo cargo de las niñas y es como un padre para ellas. Yo respecto al cambio de apellido, lo hablé con ellas, más con la grande y me dijo que le gustaba

4

porque A██████, -le gustaba como papá- que lo quería mucho y era muy bueno si llevaba el apellido de él y ahí hicimos todos los trámites con abogados. A las dos niñas les va bien en la escuela, les encanta ir a los paseos, son unas niñas muy aplicadas jamás tuve una queja de la maestras, ambas tienen sus controles médicos... ellas (las denunciantes) se enteraron que yo era epiléptica, nunca me quisieron y dicen que soy violenta y no es así porque la epilepsia es una enfermedad que se trata y yo lo hice. A██████ se va a trabajar a la panadería, ingresa a las 22:00 horas y sale 05:30 o 06:00. Cuando él llega se queda levantado para aprontar a las niñas a la escuela porque yo entro a trabajar a las 07:00 horas y vuelvo 12:30 somos una familia como cualquier otra, no entiendo por qué lo denuncian.”

A fojas 73 a 76 el indagado en presencia de su defensa manifestó “yo le pregunté a la madre si las niñas estaban reconocidas por el padre ella, me dijo que no, nunca me mencionó si había tramite iniciado, yo trabajo y trato de darle a ellas tres lo mejor como una familia para que las niñas en un futuro no le causara vergüenza el no tener apellido paterno”. Al ser interrogado en qué momento decidieron que les daba su apellido a las niñas expresó “lo hablamos y fue un proceso dialogado y consensuado sobre todo con S██████ que es la que entiende todo y la niña le dijo a la mamá que sí, que ella quería que yo fuera su papá. Para mí ellas son mis hijas cuando yo abrazo a su madre las niñas dicen -mamá y papá se quieren- yo las llevo y traigo a la escuela, yo he ido a reuniones de padres con la mamá, yo estoy agrandando la casa para que los cuatro estemos mejor nos manejamos como una familia cualquiera. C██████ es epiléptica pero toma su medicación se realizó los estudios y le dieron bien no es una persona violenta se ocupa de sus hijas. Las denunciantes solicitaron la tenencia de las niñas hace como un año fue la asistente social y yo le pregunté si había posibilidades que nos sacaran a las niñas y ella me dijo que -por como ella veía la casa y como vivimos no-, pero que no dependía de ella”.

Del expediente acordonado IUE 2-015916/2014 del Juzgado Letrado de Familia de 12 Turno surge a fojas 15 la declaración del testigo M██████; R██████ refiriéndose al presunto padre biológico de las niñas el cual manifestó “él nunca les pasó ni un peso, la visitaba cada tanto cuando era chica la nena, -él tiene mucha “labia”- y la “engatusa”, a M██████ la vio una vez, no fue a verla cuando nació”. La testigo A██████ S██████ en igual sentido declaró “estuvo unos meses, después no lo vi más, yo fui al cumpleaños de dos años de S██████ llevé a mi hijo y no lo vi al padre de la niña”.

2) En el sub judice debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 39 del Código Penal así como los elementos probatorios allegados a la causa. Surge sin hesitaciones

que el móvil del denunciado al reconocer como sus hijas a las dos niñas de su pareja fue realizado por el afecto, el amor que les profesa, a las que trata como sus hijas legítimas. Es trasladable al caso de autos las afirmaciones del Profesor Gonzalo Fernández: "los principios rectores del Derecho Penal entre ellos, la corriente del llamado minimalismo penal, que vuelve abogar por un derecho penal mínimo y de última ratio, parecería ser la única salida coherente a la irremisible colisión entre las proposiciones jurídicas y la realidad social. Como explica Yacobbucci que el Derecho Penal realice un concepto anti natural de seguridad, implica someterlo a una finalidad que no es la suya y que termina por asfixiar las posibilidades de vida en común y la existencia misma de la libertad y la justicia".

Frente a la realidad del día a día se debe repensar la cuestión criminal articulando su saber desde la reflexión crítica y apostando a un sistema jurídico edificado desde la óptica de la dignidad del hombre, de la complejidad de las relaciones sociales y sobre todo desde la óptica de las garantías. El modelo de "última ratio" modelo pacíficamente aceptado por la doctrina contemporánea predica la intervención mínima del sistema penal en los conflictos sociales, que debiera registrarse sólo y exclusivamente en los casos de extrema gravedad. Se da la opción dilemática entre "menos derecho penal" o "algo mejor que el derecho penal". El principio de intervención mínima supone grandes márgenes de descriminalización reservando el instrumento penal sólo para aquellos conflictos más gravemente dañinos para la sociedad, que ésta no puede resolver satisfactoriamente, o cuando menos no puede lograrlo en su actual estadio de evolución histórica, sino es acudiendo a la secular vía penal. Continúa el referido autor estableciendo que la valoración del nivel de gravedad del daño social emergente del ilícito debe abordarse en función y desde el bien jurídico protegido sopesando el caos y el riesgo de "vindicta" privada que pudiera sobrevenir. En suma continúa -que la orientación del Derecho Penal mínimo que apuesta "a cuanto menos derecho penal mejor"- le da amplia cabida a la solución alternativa "no punitiva" de los conflictos. (Fernández Gonzalo Cuestiones Actuales de Derecho Penal. Papeles Para el Debate Fundación de Cultura Universitaria Montevideo, 2014 páginas 32 y siguientes).

Tales conceptos dogmáticos resultan de aplicación a la resolución del caso de autos. Surge acreditado fehacientemente que el móvil del indagado cuando reconoció a las dos niñas -que carecían de reconocimiento previo por parte de su padre biológico- fue determinado por el amor y el afecto genuino hacia las pequeñas, a las cuales trata, cuida y protege amorosamente como su padre, de las declaraciones relacionadas del expediente acordonado se desprende diáfana que el padre biológico se despreocupó de sus deberes inherentes a la patria potestad, -véase que cuando nació una de las

niñas no concurrió al centro médico a conocerla-. El someter al indagado a un proceso penal- a quien beneficiaría-, que conflicto grave social se solucionaría o por el contrario se generaría un daño aún mayor desintegrando una familia estable?.

La norma penal cumple una función comunicativa y su finalidad es la reducción del Poder estatal y la contención de la violencia legal. (Fernández González La Teoría de la Normas en el Derecho Penal. FCU Montevideo, 2010 página 187.)

El derecho penal necesita estar dotado de legitimidad,, esto es, tiene que estar anclado en el mundo de la vida y mantener un vínculo estrecho con el lenguaje ordinario – del que depende el mundo de la vida -, dicha legitimidad se basa en definitiva en un mecanismo comunicativo – como participantes en discursos racionales los miembros de la comunidad jurídica han de poder examinar si la norma de que se trata encuentra o podría encontrarse , el asentimiento de todos los afectados. (Atienza Manuel. Filosofía del Derecho y Transformación Social. Editorial Trotta Madrid 2017 página 340)

En autos se dan los requisitos exigidos por el artículo 39 del Código Penal que habilita al Juez otorgar el perdón judicial, el actuar de otra manera se estaría aplicando un derecho penal de máxima intervención, desintegrando una familia que en los hechos surge probado, que conviven en forma armoniosa, -que en la misma pueden existan carencias económicas- como en cualquier familia de trabajo, pero de allí a concluir, como pretenden las denunciantes que el móvil del indagado para el reconocimiento de las niñas como sus hijas fue otro, dista un abismo y sería en todo caso criminalizar la pobreza. Que no debería ser la finalidad del Derecho Penal.

La aplicación de las normas penales por parte de los operadores no puede estar divorciada de la realidad, la comunicación de las resoluciones judiciales deben estar en consonancia con la realidad social, -esto no debe entenderse como no aplicación de las normas penales-. Que comunicación para la sociedad –en este caso – sería criminalizar una conducta nacida del amor fraterno del hombre hacia dos pequeñas niñas carentes de reconocimiento por su padre biológico.

El artículo 40 de La Constitución de La República establece “La familia es la base de nuestra sociedad el Estado velará por su estabilidad moral y material para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.” El indagado y la madre de las niñas mantienen un vínculo estable brindándoles los cuidados, educación, cubriendo los aspectos materiales dentro de sus posibilidades, como dos personas de trabajo. Conforman una familia para su entorno y frente a la sociedad. Si bien es cierto que el concepto tradicional de familia ha cambiado, el mismo ha evolucionado, los prejuicios que algunas personas pueden llegar a tener frente al cambio, no puede influir en el

caso como el de autos. No se vislumbró el pretendido fin oscuro que alegan las denunciantes para el reconocimiento. Tales afirmaciones carecen de sustento probatorio, cabe preguntarse –en qué forma se perjudicaron las niñas con el reconocimiento del denunciante- el padre biológico no se preocupó ni ocupó de ellas, no las reconoció legítimamente como era su obligación jurídica, demostrando un total desinterés de la suerte de sus hijas. Muy por el contrario hoy se trata de niñas que crecen en una familia contenida y amorosa, estando cubiertas todas sus necesidades básicas, materiales, espirituales, que en definitiva redundan en una niñez plena y eventualmente en una vida adulta con vínculos firmes y duraderos. Siendo un derecho de las mismas reconocidas por la Constitución de la República, el Código de la Niñez y Adolescencia y las Convenciones Internacionales ratificadas por el Uruguay. El Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 9 establece como derechos esenciales de todo niño: el derecho intrínseco a la vida, dignidad, libertad, identidad, integridad, imagen, salud, educación, recreación, descanso, cultura, entre otros y por su parte el artículo 12 establece que los niños tiene el derecho al disfrute de sus padres y familia y la vida familiar es el ámbito adecuado para el mejor logro de la protección integral. Tales derechos resultan disfrutados por las niñas en su vida familiar actual, impedirles el disfrute de los mismos sería una arbitrariedad, una injusticia la aplicación de un derecho penal de máxima expresión, retrotrayéndonos épocas pasadas que no se debe permitir. En casos como el de autos la balanza de la justicia debe inclinarse necesariamente a favor del indagado, obrar de otro modo, sería violentar los principios mas caros del derecho penal.

Por lo desarrollado por las normas de derecho que se han citado lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución, artículos 1, 18, 60,39,259 del Código Penal.

FALLO:

CONCEDIÉNDOLE AL INDAGADO J [REDACTED] A [REDACTED] S [REDACTED], L [REDACTED] LA CAUSA DE IMPUNIDAD CONSISTENTE EN EL PERDÓN JUDICIAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 39 DEL CÓDIGO PENAL Y EN CONSECUENCIA EXONERÁNDOLO DE PENA.

COMUNÍQUESE LA PRESENTE RESOLUCIÓN AL JUZGADO LETRADO DE PRIMERA INSTANCIA DE FAMILIA DE 12 TURNO.

NOTIFÍQUESE. CUMPLIDO ARCHÍVESE.

Dra. Blanca Isabel RIEIRO FERNANDEZ
Juez Ldo.Capital