

La Ley 13.944 en los procesos penales de una ciudad: una víctima inadvertida y un criterio general infructuoso

Vilen Ter Gazarian

Resumen

Desde fines del año 2015, los fiscales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen vetada la posibilidad de llevar a instancia de mediación causas penales y contravencionales que tienen origen en un contexto de violencia de género. En principio parece una medida correcta, considerando que la víctima se encuentra en un círculo de violencia que la coloca en una situación disparaja a la hora de sentarse a negociar con el denunciado y dicha situación no puede ni debe ser ignorada. Pero como siempre, es necesario analizar el caso en particular. Este ensayo se enfoca en el análisis del delito previsto en la Ley Nacional 13.944, el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, poniendo foco especialmente en los casos de menores víctimas. Abordaré, en primer punto, las cuestiones relacionadas al delito en particular; seguidamente refrescaré algunos puntos sobre los menores de edad y el derecho; para finalmente abordar el núcleo del asunto: la mediación en la Ciudad y un criterio general de actuación desacertado.

Palabras clave: mediación; criterio general; violencia de género; menores víctimas; deberes de asistencia familiar

Abstract

Since the end of 2015 the Prosecutors of the City of Buenos Aires have had vetoed the possibility of taking the criminal and contraventional cases that were originated in a context of gender violence to mediation. At starts it seems like a correct measure considering that the victim is in a violent circle that places him/her in an uneven situation when sitting down to negotiate with the accused and that situation should not (shouldn't) or cannot (o can't) be ignored. But as always, it is necessary to analyze a particular case. This essay focuses on the analysis of the crime defined by the national law n 13,944, the breach of family assistance obligations, focusing especially on cases of minor victims. Firstly, I will address the issues related to the specific crime; then I will refresh some points about minors and the law; to finally address the center of the issue: mediation in the City and a misguided general criterion.

Keywords: mediation; general criterion; gender violence; minor victims; family assistance obligations

I. Cuestiones penales

I. a. Sobre el delito

Para empezar, aclaro que no es intención de este trabajo centrarme en el delito en sí, pero sí resulta oportuno analizar brevemente la norma penal en cuestión para poder luego abordar la discusión sobre el objeto de protección de esta. La Ley Nacional 13.944¹ en su primer artículo castiga con una pena de hasta 2 años o multa a "... a los padres que, aun sin mediar sentencia civil, se substraieren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido" (el subrayado me pertenece). Los artículos restantes, tal como ampliaré a continuación, buscan ampliar el ámbito de protección de la ley, incorporando más sujetos pasivos y activos y castigar, a su vez, la actividad del deudor que busca evadir tal responsabilidad.

El legislador de la época claramente consideró insuficiente que el único protegido sea el hijo menor de 18 años o mayor impedido, e incorporó como sujetos de protección de la norma también a los cónyuges y padres impedidos. Pero, así como amplió la protección a otros miembros de la familia que bien podrían considerarse vulnerables, volvió a incluir a los menores como sujeto de protección; esta vez no serán los hijos, sino que será el menor adoptado y el menor bajo guarda, tutela o curatela.

Al ser delito propio de omisión se requiere la verificación de tres elementos: a) la situación generadora del deber; b) la no realización de la acción mandada; y c) poder de hecho de ejecutar la acción demandada.² En este sentido, es conveniente analizar cada uno de estos elementos, sin necesidad ni intención en abordar situaciones más específicas ya que no es la finalidad de este trabajo.³

La situación generadora del deber puede darse independientemente de una sentencia civil.⁴ Es aquella que crea, para el caso específico, la orden legal de actuar. En el presente caso puede ser la culminación de un periodo de tiempo, como el mes, la quincena o la semana, que crea la obligación de pagar la cuota de la medicina prepaga, el colegio, comprar ropa, etcétera. Es importante señalar que la cuestión queda sujeta a la determinación del juez penal frente a cada caso concreto. Nótese que en numerosos casos no hay sentencia civil, ni acuerdo de partes, ni ningún hecho en particular que quepa destacar del resto para colocarlo en necesidad de subsistir.⁵

Respecto a la no realización de la acción demandada (omisión), la comprobación de este extremo se logra mediante la comparación de la acción que realizó el obligado y la que requiere el cumplimiento del deber de actuar.⁶ En este punto difiere de la opinión de parte de la doctrina y jurisprudencia por cuanto considero que la acción a realizar debe ser de carácter netamente económico, considerando que aportes en especies, como alimentación, vestimenta, esparcimiento, etc., no puede ser tenidos como causal de cumplimiento de la carga asistencial.⁷ Si tenemos en cuenta que en muchas situaciones ni hay siquiera un acuerdo de partes, interpretar que sustraerse de aportar "medios

¹ Sancionada el 15/09/1950 y promulgada el 9/10/1950.

² BACIGALUPO, Enrique (2016). *Derecho Penal Parte General*. 2da ed. Buenos Aires: Hammurabi, pág. 538.

³ En honor a la brevedad no corresponde abordar temas como si es delito de peligro abstracto o concreto, la posición de garante, etc.

⁴ Por ejemplo, un juicio por alimentos en el fuero civil.

⁵ D'ALESSIO, Andrés J. (2010). *Código Penal Comentado y Anotado*. T. III, segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: La Ley, pág. 146.

⁶ BACIGALUPO, op. cit. pág. 539.

⁷ D'ALESSIO, op. cit. pág. 163.

indispensables para la subsistencia” tiene solamente un carácter económico es realizar una interpretación in mala parte de la norma pena y, además, innecesariamente amplia. En ese sentido, en ningún apartado la norma penal en cuestión exige el pago de sumas en dinero y resulta cuanto menos forzado considerar que la alimentación, el hogar, la ropa o el esparcimiento, entre otros, no son medios indispensables de subsistencia. Es necesario adoptar una interpretación menos forzada, ni siquiera resulta necesario invocar el principio *in dubio pro reo*, solo leer la norma con un diccionario al lado si algún término resulta confuso. En ese sentido, actualmente existe jurisprudencia en el fuero Penal, Contravencional y de Faltas que da razón a la tesis amplia.⁸

Con poder de hecho de ejecutar la acción demandada refiere a que, en primer orden, el sujeto debe primero conocer su carácter de obligado y, en segundo orden, poder tener la posibilidad material de brindar tales medios de subsistencia. Este aspecto también se encuentra en el texto de la ley, el cual habla de quienes se “substraieren”. Basta con una breve observación al verbo “substraer” para dilucidar tal dimensión. La RAE define “substraer” como “apartar, separar, extraer” o “Separarse de lo que es de obligación, de lo que se tenía proyectado o alguna otra cosa”. Siguiendo estas definiciones, quien se substraer es porque se aparta o separa de lo que realmente puede realizar, nadie puede substraerse de la obligación que no puede cumplir.

Con respecto al dolo, me remito al párrafo anterior para explicar que es un delito de tipo doloso.

I. b. El bien jurídico protegido

Adentrando más en el objetivo del presente trabajo, es necesario comenzar a hacer hincapié en el bien jurídico protegido por la norma, a los fines de no caer en la trampa de repetir sin sentido lo que dice el texto o, en el caso de la práctica judicial diaria, utilizar el texto de la norma para perseguir penalmente, pero sin tener en cuenta el trasfondo del texto que utilizamos como herramienta.

En ese sentido, se debe tener en consideración el año de sanción de la ley y, consecuentemente, la sociedad de entonces reflejada hasta en la misma ley tratada.¹⁰ Señala tanto la doctrina como la jurisprudencia que el bien jurídico protegido es la familia, en particular, son los más “vulnerables” de dicho núcleo familiar, apuntando en especial a la protección tanto de los hijos como de los cónyuges (generalmente la mujer), quienes podían quedar librados a la buena voluntad del *pater familias* (u hombre de la casa), quien llevaba el sustento.¹¹ En ese marco, es razonable afirmar que el bien jurídico a proteger es la familia. En ese mismo sentido apunta Elizabeth A. Marum, con cita a otro texto, al explicar que en la exposición de motivos de la Ley 13.944 se indicó que el propósito que el proyecto tuvo en mira la protección del desamparado, en cuanto a miembro de la comunidad económica familiar, frente a quien se tiene se tiene deberes fundados en elementales sentimientos de solidaridad, de atender a los medios para su subsistencia.¹²

⁸ Sala II de la Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “S.P.M s/ 52 CC y otros”, caso 83792/17, 4/06/19; misma Sala, “R. M., G. s/infr. art. 149 bis CP”, caso n.º 5906/16, entre otros.

⁹ Aquello que está o parece estar más allá del fondo visible de una cosa o detrás de la apariencia o intención de una acción humana (RAE).

¹⁰ En el artículo 2, inciso b), se hace referencia a la separación con culpa; ya en el año 2015 en el Código Civil y Comercial de la Nación se ha eliminado toda idea de culpa en la separación.

¹¹ Considerando, además, que en la época no existía el divorcio vincular y sí existía una discriminación estructural mucho mayor respecto de la mujer tanto en el ámbito laboral como social, por lo cual ante una separación de hecho con quien es el marido la situación llegaba a ser realmente dramática, más considerando que, además de encargarse de sí mismo, debía atender las necesidades del hijo.

¹² D’ALESSIO, op. cit. pág. 135

Ahora bien, referir que el bien jurídico protegido es la comunidad familia puede resultar adecuado, pero no suficiente, considerando la vaguedad del concepto y el hecho de que hablamos de una institución con características dinámicas. En otras palabras, el concepto de familia en la sociedad argentina en el año 1950 difiere del actual. Además, se debe tener en cuenta que ni siquiera en una misma época existe una definición unánime de familia, pues esa visión varía debido a diferentes indicadores socioculturales.

Cabe preguntarnos entonces ¿cómo enfrentar esa vaguedad? Por más obvio que resulte, es importante señalar que se debe poner foco en el sujeto que la norma busca proteger, el sujeto vulnerable del cual hable en párrafos anteriores. Y es oportuno traer esta aclaración porque durante muchos años la principal jurisprudencia en la materia, como también gran parte de la doctrina, señala al núcleo familiar como bien jurídico protegido.¹³ Es más, el proyecto de reforma del Código Penal presentado por el poder ejecutivo en el año 2019 bajo el programa “Justicia 2020”, incluye el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia bajo el título de “Delitos contra el estado civil y las relaciones de familia”.¹⁴ Considerando esto, al fin y al cabo, no resulta tan obvio el bien jurídico considerado a proteger.

Para aclarar el párrafo anterior, es bueno recordar que actualmente el derecho penal tiene por fin la protección de bienes jurídicos. Teniendo en cuenta ello, el legislador amenaza con pena determinadas acciones que vulneran (o ponen en peligro) algunos intereses en una sociedad determinada.¹⁵ La sociedad determinada es justamente el conjunto de personas (en este caso) que conviven bajo normas comunes. Dicha sociedad buscó a través de una norma proteger a la familia, pero medio siglo después, con significativos cambios en el ordenamiento interno (entre ellos nada más ni nada menos que la reforma constitucional del año 1994), resulta forzoso asegurar que dicha sociedad tiene los mismos intereses, si hasta la normativa, que siempre llega tarde, tiene en miras otros intereses. Entonces, es adecuado replantear el bien jurídico protegido por la norma en cuestión y darle un nombre o, mínimamente, la posibilidad de individualizar al sujeto, a diferencia de un objeto tan abstracto como la familia. Este trabajo se va a centrar en un sujeto en particular, el niño, a quien la norma busca darle protección a través del castigo al padre que se sustrae a prestar los medios indispensables para la subsistencia de su hijo.

Un sector doctrinario señaló que es imposible que la familia sea un bien jurídico tutelado, ya que no es un sujeto de derecho en el ordenamiento jurídico argentino,¹⁶ lo cual solo refuerza la tesis de que el bien jurídico tutelado por la norma es el sujeto vulnerable en las relaciones de familia; esto no es lo mismo que una familia como bien jurídico tutelado.

Bajo este razonamiento, y para dar entrada al siguiente tema, considero oportuno aclarar que es un mandato constitucional la protección del interés superior del niño y la interpretación normativa acorde a ese interés.

¹³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en pleno; “Guersi, Néstor M”, 31/07/1981; NUÑEZ, Ricardo (1992). *Tratado de Derecho Penal*. T. V, vol. 1. Córdoba: Lerner, pág. 22; DONNA, Edgardo A. (2003). *Derecho Penal. Parte Especial*. T. II-A. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, pág. 413; entre otros.

¹⁴ Proyecto presentado el día 25/03/2019. Numero: INLEG-2019-18119277-APN-PTE.

¹⁵ BACIGALUPO, op. cit. pág. 43.

¹⁶ BAIGÚN, David (1974). “Incumplimiento de los deberes de asistencia a través de la teoría del delito”. En *Revista Nuevo Pensamiento Penal*, año 3. Buenos Aires: Depalma, pág. 281.

II. Interés superior del niño

II. a. Marco normativo

Desde el momento en que el progenitor se sustrae de prestar los medios indispensables para la subsistencia del menor es que se ven comprometidos los intereses del joven que, tal como vimos previamente, es el sujeto protegido por la norma. Es por eso por lo que hace falta plantear que intervención tendrá el Estado ante esta situación, siempre en consideración con la actual normativa y no en relación a la normativa al contexto de sanción de la norma penal en cuestión.

Argentina suscribió en el año 1990 a la Convención sobre Derechos del Niño. Desde el año 1994, como consecuencia del Pacto de Olivos y la posterior reforma constitucional,¹⁷ Argentina otorgó a dicha Convención jerarquía superior a las leyes.¹⁸ En dicha convención, los Estados dan vital importancia al interés superior del niño al exigir que, por ejemplo, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que atenderá será el interés superior del niño.¹⁹

En ese contexto, con relación a ello, en el año 1996, la recientemente autónoma Ciudad de Buenos Aires sancionó su propia Constitución, en la cual prevé en el artículo 39 que “La ciudad reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral...”.

Pero eso no fue todo con respecto a la Constitución porteña. Los constituyentes de la Ciudad también previeron un Ministerio Público tripartito, una de cuyas cabezas es la Asesoría Tutelar General (las otras dos cabezas son Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa). Todos los integrantes del Ministerio Público tienen funciones en común, como por ejemplo defender la aplicación de la ley y los intereses legislados en la Carta Magna ciudadana, garantizando el servicio de justicia ante las autoridades jurisdiccionales.

Continuando con el marco normativo, es necesario mencionar dos leyes involucradas en esta cuestión: la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes²⁰ y la de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires.²¹ Ambas normas, en pocas palabras, hacen alusión al interés superior del niño en los artículos 2 y 3, respectivamente, y la norma porteña en particular, en el artículo 3, da un claro mandato de que la aplicación e interpretación de toda normativa por parte de las autoridades públicas y judiciales (entre otras) debe tener en consideración primordialmente dicho interés.

En el presente trabajo hablo de un menor víctima de un delito. Con relación a ello y siendo más específicos con el tema a tratar, cabe resaltar que el Régimen de Justicia Penal Juvenil de la Ciudad de Buenos Aires destina el título V a los menores de edad víctimas o testigos de delitos. Acá es donde nuevamente podemos observar el interés superior del niño, por cuanto en el artículo 41 señala que “en los procesos donde las personas menores de dieciocho (18) años de edad sean víctimas o testigos, los/as funcionarios/as judiciales y administrativos/as que intervengan deben tener en cuenta los principios del interés superior del niño/a.”²² En ese mismo marco normativo se establece

¹⁷ Ley Nacional 24.309, sancionada y promulgada el 29/12/1993, declara la necesidad de reforma de la Constitución Nacional. El 22/08/1994 la Convención Constituyente aprobó definitivamente la reforma constitucional en la ciudad de Santa Fe.

¹⁸ Constitución Nacional, Art. 75, inc. 22

¹⁹ Convención Internacional de los Derechos del Niño, artículo 3.

²⁰ Ley Nacional 26.061 (sanción: 28/09/2005; promulgación: 21/10/2005).

²¹ Ley N 114 (sanción: 03/12/1998; promulgación: 04/01/1999).

²² Ley N 2451 (sanción: 03/10/2007; promulgación: 8/11/2007).

al asesor tutelar como uno de los actores del proceso, el cual debe garantizar el debido proceso especializado respecto de los menores.²³ Teniendo en consideración lo expuesto en el presente párrafo, resulta clara la voluntad del legislador porteño de otorgar participación al menor víctima dentro del proceso, situación que seguiré analizando más adelante respecto al asesor tutelar.

II. b. Ahora bien... ¿qué se entiende por interés superior del niño?

En este sentido, es conveniente primero traer una aclaración. Tal como cuenta Mauricio Luis Mizrahi, quien a su vez cita a Dutto, la expresión en inglés del “interés superior del niño” es “*the best interest of the child*”; por lo cual se ha deducido que, en verdad, la traducción correcta al español sería “mejor interés” y no “interés superior”.²⁴ A los fines del presente trabajo, identificaremos ambos términos de la misma forma.

En relación con ello, el Comité de los Derechos del Niño (ONU), en la Observación General N 14 (2013), señala que el interés superior del niño es un concepto triple:

Un derecho sustantivo: que ante un conflicto o decisión a tomar se considere primordialmente el interés superior del niño, fundamentalmente cuando se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico. Se puede aplicar e invocar ante los tribunales en los países signatarios de la CIDN.

Un principio jurídico interpretativo fundamental: ante dos posibles interpretaciones, se deberá adoptar la que satisfaga de forma más efectiva el interés superior del niño.

Una norma de procedimiento: la adopción de decisiones que involucren a niños deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de la decisión en el niño interesado. Aclara el Comité que el Estado debe justificar su decisión, expresar cómo ha ponderado los derechos del niño frente a otros, en qué basó su decisión, etcétera.

Es la misma Observación General, la cual considera que el concepto de interés superior del niño debe interpretarse de forma casuística (más precisamente, aclara que su contenido debe ser analizado caso por caso),²⁵ resulta prácticamente imposible establecer una definición general que abarque un concepto de interés superior del niño en todos los ámbitos y todos los procesos. Sin ir más lejos, no es el mismo interés el que puede tener un niño en un proceso de adopción, en un proceso penal como acusado o, como en este caso, siendo la víctima en un proceso penal. Es por eso que debe prestarse atención a la búsqueda de posibles soluciones que atiendan al interés superior del niño.²⁶

La CSJN también se expidió respecto al interés superior del niño y, de forma genérica, expresó que el contenido indudable de este interés pasa por tener en cuenta lo que más resulta beneficioso para él.²⁷

Tal como el lector pudo apreciar en el presente apartado, el concepto de interés superior del niño es casuístico, en otras palabras, debe ser tenido en cuenta en cada paso particular, es por eso que no existe una definición única o excluyente. Esta falta de criterios objetivos resulta en parte beneficiosa por agregar laxitud, pero perjudicial desde otro punto de vista ya que en la práctica el abuso de esa falta de criterio objetivo lleva a políticas criminales y resoluciones judiciales contrarias al interés del menor. Se puede entender que, como base, en un proceso penal en el

²³ Artículo 40 de la Ley N 2451.

²⁴ MIZRAHI, Mauricio Luis (2015). Responsabilidad parental. 1ra Ed. Buenos Aires: Astrea, pág. 6.

²⁵ Párrafo 32.

²⁶ Párrafo 33.

²⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “S., C. S/Adopción”, 02/08/2005, Fallos, 328:2870.

cual el menor es víctima, lo más conveniente para dicha víctima es tener el menor contacto con el sistema penal (por más que no fuera el imputado) y que el proceso se resuelva de la forma más rápida y restaurativa, lejos debe estar la necesidad de venganza de los adultos, o los intereses punitivistas de la sociedad en general y los operadores mediáticos en particular.

II. c. El asesor tutelar

En párrafos anteriores mencioné brevemente la figura del Ministerio Público Tutelar en la Ciudad de Buenos Aires. Resulta conveniente retomar la cuestión y tratar brevemente el rol del operador judicial de los más vulnerables. Es necesario primero mencionar que el asesor tutelar es el garante de que el interés superior del niño involucrado sea respetado a lo largo de todo el proceso.

Escribe la Dra. Noris Guadalupe Pignata que la única interpretación posible de las funciones a desempeñar por el Ministerio Público Tutelar en el actual contexto normativo conformado por las Convenciones de Derechos Humanos constitucionalizadas, las Constituciones Nacional y local, las normas nacionales y locales, es aquella destinada a la tutela de derechos de los cuales son titulares los individuos que integran dos colectivos especialmente vulnerables: los niños y las personas con padecimientos de salud mental.²⁸

En el supuesto caso de las víctimas o testigos menores de edad, el asesor tutelar debe garantizar que no sean meros objetos de prueba, sino que se garanticen determinados recaudos procesales con el fin de hacer efectivos sus derechos.²⁹

Con relación al núcleo de la cuestión, los menores (víctimas) y la mediación, la Dra. Pignata señala que a priori debemos acordar en que no parecieran existir razones que impidan ver como positiva la resolución del conflicto fuera del proceso penal, o por lo menos en condiciones donde el proceso penal queda relegado.³⁰ Sin caer en la obviedad, adelanto una opinión similar: el interés superior del niño es, entre otras características, un criterio de interpretación casuístico y, por lo tanto, no existe razón para restringir de forma general y abstracta toda posibilidad de conciliación, reparación o mediación cuando la víctima es un menor de edad.

Es por eso que el asesor tutelar tiene el deber de garantizar que el menor sea escuchado y que se tenga en cuenta su interés. Para ello debe informar, para que el sujeto vulnerable construya una opinión libre e informada respecto de todas aquellas cuestiones que atañen al proceso penal y la posibilidad de una salida reparadora. Además, debe generar las condiciones para que las víctimas puedan ser reparadas en procesos restaurativos que puedan llevarse a cabo tanto fuera como en el marco del propio proceso penal.³¹ Los pasos, cerrando el tema, deben ser ponderados y tenidos en cuenta por el asesor tutelar dentro del proceso penal para la efectiva aplicación del interés superior en el contexto de la protección integral de derechos.

²⁸ PIGNATA, Noris G. (2016). "El interés superior del niño en el proceso penal. La visión desde el rol del asesor tutelar". En QUINTEIRO, Alejandra (coordinación general). *Justicia penal juvenil en la CABA*. 1ra Ed. Buenos Aires: Jusbairens, pág. 48.

²⁹ PIGNATA, op. cit. pág. 54.

³⁰ PIGNATA, op. cit. pág. 54.

³¹ PIGNATA, op. cit. pág. 55.

III. La mediación

III. a. La mediación en la Ciudad

En los actuales sistemas procesales, el rol de la víctima toma mayor importancia. Esto va de la mano con la posibilidad de que las partes resuelvan su conflicto entre ellas en determinados casos. En estos casos el Estado se desprende del conflicto, lo que permite una salida al proceso penal por vías conciliatorias entre los verdaderos protagonistas del suceso.

Menciona Julio Maier que "la actual crisis del sistema penal pone, de nuevo, dos sistemas de solución de conflictos sociales: aquel que los transforma en conflictos del autor contra el Estado (inquisición) sinónimo de derecho penal y pena estatal, y aquel por el cual tales conflictos suceden entre personas individuales o como conjunto, y deben ser resueltos por ellos (composición). La tensión posible entre ambos en la actualidad ha arrojado como resultado la preocupación por la víctima".³² En este contexto de crisis y reposicionamiento de la víctima es que surge la justicia restaurativa, poniendo el foco en las personas, en especial la víctima, y no en el castigo.

Es de vital importancia para el presente trabajo señalar la vía conciliatoria que disponemos y su aplicación.

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el Código Procesal Penal prevé expresamente la mediación de la siguiente forma: "Art. 204. Vías alternativas. En cualquier momento de la investigación preparatoria y hasta que se formule el requerimiento de juicio el/la Fiscal podrá: (...) 2) Proponer al/la imputado/a y/o al/la ofendido/a otras alternativas para la solución de conflictos en las acciones dependientes de instancia privada o en los casos de acción pública en que pueda arribarse a una mejor solución para las partes invitándolos a recurrir a una instancia oficial de mediación o composición. El/la Fiscal remitirá el caso a la oficina de mediación correspondiente." (lo subrayado es mío).

El mismo artículo también advierte situaciones en las cuales no procede la mediación: "No procederá la mediación cuando se trate de causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I Delitos contra la vida) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual), en los casos de las Lesiones establecidas en el artículo 91 del Código Penal, cuando se efectúen dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho (artículo 8 de la Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar) y en los casos en donde el máximo de la pena del delito excediese los seis años en abstracto de reclusión o prisión. (...) No procederá la mediación si el imputado registrase antecedente penal condenatorio. No se admitirá una nueva mediación penal respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo en trámite anterior, o no haya transcurrido un mínimo de dos (2) años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflicto penal en otra investigación (...)."

Observamos que por más restrictiva que sea su redacción respecto a la original,³³ el artículo 204 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no excluye la posibilidad de mediar o conciliar en los procesos iniciados por un presunto incumplimiento de los deberes de asistencia.

En el mismo sentido, y muy acertadamente, es el mismo Código Procesal que pone en cabeza del MPF la solución del conflicto mediante medios alternativos. Más precisamente, prevé en el artículo 91 que "... el Fiscal deberá disponer la investigación para: (...) 4. Propiciar la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos

³² MAIER, Julio (compilador) (1992). *De los delitos y las penas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, pág. 10-11.

³³ Sobre las modificaciones legislativas al artículo 204 del CPPCABA, recomiendo la lectura de "La reciente modificación legislativa al artículo 204, inc. 2, del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", cuyos autores son Gabriel Fava y Silvina Andrea Alonso. El texto se encuentra publicado en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/47115-reciente-modificacion-legislativa-al-articulo-204-inc-2o-del-codigo-procesal-penal> (fecha de consulta 19/02/20250).

legalmente previstos". Resulta del mismo texto que ordena el proceso penal porteño que el Fiscal debe propiciar³⁴ los medios alternativos de resolución de conflicto; ello quiere decir que lo que se busca (o debería buscar) es la menor violencia estatal posible.

Que la normativa prevea la mediación como método alternativo de resolución del conflicto penal no es casual. Tampoco es casual el lenguaje utilizado en el artículo 204 del Código Procesal de la Ciudad cuando menciona que se puede arribar a una **mejor** solución para las partes invitándolas a recurrir a la instancia oficial de mediación. Por lo pronto recordaré que la mediación no solamente es un derecho del denunciado, sino que es, esencialmente, un derecho de la víctima; como también una práctica útil a los fines de que el aparato judicial pueda centrar sus esfuerzos a conflictos realmente graves.

III. b. Momentos de cambios

El movimiento feminista estos últimos años puso en tela de juicio muchos argumentos tradicionales del derecho penal, lo cual también se relaciona en el cambio de paradigma que da lugar a la víctima dentro del proceso. En el tema que nos compete, también planteó la discusión en torno a las salidas alternativas al proceso penal, ya que resulta necesario tener en cuenta las dificultades que puede afrontar una mujer envuelta en un círculo de violencia para sentarse a negociar con quien denunció.

Afortunadamente, en el marco normativo tanto nacional como internacional, el Estado argentino tomó cartas en el asunto dando a la violencia contra la mujer un status de política pública y otorgando notable protagonismo a la temática de género. Esto trajo aparejada la posibilidad de que muchos casos, ocultos durante años o décadas, salgan a la luz, y poner sobre la mesa un tema casi tabú para la sociedad argentina. Estas cuestiones dejaron de "quedar en casa" para convertirse en el comienzo de la búsqueda para un cambio cultural. Entre tantas políticas y soluciones que se buscaron desde los poderes del estado se encuentra la Resolución N 219/2015 de la Fiscalía General de la Ciudad de Buenos Aires. A continuación, analizaré dicha resolución y buscaré confutar la misma.

III. c. Resolución FG N°219/2015³⁵

Con fecha 21 de diciembre del año 2015, el Fiscal General Dr. Cevasco resolvió cambiar un criterio general de actuación de las fiscalías con respecto a los casos encuadrados en un contexto de violencia de género. Más precisamente, lo que nos importa, en su primer artículo resuelve que "conforme a lo establecido por el art. 28 de la Ley Nacional 26.485, a la que adhirió la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley 4203), los/las Fiscales en lo Penal, Contravencional y de Faltas no deben derivar casos penales y contravencionales de violencia de género a mediación y/o conciliación". No es mi intención en este trabajo discutir la constitucionalidad o practicidad de los criterios generales de actuación. Haré foco en la resolución y, en especial, a las consideraciones esbozadas para así resolver. En esta resolución se decide derogar el artículo 2 de la Resolución FG N 16/2010, resolución general que con un criterio acertado, en opinión de quien redacta, disponía un criterio general de actuación, el cual establecía como

³⁴ La RAE define "propiciar" como "Favorecer la ejecución de algo".

³⁵ Resolución FG N 219/2015, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 21/12/2015. La RAE define "propiciar" como "Favorecer la ejecución de algo".

requisito para los casos que sean encuadrados en un contexto de violencia de género, un informe previo de la Oficina de Asistencia a la Víctima y al Testigo, el cual debía establecer la viabilidad y conveniencia de una mediación entre el denunciado y la denunciante.³⁶ Entre las consideraciones de dicha resolución se expresa que “teniendo en consideración la especial situación de quienes sufren contextos de violencia doméstica, los Sres. Fiscales para poder evaluar la viabilidad de derivar a mediación dichos casos deberán contar previamente con un informe orientativo emitido por la Oficina de Asistencia a la Víctima y al Testigo, en el que se **determinará el grado de fortaleza o vulnerabilidad que la víctima presenta para afrontar este tipo de salida alternativa, a fin de evitar tener que someterla a una situación en la que no pueda sostener libremente sus demandas en el acuerdo**” (lo resaltado me pertenece).

Este abandonado criterio permitía no caer en una persecución penal innecesaria y contraproducente, ya que permitía que una profesional ajena a la relación conflictiva pudiese determinar la conveniencia de dicha salida al proceso. Dicha resolución permitía a la víctima tener mayor poder de decisión en el proceso y autonomía, pues qué profesionales analizaban el caso en concreto, el grado de fortaleza o vulnerabilidad de la denunciante en particular, etcétera, para luego expedirse respecto de la posibilidad de mediación, evitando que el Estado sea quien se apropiase de un conflicto de las partes en una situación que no lo ameritaba.³⁷

Explica Maqueda Abreu que “la idea de que la violencia contra las mujeres es un asunto público se ha llevado a sus últimas consecuencias hasta llegar a privarles del control de sus necesidades y la autonomía de sus decisiones vitales”.³⁸ La autora en ese mismo artículo utiliza la palabra “colonización normativa” para describir la apropiación total del conflicto por parte del Estado. También, señala Larrauri, que el sistema penal es un recurso más que por razones instrumentales utiliza la víctima para negociar con su agresor y mejorar su situación, que no siempre concurre al sistema penal en busca de castigo.³⁹

Por otro lado, María Luisa Piqué y Martina Allende pronuncian que “(...) desde distintos sectores del feminismo existe un consenso de que una agenda de política criminal dirigida a eliminar la violencia contra la mujer no implica necesariamente ‘mas derecho penal’ o una restricción de las garantías constitucionales en los casos que las tienen como víctimas, sino la incorporación de un enfoque de género (...)”.⁴⁰

Además, el criterio general de actuación del año 2010 encuadra mejor en el objetivo que expresa la RG 219/15 al esgrimir que “... resulta efectivamente un flagelo que requiere prioritaria atención por parte de los organismos judiciales, **sin caer en la mera concentración de recursos burocráticos** y pensando en herramientas innovadoras para enfrentar una conflictiva culturalmente arraigada en la sociedad” (lo resaltado me pertenece). Resulta realmente contradictorio el objeto de la resolución 219/15 con lo que impone. Es justamente aún más burocrático y mucho menos innovador restarle autonomía a la víctima, ignorar su voluntad y tomar el camino del punitivismo,

³⁶ Resolución FG N 16/2010, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 15/01/2010.

³⁷ En este sentido, Julieta Di Corleto expresó en “Medidas alternativas a la prisión y violencia de género” que la persecución penal de oficio, en ciertos casos, “... refuerza el estereotipo de la debilidad de las mujeres, y más importante aún, puede tener enormes consecuencias revictimizantes en las mujeres. (...) Al asumir que no tiene autonomía, se las estaría patologizando y negándoles crédito respecto de cuál es la mejor forma de protegerse o resolver sus problemas.”

³⁸ MAQUEDA ABREU, María Luisa (2007) “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”. En Revista *InDret* 4/2007, Barcelona, pág. 25.

³⁹ LARRAURI, Elena (2003). “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 12.

⁴⁰ PIQUÉ, María Luisa y ALLENDE, Martina (2017). “Hacia una alianza entre el garantismo y...”. En GARGARELLA, Roberto (dir.) y PASTOR, Daniel (dir.). *Constitucionalismo, garantismo y democracia*. 1ra ed. Buenos Aires: Ad Hoc.

sin tener en cuenta a las partes del conflicto y, en estos casos, a los profesionales de la Oficina de Asistencia a la Víctima y al Testigo.

El Fiscal General reconoce “las virtudes que en general tiene la mediación como método de solución de conflictos evitando la judicialización”, pero continúa “en el tema que nos ocupa se ha demostrado que difícilmente se den las situaciones de paridad de fuerzas y voluntariedad propias del tipo de procedimiento mencionado, razón por la cual coincido con la prohibición legal referida”. Sin añadir estadística alguna, o cualquier argumento que dé sustento a dicha afirmación y otorgue un mínimo nivel de razonabilidad a una decisión que lleva a ignorar informes de profesionales con respecto a la mediación y, justamente, la situación particular de la víctima y la denunciante. Pero... ¿qué tiene que ver con lo expuesto previamente con el menor víctima de un padre que lo abandona?

El siguiente párrafo es la base del presente trabajo, puesto que abarca en las consideraciones que comenté en párrafos anteriores a las “infracciones a la Ley 13.944, respecto de las cuales la víctima directa resulta ser el niño y, en la mayoría de los casos resulta indirectamente perjudicada la madre, aunque desde otra perspectiva, constituyendo un caso de violencia doméstica de tipo económica”. La justificación normativa a tal afirmación la sitúa en la Ley 26.485, la cual incluye y define la violencia económica y patrimonial como “la que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer a través de (...) c) la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna”.⁴¹ Añade: “En los casos en que las mujeres víctimas de violencia tengan hijos/as y estos/as vivan con ellas, las necesidades de los menores de edad se considerarán comprendidas dentro de los medios indispensables para que las mujeres tengan una vida digna”.⁴² Los párrafos consecutivos son un análisis del delito en cuestión en el cual, entre otras consideraciones que no van al caso, menciona que “aun cuando no en todos los casos es la madre quien se hizo cargo de la manutención de los menores, ciertamente cuando ella quedó a su cargo el abandono de los niños la coloca en una situación de angustia particular, pues al estrés emocional debe sumarse el esfuerzo no compartido para la manutención”.

Para abordar el análisis de las excusas del MPF para incluir en la prohibición de mediar a los sujetos intervinientes en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia, resulta menester abordar el argumento de base: el padre que abandona a los hijos ejerce violencia económica.

¿Qué es la violencia económica? La Ley 26.485 enumera en el artículo 3 los derechos protegidos, entre ellos menciona la integridad económica o patrimonial. Asimismo, el artículo 4 define la violencia contra la mujer como “toda conducta, acción u omisión que afecte, entre otras cosas, la integridad económica o patrimonial”.

Para la mencionada ley, la violencia económica o patrimonial es la que se dirige a:

Ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de la perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes;

La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales;

La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna;

La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea dentro de un mismo trabajo.

⁴¹ Ley Nacional 26.485 artículo 5, inciso 4.

⁴² Decreto reglamentario 1011/2010.

Respecto de la violencia económica, el Dr. Hornos en un fallo destaca que excede lo meramente patrimonial y va en convergencia con la violencia psicológica.⁴³

El incumplimiento de los deberes de asistencia familiar de un padre en perjuicio del hijo no encuadra en ninguna de las modalidades previamente analizadas en el punto a) como tampoco en el punto b) y menos aún en el d).

Ahora bien, con respecto al punto c) es necesaria una aclaración, ya que es el citado en la resolución de Fiscalía General. El hecho de asegurar que se genera un contexto de violencia de género únicamente en la situación en la cual una mujer debe destinar recursos económicos para atender una situación que no satisface específicamente sus necesidades, resulta una interpretación excesivamente abarcativa de una norma penal y claramente in malam partem, que solo busca ampliar la frontera punitiva impidiéndole a los involucrados conciliar. En ese sentido, el Ministerio Público Fiscal mismo reconoce que la víctima es el menor de edad y que la madre es víctima indirecta, como podría ser víctima indirecta si el menor es lesionado, o si su hijo sufre un robo, ya que deberá destinar recursos para atender a su hijo o reemplazar el bien robado. Entonces, yendo a lo absurdo, bajo el criterio expresado por el acusador público prácticamente todos los delitos contra un menor al cuidado de una madre encuadran en un contexto de violencia de género, pues siempre la madre deberá destinar algún recurso (económico) para reparar la lesión específica al bien jurídico.

El decreto reglamentario 1011/2010, al encuadrar las necesidades de los menores de edad dentro de los medios indispensables para que las mujeres tengan una vida digna, debe aplicarse e interpretarse a la luz del interés superior del niño, al igual que todo el ordenamiento jurídico, incluyendo los criterios generales de actuación.

Queda planteado que, más allá del reproche moral que le puede caber a un padre que se sustrae de facilitar los medios indispensables a su hijo durante cierto periodo de tiempo, es por lo menos muy dístico que tal accionar encuadre en un caso de violencia de género por ser violencia económica, no al menos con la claridad suficiente como para limitar la salida alternativa en absolutamente todos los casos. No se me escapa que en la cotidianeidad la situación de abandono del hijo viene acompañada con un contexto que efectivamente resulta encuadrable en una situación grave de la víctima en el marco de un contexto de violencia de género pero, repito, no resulta adecuado generalizar una cuestión tan delicada y operar de forma burocrática.

IV. Caso testigo

Las normas penales cuyo fin es proteger al menor deben interpretarse y aplicarse en ese mismo sentido y no al contrario. No es lo que ocurre en reiteradas ocasiones en el fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires. Para ejemplificar, no me parece nada mejor que traer a colación un caso real, resuelto recientemente por la Sala I de la Cámara de Apelaciones del mencionado fuero.

En lo que a nos concierne, durante este caso⁴⁴ ante la denuncia de incumplimiento de los deberes de asistencia, la Defensa, el menor (representado por el Asesor Tutelar) y la víctima tras ser consultada dieron el visto bueno para ir a una instancia de mediación. No así el Ministerio Público Fiscal, dando una muestra de cómo el Estado se apropia completamente del conflicto. En primera instancia, previo dictamen de la Asesoría Tutelar se resolvió "...

⁴³Voto del Dr. HORNOS, Cámara Federal de Casación Penal, "Reyes, Eduardo Ángel por el delito de acción pública", caso 2669/16, 30/12/2016.

⁴⁴Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, "Vocal, Víctor Hugo 1- LN 13.944 (incumplimiento de los deberes de asistencia familiar)", caso N 5313/16, 8/05/19.

corresponde solicitar la colaboración de la OFAVyT para que valore la posibilidad de que la Sra. X participe de una solución alternativa, efectuando el informe pertinente”.

Dicha decisión fue apelada por el MPF expresando que es una facultad de este organismo proponer la mediación y que, por el encuadre de violencia de género, está vedada la opción de implementación de ese instituto.

La Defensa expuso que la mediación es un derecho de las partes y no puede quedar solamente supeditada al Ministerio Público. Además, no se escucha a la víctima, que en más de una oportunidad manifestó que desea solicitar una mediación.

El asesor tutelar manifestó que no se advierte en la oposición del fiscal la necesaria seriedad de fundamentos para soslayar la expresa voluntad de la denunciante. Agregó que ni siquiera se fijó fecha de mediación en forma directa, sino que se solicitó la asistencia de una oficina especializada para que evalúe la posibilidad de dicha salida al proceso. Expresó que el juez debe efectuar un control de razonabilidad de la oposición del Fiscal. Por último, expresó que si bien por regla es el Fiscal quien articula la posibilidad de mediar, esta regla no debe aplicarse ciegamente, sin atender a la especie de delito y las particularidades del caso.

Antes de abordar la resolución de la Cámara, me gustaría parar la pelota en este punto. El Fiscal se opuso a que una oficina especializada evalúe la posibilidad de que las partes medien, ignorando principalmente la palabra de la denunciante y sin dar lugar a lo solicitado por el Asesor Tutelar. Esto es muestra cabal de que el endurecimiento de las normas no solo perjudica al imputado, en este caso también a la propia mujer y al menor, que tanto dice querer proteger el MPF a través de la resolución comentada. El efecto resulta totalmente contrario al buscado: desvían el foco de las causas que realmente deben impulsarse, sobrecargan el sistema penal y perjudican a todos los involucrados, salvo el siempre presente y poco razonado interés punitivo, claro.

La Sala I, con buen tino, resolvió a favor de que la OFAVyT intervenga a los fines de informar si es viable una instancia de mediación. Para así resolver, primero calificó la oposición fiscal como dogmática y manifiestamente desconectada de la realidad del proceso (adjetivo que de forma muy acertada se le puede aplicar al criterio general resuelto en la resolución FG 219/15). Explicó que “como toda regla general no puede aplicarse ciegamente sin atender a la especie de delito y las particularidades del caso pues no resulta solo un derecho del imputado, sino principalmente de la víctima el acceder a la justicia y obtener una rápida y eficiente solución”.

Seguidamente, hizo una breve alusión a la historia del tipo penal, el cual mereció “fuertes críticas, tanto desde una perspectiva estrictamente jurídica como la política criminal”. Entre lo expuesto, sin dejar pasar el hecho de que las circunstancias jurídicas y sociales eran diferentes, se trajo a colación el acuerdo plenario “Guersi”, en el cual el juez Martínez sostuvo que “el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, más que proteger, perjudican a sus víctimas. (...) nada se consigue a su favor mandando a prisión a los incumplidores o condenándolos al pago de multas que no se cumplen”⁴⁵ (aclaro que no copio la cita entera por cuestiones de brevedad).

En el fallo, los camaristas son determinantes al afirmar que “...en esta especie de delito, por sus características, la decisión de impedir la solución del conflicto por medio de una vía alternativa, en contra de la expresa voluntad de la madre de las víctimas y de los representantes del Ministerio Público de la Defensa y Tutelar, debe estar acompañada de un fundamento suficientemente serio o, como mínimo, conectado con las circunstancias del caso. Esto último no se verifica en la presente incidencia.”

⁴⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en pleno; “Guersi, Néstor M”, 1981-C-628, 31/07/1981.

V. Conclusiones

Dogmática y manifiestamente desconectada de la realidad, en base a todo lo expuesto son los adjetivos que más apropiados me parecen para definir el criterio general de actuación que tiene el Ministerio Público Fiscal para abordar los casos encuadrados en un contexto de violencia de género. Resulta necesario tomar este asunto con la seriedad que amerita y destinando los recursos necesarios a fin de que la víctima sea efectivamente escuchada y el problema abordado interdisciplinariamente a fin de dar la mejor respuesta, que no siempre es la persecución penal sorda respecto a las partes.

Una posibilidad puede ser reconsiderar un criterio como el adoptado previamente con la resolución FG 16/2010, con sus debidas correcciones en base a la experiencia de estos nueve años desde esa resolución y con la resolución 219/2015 en el medio. Tal como expuso el mismo Ministerio Público, no se debe caer en la mera concentración de recursos burocráticos que, en algunos casos, solo genera la revictimización y una mayor desconfianza en el órgano estatal que debería responder a la altura de la situación, no utilizando la vieja respuesta del punitivismo. Independientemente de los réditos políticos que, quizá, pueda dar la frase "estamos combatiendo a los violentos", lo cierto es que en gran parte de los casos el castigo no soluciona nada sino que empeora todo.

Otro tema para dilucidar es la razón por la cual el Asesor Tutelar no interviene inmediatamente cuando un menor es víctima de un incumplimiento de asistencia. Simplemente se ignora la voz del principal interesado de que el conflicto se solucione. Particularmente en el delito analizado la víctima principal es un menor de edad, lo cual complejiza aún más la situación y por cada caso que ingresa al sistema penal tenemos un motivo más para replantear la forma de actuar.

Si conocemos (y reconocemos) los beneficios de la mediación/conciliación es necesario no ignorar los medios para que se pueda solucionar de dicha forma el conflicto. En los casos de violencia de género, un trabajo interdisciplinario es importante para encarar de la forma más adecuada estos problemas, no así forzar cualquier caso para habilitar una persecución penal inquisitiva que jamás ayudó.

V. Bibliografía

- BACIGALUPO, Enrique (2016). *Derecho Penal Parte General*. 2da Ed. Buenos Aires: Hammurabi.
- D'ALESSIO, Andrés J. (2010). *Código Penal Comentado y Anotado*. T. III. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: La Ley.
- NUÑEZ, Ricardo (1992). *Tratado de Derecho Penal*. T. V, volumen 1, Córdoba: Lerner.
- DONNA, Edgardo A. (2003). *Derecho Penal. Parte Especial*. T. II-A. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- GARGARELLA, Roberto (dir.) y PASTOR, Daniel (dir.) (2017). *Constitucionalismo, garantismo y democracia*. 1ra ed. Buenos Aires: Ad Hoc.
- MIZRAHI, Mauricio Luis (2015). *Responsabilidad parental*. 1ra ed. Buenos Aires: Astrea.
- QUINTEIRO, Alejandra (coordinación general) (2016). *Justicia penal juvenil en la CABA*. 1ra ed. Buenos Aires: Jusbaire.

-MAIER, Julio (compilador) (1992). *De los delitos y las penas*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

-MAQUEDA ABREU, María Luisa (2007). "¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico". En Revista *InDret* 4/2007. Barcelona.