

LA EFICACIA PENAL DE LA FIGURA DE INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR (LEY 13.944)

I. Introducción II. Contenido del ilícito III. El “doble daño” al menor IV. La solución propuesta en el marco del análisis económico del derecho V. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 1° de la ley 13.944 tipifica una figura penal que, desde mi punto de vista, es absolutamente controvertida. Su texto estipula lo siguiente:

Se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de quinientos a dos mil pesos a los padres que, aun sin mediar sentencia civil, se substrajeren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido.

Como vemos, el delito en cuestión es de aquellos calificados como de omisión propia, ya que basta con que el progenitor deje de aportar los medios necesarios para la subsistencia de su hijo menor de edad para que se configure, es decir, no se requiere resultado dañoso alguno.

Y esta figura penal se deriva directamente de la obligación de prestar alimentos al hijo menor establecida en el artículo 658 del Código Civil y Comercial:

Ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos.

La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los veintiún años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo.

En este punto surgen varias preguntas, que son las que dieron origen a este ensayo: (1) si el tipo penal tiene un contenido eminentemente patrimonial, ¿no sería lógico que su estructura requiriese la producción de algún tipo de resultado de daño?; (2) al tratarse de una obligación de carácter civil, ¿es el derecho penal el ámbito adecuado para la resolución del conflicto?; (3) ¿cómo podría una pena de prisión de uno de sus progenitores respetar el principio de interés

superior del niño¹?; y, por último, (4) ¿no sería conveniente priorizar soluciones conciliatorias en el marco de un análisis económico del derecho?

II. CONTENIDO DEL ILÍCITO

Obviamente la finalidad del tipo penal creado por la ley 13.944 es la de asegurarle al niño la provisión de todos los elementos necesarios para su desarrollo (alimento, vestimenta, educación, recreación, etc.), y para ello estimula su cumplimiento estableciendo la amenaza de una pena.

Esta obligación pesa sobre ambos progenitores, pero la figura (llamativamente) puede serle imputada a sólo uno de ellos si omite prestar su contribución en un momento dado. Es decir, el derecho penal en este punto no se pregunta si el otro progenitor está brindándole o no al niño los medios elementales para su subsistencia, sino que pone el foco solamente en el progenitor incumplidor. Como se ve, al derecho penal poco le importa, paradójicamente, si el menor está siendo atendido, sino que se conforma con detectar la omisión y pone todos sus esfuerzos en lograr su castigo.

Sin embargo, ¿no estamos frente a una cuestión patrimonial? Es decir, ¿no se limita todo a si los progenitores **-en conjunto-** son hábiles o no de proveer económicamente de sustento a su hijo?

Claramente el conflicto que trata de resolver esta figura delictiva es la que ocurre cuando los progenitores no cohabitan y, por lo tanto, el menor se encuentra mayormente a cargo de uno de ellos, generando que éste tenga que hacer frente con recursos económicos propios a su manutención. Obviamente, en este punto, el delito se configura cuando el progenitor no conviviente deja de aportar dinero al conviviente. Y así se reitera la pregunta inicial: ¿no es meramente una cuestión patrimonial?

Este autor entiende que la respuesta a esa pregunta es afirmativa, ya que en definitiva lo que importa es si el niño tiene a su disposición -o no- los medios para una subsistencia adecuada. Desde su punto de vista, y desde aquel pregonado por la Convención de los Derechos del Niño -entendida *in fine*-, no interesa cuál sea el progenitor que haga el aporte económico, ya que inclusive podría pensarse en el absurdo de que ambos viviesen con el niño bajo el mismo

1 Artículo 3, Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, aprobada e incorporada al ordenamiento interno por ley 23.849.

techo y uno sólo tuviese una fuente de ingreso de dinero, haciendo surgir la pregunta de si el otro -tal vez desempleado- pudiera ser tratado como sujeto activo del tipo penal aquí analizado.

Entonces, si el delito tiene como base fundamentos económicos, cuál sería la razón para que la redacción de la norma lo incluya dentro de aquellos denominados de “omisión propia” y no exija, al menos en un cierto nivel, un resultado dañoso para el menor.

Entiendo que la técnica legislativa utilizada es inadecuada, no sólo porque termina penando una acción (omisión) que no genera un perjuicio real, sino porque, además, se inmiscuye directamente dentro del ámbito del derecho civil sin ninguna necesidad. ¿Si no hay daño para el menor, por qué motivo se sancionaría penalmente al progenitor? ¿No quedaría todo limitado a una deuda patrimonial que éste tendría con el progenitor que en definitiva proveería de sustento al menor? Me genera amplias dudas cuan aplicable es la excepción a la prohibición de prisión por deudas prevista en el artículo 7.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos², ya que no hace referencia alguna al ámbito de protección de la norma y lógicamente deja ello librado a lo que luego sea legislado localmente.

Estas mismas dudas son las que me obligan a pensar que tal vez el derecho penal no sea el lugar adecuado para dar tratamiento a la problemática. Piensese que en rigor de verdad, las deudas por alimentos surgen de reclamos que se realizan en sede civil, y todas ellas tienen como origen resoluciones jurisdiccionales de ese carácter. De esta forma, no percibo cuál sería la diferencia entre una deuda de este tipo y cualquier otra que pudiese surgir de una relación civil o incluso comercial entre privados. ¿Por qué su reclamo tendría que tener consecuencias penales?

Reitero, la penalización de la conducta es un intento de desincentivar un comportamiento nocivo para el niño, pero la solución al problema es fácilmente abordable desde otras perspectivas.

III. EL “DOBLE DAÑO” AL MENOR

Ahora bien, supongamos por un momento que, efectivamente, uno de los progenitores maliciosamente -con dolo- se aparte de sus deberes de asistencia familiar y deje desamparado

² Nadie será detenido por deudas. **Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.**

-o al menos al amparo sólo del otro progenitor- al niño. Inclusive también supongamos que el progenitor “cumplidor” no tiene los medios necesarios para proveerle de sustento. ¿Cuál sería el beneficio para el menor de que uno de sus padres termine cumpliendo una condena penal? ¿Acaso ello le proveerá mágicamente de alimentos, vestimenta, elementos de recreación y demases?

Esta cuestión es sumamente paradójica, porque aun en el supuesto de que el progenitor incumplidor no sea un buen padre (en términos generales) y no esté presente en la crianza del menor, ello no puede obstar que el encierro de aquel en un establecimiento carcelario sea beneficioso para él.

Aun más, la figura típica del artículo 1 de la ley 13.944 prevé multa como sanción sustitutiva de la de prisión, pero aquélla no tiene como destinatario al progenitor cumplidor, es más, ni siquiera tiene vínculo alguno con el reclamo dinerario que pueda estarse efectuado en sede civil, por lo tanto no se entiende tampoco cuál sería su finalidad si el precepto es la protección y el desarrollo del menor. Podría darse la situación de que al progenitor incumplidor se lo condenase al pago de una multa (al Estado) y luego en sede civil resulte vencido en un proceso por reclamo de alimentos, es decir, tendría que realizar dos erogaciones, una sola de las cuales sería en beneficio del o los hijos.

Entonces, cómo fuera anticipado en el subtítulo de este acápite, el menor sufriría simultáneamente dos daños: se vería privado del sustento que sus progenitores deben brindarle y, al mismo tiempo, vería tras las rejas a uno de ellos. Es imposible mensurar el daño psicológico que se provoca en un niño al ver a uno de sus padres en prisión³, no sólo por sus repercusiones internas sino por la estigmatización que ello provoca en su vida social. Aunado a los daños psicológicos, se produce otra consecuencia sumamente contradictoria, y es que el padre encarcelado no tendrá posibilidades de trabajar y, por lo tanto, de todas maneras seguirá sin poder prestar asistencia económica al menor.

En definitiva, con el padre privado de su libertad el menor no sólo seguirá teniendo las carencias económicas que trataron de ser solventadas mediante la figura penal sino que, además, sufrirá un daño psicológico innecesario y del cual claramente no es merecedor. Es más, inclusive puede hasta llegar a pensarse que el padre, tal vez egoísta en cuanto a su voluntad de prestar asistencia económica, no tenga en absoluto un mal vínculo afectivo con el

³ *Cuando los padres van a prisión, sus niños sufren. La pérdida de un padre por encarcelamiento puede precipitar una crisis, que produce serias consecuencias traumáticas en la vida de los niños. Esta pérdida frecuentemente forma parte de o exacerba las situaciones de estrés existentes...*, De “LAS CONSECUENCIAS DE TENER AL PADRE ENCARCELADO”, https://nrccfi.camden.rutgers.edu/files/NAAPEs_Folleto_301.pdf.

menor. De darse esta situación el perjuicio para éste último sería aún mayor en caso de recaer una condena para el padre, porque no lograría entenderla y se vería privado del contacto habitual con él, subsistiendo -a temor de ser ultra repetitivo- el problema del sustento económico.

Como se ve, este tipo penal es extremadamente complejo en cuanto a su utilidad para dar protección al bien jurídico tutelado, inclusive irrogando mayores daños a la víctima de los que pudieran existir si la norma fuese reestructurada o si se adecuasen medios alternativos de resolución de conflictos que fuesen menos lesivos y mucho más componedores.

IV. LA SOLUCIÓN PROPUESTA EN EL MARCO DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Independientemente de la posición de duda que el suscripto tiene respecto de la persecución penal de la acción analizada, una posible solución intermedia, que bregaría por los intereses del niño más que por el castigo en sí mismo del infractor, es la composicional -mediación, conciliación, suspensión del proceso a prueba, etc-. Sin embargo, existe una fuerte traba jurisprudencial a éste camino. Veamos.

La mayoría de los casos de incumplimientos de los deberes de asistencia familiar tienen como actores a personas de sexo masculino. Esto sucede por varias razones, principalmente sociales y culturales. Por este motivo, gran parte de esos casos suelen catalogarse como de “violencia económica”, que sería un tipo de violencia de género. Esta postura es la que ha adoptado firmemente el Tribunal Supremo de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en distintos precedentes⁴ y que ha ratificado la Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN⁵.

Por otra parte, la Corte también ha sentado una clara posición de rechazo en relación a los medios alternativos de resolución de conflicto cuando median cuestiones género. Es así que en el renombrado precedente “Góngora” ha sostenido que “Corresponde revocar la decisión que anuló el auto que había rechazado la solicitud de suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis del Código Penal) **en una causa en que no se ha puesto en crisis la calificación de los sucesos investigados como hechos de violencia contra la mujer**, ya que el art. 7 de la

4 Expte. n° 14526/17 “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Ponga, Carlos Andrés s/ infr. ley n° 13.944’”, del 28 de febrero de 2018; entre otros.

5 <http://www.ovd.gov.ar/ovd/verMultimedia?data=2529>

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional como nuestro país, **la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente**, lo que surge de considerar que el sentido del término juicio ("un juicio oportuno" según el inc. f del artículo mencionado) resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga a la etapa final del procedimiento criminal, en tanto únicamente de allí puede derivar el pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificarse la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigida por la Convención.”⁶ (el resaltado es de mi autoría).

De esta forma, nuestro máximo Tribunal Federal entiende que acceder a métodos alternativos de resolución de conflictos -en el caso particular suspender el proceso a prueba- en circunstancias donde existen indicios de violencia de género violaría las previsiones de la Convención de Belem do Pará, y, por lo tanto, haría incurrir al Estado argentino en responsabilidad internacional.

Este cocktail jurisprudencial atenta directamente contra cualquier tratamiento benévolo que se le quiera dar al tipo penal en estudio, y expone completamente sus falencias desde una perspectiva económica, ya que en ningún momento se da solución al conflicto primigenio.

En definitiva, cuando una víctima de éste delito recurre a la justicia (en realidad no la víctima que sería el niño sino el progenitor “cumplidor” en su representación) lo hace en búsqueda de una solución a su problema: recibir el aporte dinerario necesario para asegurar el sustento del menor. Esto es lo que uno podría suponer en la mayoría de los casos, ya que seguramente existirá alguno donde el motivo es puramente la venganza, pero no interesa contabilizar esos a los efectos de este análisis.

Entonces, cualquier análisis económico que se encare respecto de esta cuestión arrojará como resultado que el tipo penal es absolutamente ineficiente y que debe ser reestructurado de alguna manera, sino directamente derogado, o, al menos, que la justicia (tribunales y ministerios públicos) adopte la firme posición de encontrar una solución compositiva a esta problemática que afecta de forma tan común a muchos individuos de nuestra sociedad.

No puede obviarse todo el dispendio laboral que se realiza en este tipo de causas, en las que los representantes del Ministerio Público Fiscal intentan llevar a juicio sin sentido alguno,

obligados por los precedentes jurisprudenciales. Además, es imposible soslayar que existen profesionales mucho más capacitados que los abogados para lograr el acercamiento de dos partes enfrentadas por cuestiones económicas y familiares, con lo que esta problemática requiere de una interdisciplinaria que no tiene en la actualidad sencillamente porque el hecho es perseguible penalmente.

Adicionalmente, y como corolario, no puedo dejar de lado que la vinculación de este delito con cuestiones de género tiene claros matices patriarcales y machistas, ya que se termina asumiendo que la mujer depende económicamente del hombre. Imaginemos la situación inversa, donde la mujer aporta el sustento y el hombre está en la casa criando al hijo, si la mujer deja de aportar, ¿hay violencia económica? ¿se aplica allí la doctrina “Góngora”? ¿tal caso sí sería susceptible de ser resuelto mediante un método alternativo?

V. CONCLUSIONES

Como se observa, el tema suscita demasiadas preguntas como para que todas ellas puedan ser respondidas en estas breves líneas, pero me convence de que el sistema como está actualmente diseñado tiene graves falencias que no logran solucionar los problemas de fondo de forma eficiente.

En este contexto, no puedo más que concluir que la ley 13.944 (que data de ¡1950!) debería ser reformada o derogada, y que las cuestiones atinentes a los incumplimientos patrimoniales en el seno familiar deberían ser resueltas en el fuero adecuado.

Sin embargo, comprendo que haya posiciones defensoras de la penalización, pero sin dudas en tal caso debería existir una amplia flexibilización que permita alcanzar soluciones compositivas que maximicen la eficiencia del sistema y generen el mayor beneficio a ambas partes del conflicto.

No puede olvidarse que el mayor perjudicado en este tipo de casos es el niño, y que cualquier solución que no logre satisfacer sus necesidades vulneradas será no sólo contraria a la Convención sobre los Derechos del Niño sino también al principio de respeto a la víctima⁷.

⁷ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985