

LA IRRACIONALIDAD PUNITIVA

Una mirada crítica a la actividad Fiscal, respecto al incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en la Ciudad de Buenos Aires.

Ariel Larroude¹

Existe un debate, histórico a estas alturas, que se pregunta cuándo el Estado debería privilegiar la utilización de sus medios no represivos, por encima de su interés punitivo, para resolver un conflicto social. Esta pregunta merodea en la justicia penal desde hace años, principalmente en aquellas jurisdicciones que poseen formas alternativas de resolución de conflictos, como es el caso del fuero penal de la Ciudad de Buenos Aires.

Sin embargo, distintos hechos de violencia social, innegables a estas alturas, han puesto en el ojo de la tormenta la discusión por la oportunidad y conveniencia respecto del uso de estos métodos alternativos. El auge y reconocimiento de la violencia machista en nuestro país, a partir del gran trabajo elaborado por el colectivo “Ni una menos”, puso en evidencia las serias dificultades por las que atraviesa una mujer cuando debe sentarse cara a cara con su supuesto agresor y resolver un conflicto por fuera del juicio oral. Ante esta situación, el Ministerio Público Fiscal de la CABA, mediante la Resolución 219/2015, estableció como criterio general, la prohibición de la apertura a instancias conciliatorias en el marco de causas de violencia de género. Cuestión que produjo, no solo un debate en el seno

¹ Director del Observatorio de Política Criminal de la CABA. Web: www.observatoriodepoliticacriminal.com

mismo de la jurisdicción, sino también, en las propias unidades fiscales, quienes aumentaron cuantiosamente su labor diario.

El propósito de estas líneas es contradecir las razones que llevan al Ministerio Público Fiscal a oponerse a resolver alternativamente el conflicto, puntualmente en los casos de incumplimiento de deberes de asistencia familiar (Ley 13.944), cuando no se encuentra probada la existencia de un contexto violento entre un hombre y una mujer.

Para explicar esta situación tomaré el ejemplo de un caso sucedido en el fuero local durante el segundo semestre de 2017. Asimismo, por una cuestión de resguardo a las partes involucradas, identificaré el caso con la inicial del apellido del imputado. Siendo así, el supuesto bajo estudio lo denominaremos de aquí en más como: **“C s/Ley 13.944”**.

“C s/Ley 13.944”

Una mujer realizó una denuncia contra su ex pareja porque este habría incumplido su deber de asistencia familiar durante el período comprendido entre junio de 2015 y septiembre de 2016, respecto al hijo de ambos. Radicada la denuncia, el representante del Ministerio Público Fiscal decidió dar curso a la investigación, imputando al Sr. “C” de dicho incumplimiento, negando la posibilidad de resolver el litigio bajo una forma alternativa, razón por la que el legajo derivó en la instancia de debate oral.

Una vez abierto el debate, la defensa solicitó que, como cuestión preliminar, se arbitre los medios necesarios para dar inicio a un proceso de mediación. De dicha petición, el juez le corrió vista al Asesor Tutelar, representante de los derechos del niño –único damnificado- y a la denunciante, madre del menor. Los dos se expresaron a favor de dicha iniciativa por entender que era la mejor opción en resguardo de los intereses del menor. Sin embargo, pese a lo manifestado por la madre del niño, el Sr. Fiscal se opuso a la vía alternativa propuesta, por considerar que la infracción al Art. 1 de la Ley 13944 se trataba de un caso de violencia económica, en un contexto de violencia de género, y ello impedía la aplicación de medidas conciliatorias de conformidad con la Resolución MPF

219/17 y lo prescripto por el art. 28 de la Ley Nacional nº 26.485, aplicable en razón de la ley local nº 4203.

Al momento de resolver, el Juez declaró nula la oposición Fiscal, pero no habilitó la vía alternativa propuesta por considerar que, aun siendo arbitraria la oposición, es una facultad del Ministerio Público Fiscal conceder, o no, la vía alternativa.

Actualmente, si bien el legajo se encuentra en la vía recursiva, no deja de ser llamativa la oposición Fiscal, como así también, lo resuelto por el Juez. Ello lo digo porque los dos tuvieron conocimiento directo de la voluntad de la denunciante para mediar el conflicto y, sin embargo, no habilitaron la vía para ello. Privilegiando el interés punitivo del Estado por encima de los intereses de la denunciante y por encima, sobre todas las cosas, del damnificado, el menor.

Esta situación, desde la entrada en vigencia de la Resolución 219/15 del MPF, resulta habitual en nuestros tribunales. No obstante, existen una serie de argumentos que, a mi juicio, deben tenerse en consideración en vistas a posibilitar las condiciones necesarias para dar curso a la vía alternativa de resolución de conflictos.

1. Si el conflicto no posee un componente violento, el Estado no tendría que intervenir a través de sus medios represivos.

Esta premisa advierte sobre los límites a la política criminal del Estado, cuando no existe necesidad de resolver un conflicto a partir del uso de sus instrumentos violentos. En resumidas cuentas, cuando el conflicto denunciado no posee ningún sesgo de violencia que amerite la injerencia de los instrumentos punitivos del Estado, debe privilegiarse (para su resolución) la utilización de sus medios no represivos. Por ello, en el caso del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, si la denunciante no manifestó ninguna situación de violencia durante sus declaraciones durante el proceso, el Estado no puede interpretarla más allá de su testimonio. Máxime, cuando en la investigación intervienen equipos interdisciplinarios,

quienes poseen las herramientas necesarias para sobrevolar el conflicto desde una óptica distinta al derecho y entrever sesgos de violencia más allá de la denuncia.

En estos casos, el Ministerio Público solo debería intervenir como canal institucional para garantizar la resolución pacífica del reclamo, que es de naturaleza económica.

La eficacia de una solución alternativa no debe ser medida en razón de la impunidad del presunto infractor, sino en la capacidad real de resolver el conflicto.

2. No es violencia económica en el contexto de violencia de género.

Por otro lado, debe recordarse que en las infracciones a la Ley 13.944 solo resultan damnificados los menores y no las denunciantes. Razón por la que el Criterio de Actuación 219/2015 no entraría en vigencia, salvo cuando la mujer haya mencionado, o haya dado indicios, de situaciones violentas que la tengan como víctima.

Cabe recordar que el espíritu del criterio de actuación 219/2015 y el de la Ley de Protección Integral de la Mujer 26485, es proteger los intereses de la mujer dentro de una relación desigual de poder. Ya que se supone que a la hora de llegar a un acuerdo, las partes no se encontrarían en igualdad de condiciones. Sobre dicha base, considero que la sola referencia a la Ley Nacional N° 26.485 y al Criterio 219/2015 que los Fiscales toman para oponerse a las mediaciones, no resultan suficientes para negar la concesión de éste instituto, si no se argumenta por qué cada caso concreto configuraría un supuesto de violencia económica, en un contexto de violencia de género.

La Sala II de la Cámara, más precisamente los jueces De Langhe y Bacigalupo expresaron que, la sola referencia a la Ley 26.485, no resulta suficiente para oponerse a la celebración de una audiencia de mediación, si no se ha corroborado sustancialmente por qué configuraría un caso de

violencia económica². Vinculado a la cuestión, la Sala III sostuvo la decisión de impedir la solución del conflicto por medio de una vía alternativa al decir debe estar acompañada de un fundamento suficientemente serio o, como mínimo, conectado con las circunstancias del caso.³.

Entonces, si lo que se busca desde el Ministerio Público Fiscal es amparar los derechos de los denunciados e integrar voluntariamente al sistema social al supuesto infractor, y de esta forma velar por los derechos y garantías de todos los ciudadanos, el método más viable para efectuarlo es la mediación, máxime cuando no existe conflicto de género de base que amerite una intervención punitiva del Estado.

Si existe el conflicto es de naturaleza económica, la resolución debe transitar por el mismo carril.

3. La denunciante debe participar activamente en el proceso.

En relación a lo expuesto quiero agregar que, si la negativa al instituto de la mediación se hace en abstracto, estamos imponiendo reglas genéricas desentendidas de los intereses concretos de los involucrados, principalmente, el de la denunciante.

La propia Ley de Protección Integral de la Mujeres garantiza en su Art. 16 que la opinión de la mujer debe ser tomada en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte. De lo contrario, se la coloca en una situación de inferioridad, deslegitimando su propio testimonio. Como bien señala la Dra. Eleonora Devoto, so color de defender a las víctimas mujeres, se las instala en una suerte de capitis diminutio que en verdad anula la autonomía de la voluntad de esas presuntas víctimas⁴.

² CAPCF, sala II, c. n° 9.114/16, caratulada "CORONEL SEGOVIA, Daniel Antonio s/ ley 13.944", rta. 17 de abril de 2017

³ . CAPC (Sala III, c. n° 5.872/16, caratulada "ZAS, Hugo Daniel s/inf. art. 1 LN 139.44", de la Sala III, rta. 29 de marzo de 2017).

⁴ Eleonora Devoto, "Sobre un modelo de consenso y la defensa del avenimiento", en Revista de Derecho Penal, Año 1, N° 1 – Mayo 2012, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, p. 39/58

El discurso punitivo con que el Ministerio Público Fiscal intenta resolver el conflicto, quita cualquier tipo de autonomía a la voluntad de las víctimas mujeres y asume, de modo evidente, una actitud tutelar de su defensa que le es impropio. Por ello, si la denunciante no ha dado una mínima sospecha de que se encuentra dentro de un contexto violento, no pueden utilizarse elementos que restringen la posibilidad de resolver el conflicto cuando el mismo ordenamiento procesal ordena al Ministerio Público Fiscal a buscar soluciones alternativas para ello.

La denunciante, si representa los intereses del menor, debe armonizar su pretensión resarcitoria en razón de la herramienta que más rápido satisfaga su reclamo.

4. El riesgo de no abrir la instancia de mediación.

Sabido es el grave perjuicio que genera a la denunciante si el conflicto no se resuelve durante la instancia de mediación. Véase que las alternativas que se derivan a partir de ello, resultan -a todas luces- alejadas de su reclamo. Por ello, si la mediación no prospera, o no se realiza por la oposición Fiscal, a la denunciante solo le queda transitar la instancia de juicio oral, o bien, aceptar los acuerdos que la defensa del imputado y el representante de la Ministerio Público Fiscal realicen.

No obstante, en ninguno de los casos, la denunciante vería satisfecho su reclamo, toda vez que la misma Ley 13944 prevé pena de cárcel para el infractor o de multa, la que no está destinada a paliar los efectos del incumplimiento, ya que va directo a las arcas del Estado.

Por ello, ni la suspensión del juicio a prueba ni la realización de un avenimiento contemplarían un resarcimiento económico real para la denunciante. Ya que si el imputado paga, aunque sea el máximo de la multa, el dinero va directo a las arcas del Estado. Si, en cambio, el imputado es condenado, supongamos, por el máximo de la pena que establece la ley, se abstendrá (durante igual período) de cumplir con sus deberes de asistencia familiar, toda vez que se encuentra privado de su libertad. Razón por la que

a todas luces, la mediación, en casos como estos, resulta ser la salida más beneficiosa y, principalmente, la más inteligente para todos los involucrados.

El Estado debe ser armónico en relación a los medios y los fines que elige para resolver un conflicto.

A modo de conclusión:

Este pequeño ensayo buscó deslegitimar el interés punitivo de las Fiscalías de la Ciudad cuando se oponen a la concesión de Institutos como la Mediación para resolver un conflicto. Principalmente, en aquellos casos donde no se vea comprometido el resguardo que el Estado debe darle a los derechos de la mujer, en razón de las previsiones de la Convención de Belén do Pará y a la Ley 26.485.

Bien sabido es que institutos como la mediación no buscan consagrar la impunidad de aquellas personas que hayan incumplido con sus deberes de asistencia familiar, toda vez que el legislador lo ha previsto como un método de resolución de conflictos. No obstante, su eficacia debe ser medida en razón de su capacidad para satisfacer el reclamo de las denunciantes y no en razón de la impunidad del imputado.

En el caso concreto de la Ley 13.944, mientras no se entrevea (tal como dijimos) hechos de violencia, la mediación debe ser la primera de las salidas alternativas para resolver el conflicto, ya que puede garantizar una reparación integral del incumplimiento, sin mediar un interés punitivo que pueda condicionar la relación intrafamiliar a futuro, dejando entreabierto la vía civil para reglamentar todos los acuerdos que aseguren un cumplimiento eficaz de las obligaciones de los padres respecto de sus hijos menores.