

UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

TESIS DE GRADO DE LA CARRERA DE ABOGACÍA

2006

Tutor Dr. Otto Crippa García.

Alumno: Stella Maris Bohé.

Tema: “El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en el derecho y jurisprudencia argentinos”

Fecha de presentación: 17 de Noviembre de 2006.-

A mi familia por el gran apoyo brindado, al Dr. Otto Crippa García por su paciencia y sabiduría, al Dr. Eduardo R. Farabelli por las enseñanzas jurídicas y morales diarias, a ellos y a todas aquellas personas que estuvieron a mi lado durante esta gran etapa de mi vida, simplemente por “estar”.

Area

Derecho Penal – Parte Especial

Título

El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en el derecho y jurisprudencia argentinos.

Tema

La ley N° 13.944 de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

Problema

¿Cuál ha sido el desarrollo doctrinario y jurisprudencial -en Argentina- del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en relación a sus características típicas?

Objetivos:

Objetivo General

- Analizar la ley citada
- Describir la estructura típica de los delitos contenidos en la misma.

Objetivos Específicos

- a) Describir la figura penal básica contenidas en la ley y sus características específicas.
- b) Indagar la doctrina y la evolución de la jurisprudencia.
- c) Desarrollar posibles reformas a la ley penal conforme la doctrina y jurisprudencia actuales.

Hipótesis

La doctrina y jurisprudencia argentinas avanzan en el tiempo arraigándose cada vez mas las figuras penales descriptas por la ley N° 13.944, estableciéndose cierta uniformidad de opinión en cuanto a sus características típicas en el derecho y tribunales argentinos.

Resumen:

La temática abordada en el presente trabajo tiene por fin analizar la figura penal básica contenida en la Ley 13.944, es decir, el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, y está orientado a dilucidar el carácter dentro de la estructura típica del mismo.

No es objetivo de este trabajo el establecer o concluir si el derecho penal a través de las sanciones previstas en la ley de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar resulta conveniente o no para reprimir las conductas tipificadas en la misma, y a su vez concluir que bastaba la regulación del ámbito civil para dirimir los conflictos que se suscitan como consecuencia del incumplimiento de los deberes alimentarios y de las demás conductas dolosas destinadas a tal fin.

Creemos que las discusiones acerca de la conveniencia de reprimir o no esta omisión han quedado zanjadas, habiéndose arraigado profundamente la ley dentro de las decisiones jurisprudenciales en los distintos puntos de nuestro país, sea en mayor o menor medida.

Vamos a analizar el delito y su respectiva sanción, pues solo a través de su estudio es que podemos pretender esbozar mejores soluciones al conflicto a través de la misma ley penal.

Con tal finalidad y a través de esta exposición describiremos la legislación argentina actual, analizaremos su interpretación doctrinaria en relación a los elementos del tipo penal, y especialmente el enfoque jurisprudencial que nuestros Tribunales Penales han otorgado a la ley 13.944 en general, e individualmente al delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

Propongo entonces, establecido el ámbito al que nos circunscribiremos, a imbuirnos dentro de esta novedosa y protectoria normativa, que a la vez ha sido y sigue siendo tan reprochada.

Capítulo I

LA LEY DE INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- La ley N° 13.944. 3.- Antecedentes y ámbito histórico a la fecha de sanción. 4.- Inclusión de la ley en el Código Penal. 5.- Bien jurídico protegido. 6.- Los deberes asistenciales. 7.- Estado de necesidad de la víctima. 8.- Sistemas. 9.- Síntesis de la legislación comparada en los países latinoamericanos.

1.- Introducción

El casi recién estrenado siglo XXI parece caracterizarse por una sensación de duda o peor aún de una profunda incertidumbre. Esta expresión indescriptible de la postmodernidad sobrepasa los marcos sociales expandiéndose al ámbito del Derecho y en consecuencia a los del Derecho Penal, el cual se debate -entre otros aspectos- entre lo máximo y lo mínimo, la peligrosidad o la

culpabilidad, el respeto absoluto al principio de legalidad o su flexibilización por conveniencia, un proceso penal garantista o un proceso penal seguro, lo que nos permite hablar de un Derecho Penal dividido en dos puntos extremos o lados paralelos

Esta encrucijada actual de la ciencia penal refleja que el saber se debate entre un Derecho Penal extremo y hasta cruel y otro, excesivamente tolerable pero que puede generar a la vez impunidad e inconformidad social, aunque siempre por esencia violento, o lleno de cuestiones problemáticas sin resolver. Esto, unido a sus contradicciones propias impide a cualquiera inclinarse totalmente hacia uno de sus extremos.

La función de promoción asumida por el Derecho Penal al pretender ser un medio de contribución destinado a la evolución social, junto a otros factores, llevaron al legislador a introducir en las normas penales un principio de solidaridad social, en virtud del cual se reprime al sujeto que omite realizar determinada prestación que conduciría a la salvaguarda de un bien jurídico, o al que no impida la producción de un resultado típico estando obligado a ello. Pero debe afirmarse que no puede ni podría ser función de las sanciones penales la salvaguarda de todos los bienes jurídicos puestos en peligro.

En miras a tal misión protectoria se ha incluido la Ley de Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en nuestro Código Penal Argentino, aunque los delitos contenidos en ella no hayan encontrado aún un adecuado tratamiento legislativo. Es esta vigente y deficiente regulación legal el motivo primordial de esta tesis, destinada a tratar de brindar propuestas que permitan otorgar una protección real y efectiva del bien jurídico tutelado por la ley en examen.

2.- La ley N° 13.944

La ley N° 13.944, denominada “incumplimiento de los deberes de asistencia familiar” se sancionó el 15 de Octubre de 1950 y fue publicada el 2 de noviembre de ese mismo año en el Boletín Oficial.

El texto del artículo 1º reprime penalmente con “*prisión de un mes a dos años o multa de setecientos cincuenta a veinticinco 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.*”ⁱ

El artículo 2º establece que en las mismas penas del artículo anterior y ante el mismo actuar penalmente relevante, incurrirán:

“a) *El hijo, con respecto a los padres impedidos;*

b) *El adoptante, con respecto al adoptado menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido; y el adoptado con respecto al adoptante impedido;*

c) *El tutor, guardador o curador, con respecto al menor de dieciocho años o de más si estuviere impedido, o al incapaz, que se hallaren bajo su tutela, guarda o curatela;*

d) *El cónyuge, con respecto al otro no separado legalmente por su culpa*”ⁱⁱ Cuando la omisión provenga por parte de los hijos respecto de sus padres impedidos; equipara la situación del hijo concebido biológicamente con el adoptado, reconociendo recíprocamente en ambos -adoptante y adoptado- la obligación alimentaria; el del tutor, guardador o curador, respecto del menor de edad o impedido, o incapaz que se hallaren bajo su tutela, guarda o curatela, aunque no les reconoce la mencionada reciprocidad; y por último, el cónyuge respecto del otro, en tanto no medie separación por culpa de su parte.

El artículo 2 bis incorporado por ley 24.029 reprime el denominado delito de insolvencia alimentaria fraudulenta imponiendo la pena de uno a seis años de prisión al “*que con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare, o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de dichas obligaciones.*”ⁱⁱⁱ

El artículo 3º reza: “*La responsabilidad de cada una de las personas mencionadas en los dos artículos anteriores no quedará excluida por la circunstancia de existir otras también obligadas a prestar los medios indispensables para la subsistencia.*”^{iv}

A su vez el artículo 4º establece: *“Agréguese al artículo 73 del Código Penal el siguiente inciso: “5º: incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cuando la víctima fuere el cónyuge.”*^v

Y finalmente el artículo 5º dice que: *“La presente ley se tendrá por incorporada al Código Penal.”*^{vi}

Actualmente la ley mantiene su redacción originaria, aunque modificada en cuanto a la actualización de la multa (ley 24.286), y a la incorporación del descripto artículo 2 bis (ley 24.029).^{vii}

3.- Antecedentes y ámbito histórico a la fecha de sanción

En el análisis íntegro que pretendemos realizar a través de esta tesis no podemos obviar el debate parlamentario de la ley y su contexto histórico.

Los antecedentes parlamentarios de la sanción al delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar se encuentran en los proyectos de ley de Coll y Gómez de 1937 y de Peco de 1941.

En los artículos 148 y 149 del proyecto de Coll y Gómez, comprendidos en el Capítulo VI del Título de los “Delitos contra la persona”, denominado “Incumplimiento de los deberes de asistencia” se preveía el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar; estableciendo la pena de multa para el incumplimiento de padres a hijos, ascendientes a descendientes y descendientes a ascendientes, y reservando la pena de prisión para el caso de inasistencia económica entre cónyuges^{viii}.

En cuanto al Proyecto de Peco de 1941, éste creaba un título denominado “Delitos contra la familia”, nombrando al Capítulo IV del mismo “Delitos contra la asistencia familiar”, el cual contenía la previsión del delito derivado del hecho de no prestar los medios de subsistencia familiar^{ix}. Más allá de los amplios fundamentos vertidos por Peco en la exposición de Motivos de su Proyecto, Eusebio Gómez nos advierte que los hechos delictivos previstos en los arts. 212 y

213 de aquel Proyecto no parecen lesivos del bien jurídico familia^x; ya que el art. 212 sancionaba con la misma pena a la persona que, sin justa causa no cumpliera con la satisfacción de la obligación pecuniaria contraída con una mujer que ha embarazado fuera del matrimonio (citando como fuente el párrafo segundo del artículo 217 Código penal suizo). Y en la misma sanción, conforme el art. 213, incurría quien abandonare en situación crítica a una mujer que ha embarazado fuera del matrimonio. Tal sanción se aumentaba en un tercio si a consecuencia del hecho la mujer cometiere un delito de aborto, infanticidio, exposición o abandono del recién nacido o se suicidare. Y establecía que en estos últimos supuestos la acción es pública (se citaba como fuentes el artículo 218 del Código suizo y el artículo 240 del Código noruego)^{xi}.

Preliminarmente a la sanción de la ley en el ámbito de la doctrina se propiciaba la represión penal del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, a través de dos obras, por un lado la de Antonio Luis Beruti titulada “Breve excursión por las lagunas del Código Penal”, en Anales de la Sociedad Argentina de Criminología, del año 1937; y la de Ernesto Ure nombrada “La Protección Penal de la familia” en Buenos Aires en 1936. Ambos textos fueron invocados en el mensaje acompañando el proyecto de ley y dirigido al congreso de la Nación^{xii}.

Caimmi y Desimone consideran que la obra de Ernesto Ure fue fundamental para la época, ya que por entonces éste señalaba como elementos materiales destacables de este delito el vínculo parental o legal existente entre los sujetos activos y pasivos y el estado de necesidad que debía existir en este último para que el delito se configure, además del sentido crítico con que observó la falta de una disposición legal que criminalizara aquellas conductas hoy tipificadas por el artículo 2 bis del Código Penal^{xiii}.

El mensaje del Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de fecha 29 de julio de 1949 expresaba que “...*Entre las innovaciones de mas profundo sentido social que contiene la Constitución Nacional recientemente sancionada (1949), merecen citarse las que consagran el derecho de la familia, al definir aquella como el núcleo primario y fundamental de la sociedad.*”^{xiv}

Durante el tratamiento de la ley esta concepción fue sostenida por ambas Cámaras. Además Juan Domingo Perón, presidente de la República Argentina en ese entonces manifestaba que *“...es también cierto que urge la pronta sanción de normas tendientes a reprimir penalmente los más graves atentados contra los bienes tutelados por la Constitución y que nada impide que lo sea desde ya. El derecho penal no puede permanecer por más tiempo en postura indiferenciada ante la tarea programada de consolidar la institución de la familia, núcleo elemental y primario, del que el hombre es criatura y en el cual ha de recibir insustituiblemente la formación sobre la que construirá todo el curso de su vida...”*^{xv}

Conforme a estos precedentes y como ya hemos dicho, el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar fue introducido en la legislación argentina por la ley 13.944, sancionada el 15 de octubre de 1950 y publicada en el Boletín Oficial el 2 de noviembre del mismo año.

Desde un punto de vista de la política mundial a la época de la sanción de la ley, las leyes penales características de los estados paternalistas reformularon la idea de la relación estado-sociedad civil de Hegel, erigiendo un estado moral superior a los individuos. Según esta nueva concepción el estado actúa siempre en función del bienestar general, en tanto que los hombres actúan buscando su propio bienestar. Es en consecuencia de ello que aquel -el Estado- es superior a los individuos que lo componen, y tiene la facultad de limitar la individualidad de éstos en aras del bien común. A partir de esta concepción el estado es quien concede los derechos y libertades individuales, y quien puede restringirlos en el momento que le parezca necesario; dejando de ser una herramienta al servicio de la comunidad, como lo concebían los liberales de la ilustración.

Hemos de aclarar entonces que los modelos de estados paternalistas entienden que deben sancionar a sus súbditos y protegerlos, aun frente a sus propias conductas auto lesivas, es por ello que la inspiración de la ley es esencialmente paternalista.

Los gobiernos de dichos estados visualizan a la Nación como una comunidad orgánica viva que prima sobre sus integrantes. Este concepto de teoría

organicista se corresponde con el de defensa social ilimitada, lo que supone que el poder es natural, y por ende no se lo discute, naturalizándose la superioridad del estado por sobre los individuos.

Las leyes represivas en estos estados son establecidas porque consideran a los delitos como atentados contra la seguridad del Estado, apelando a la ficción de que el conflicto se produce entre éste y el victimario, y es aquí uno de los motivos primordiales de la sanción de la ley.

4.- Inclusión de la ley en el Código Penal

Debemos preguntarnos en qué lugar del Código Penal Argentino se deben ubicar los delitos tipificados por la ley de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

Anteriormente a la sanción de la ley el Código Penal Argentino no contaba con un precepto dedicado a la protección de los miembros de la familia, en su condición de tales, aunque sí normas que protegían en forma indirecta a la familia, así Fontán Balestra cita el adulterio en el Capítulo de los delitos contra la honestidad; los matrimonios ilegales, la supresión y suposición del estado civil en el de los delitos contra el estado civil; y la sustracción de menores en el de los delito contra la libertad^{xvi}.

Según este autor al no haber en la ley argentina capítulo ni título alguno en el que se agrupen estos delitos contra la familia, el lugar más apropiado de ubicación del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar estaría luego del título I de la parte especial, en el cual se tratan los delitos contra las personas^{xvii}, pero reconociéndole “un título propio dentro del sistema del Código” conforme lo expresan Caimmi y Desimone^{xviii}.

Este pensamiento se basa en que el autor considera a la familia como la célula de la organización social, y por ello es digna de ser tutelada en la actualidad por la ley penal así como a cualquier otro bien jurídico. Y es por ello que en gran número de códigos penales modernos se incluye un título de Delitos contra la

familia u otro análogo, dentro del cual se comprenden delitos contra el orden de la familia en sus más distintos aspectos^{xix}.

Hemos mencionado supra que el proyecto de Coll y Gómez contenía el capítulo denominado “Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar dentro del título de los “Delitos contra la persona”, agrupando estos delitos como lo hace el Código italiano, no solamente los hechos que lesionan la vida o la integridad material, sino también otros bienes inherentes a la persona (por ejemplo el honor). Esta solución a Eusebio Gómez le resulta coherente.^{xx}

Entonces, al ser el bien jurídico protegido por la ley la familia -como veremos a continuación y conforme la postura doctrinaria mayoritaria- creemos que no resulta apropiada la inclusión de las figuras penales abarcadas por la ley 13.944 dentro del Título I Libro Segundo del Código Penal denominado “Delitos contra las personas”, sino que debería comprenderse dentro de un título hoy inexistente en el Código Argentino, al que podríamos denominar “Delitos contra la familia” o contra la “institución familia y otras relaciones cuasi familiares”, considerando aquellos casos en que no existe tal relación parental (por ejemplo el caso de los tutores, curadores y guardadores previsto por la ley)

5.- Bien jurídico protegido

Para que se haga necesaria la imposición de determinada pena es necesario y adecuado a la voluntad del legislador que un bien jurídico sea afectado^{xxi}. Es por este motivo que todas las disposiciones penales están ordenadas en forma sistemática, orden no casual, orientado al amparo en concreto de ciertos bienes socialmente protegidos con la máxima severidad.

Conforme a ello y existiendo en nuestro Código de fondo distintos tipos de peligros, éstos tienen diverso carácter y diversa será la prudencia que deberá observarse al aplicarlos, ya que, como es de conocimiento, esta clase de tipos penales -delitos de peligro- son muy cuestionados por la doctrina y conforman un régimen de excepción a los requisitos de un derecho penal liberal.

Al momento de determinar cuál es el bien jurídico tutelado por la ley se alzan dos voces contrapuestas. La primera, mayormente seguida por la jurisprudencia^{xxii}, reconoce que el bien jurídico tutelado es la familia como institución de derecho privado; mientras que por su parte, cierta doctrina, considera que es la vocación alimentaria que surge entre el sujeto activo y pasivo en virtud de un vínculo jurídico y/o familiar preexistente.

Podemos señalar entonces que según la doctrina mayoritaria -Nuñez, Caimmi, Desimone, Laje Anaya, Díaz de Guijarro, Makianich de Basset- el bien jurídico protegido por la ley de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar es la familia como institución, y no la persona física del sujeto pasivo^{xxiii}. Carlos Lascano opina que la ley tiende a proteger y fortalecer a la comunidad familiar^{xxiv}.

En este sentido, José Peco, en la exposición de motivos del proyecto de Código Penal alegaba que si bien el abandono de un incapaz o de un menor configura un delito contra las personas, el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar es un delito contra el orden de la familia, considerando que la tutela jurídica es un interés social, el de proteger la asistencia económica de esa institución sin tener que acudir a una ayuda ajena, y no el riesgo de un daño como lo consideraban otros Códigos latinoamericanos como los de Perú y Siam^{xxv}.

La Cámara de Apelaciones en lo Criminal de Capital Federal en los plenarios “Guersi” y “Aloise”^{xxvi} sostuvo que el bien jurídico tutelado es la familia aunque la familia como modelo de interés jurídico no se vincula a los individuos afectados por la omisión dolosa del obligado. En “Aloise” el Dr. Cabral sostuvo que el bien jurídico no era la persona física del sujeto pasivo sino la institución de la familia.^{xxvii}

La jurisprudencia a través de los años ha reafirmado esta concepción del bien jurídico sentado por los precedentes citados, en el sentido de que las conductas previstas en la ley 13.944 no se proyectan directamente sobre cada integrante del grupo, sino que indirectamente por medio de la familia, que es la que se ve afectada^{xxviii}. De este mismo modo se pronunciaron algunas de las Salas de la Cámara del Crimen porteña^{xxix}. En igual sentido se expresó que la ley 13.944

protege a la familia “como importante institución de Derecho Privado”, reprimiendo a aquel que se sustrae a los elementos primordiales para la subsistencia: alimentación, habitación y vestido.^{xxx}

Esta posición fue recogida por una de las salas de la Cámara de Casación Penal quien consideró “...a la familia, excluyentemente, como bien jurídico protegido”^{xxxxi} y consagrado también por la Cámara en lo Penal de Santa Fe en abril de 2005 al afirmar que el bien tutelado en el caso del delito por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar no es la persona física del sujeto pasivo, sino la institución de la familia.^{xxxii}

Es dable mencionar que el Tribunal Superior de Alemania estableció que el bien jurídico a tutelar es la familia, el matrimonio y la maternidad, como surge del artículo 170 del Código Penal Alemán, el cual legisla una figura similar a la que nos ocupa^{xxxiii}. De este modo, el interés protegido es identificado con los intereses de los hijos y de la paz familiar^{xxxiv}, y en este contexto se asegura materialmente el derecho de alimentos^{xxxv}.

Sin embargo y pese a los sólidos fundamentos desarrollados precedentemente -como ya hubiéramos adelantado ab initium- no es aceptado en forma unánime por la doctrina el criterio de establecer como bien jurídico tutelado el de la institución familia, con fundamento en que ella no es sujeto de derecho. Es por ello que Baigún lo asemeja al “derecho de asistencia que pertenece a una de las instancias de la organización familiar y ese derecho refleja intereses variados y pluridimensionales.”^{xxxvi}

Enarbolando esta misma posición contraria se encuentran Caimmi y Desimone, quienes señalan que si bien la familia tiene categoría jurídica suficiente y puede ser considerada válidamente como bien tutelado por el derecho penal^{xxxvii}, el interés jurídico tutelado por la ley 13.944 es la vocación alimentaria que la ley penal reconoce a quienes están ligados al sujeto activo por un vínculo jurídico familiar y también biológico en algunos casos.^{xxxviii} Igual tesitura ensaya Buompadre, que afirma que el bien jurídico protegido no es la familia sino la vocación alimentaria que encuentren ligados al sujeto alimentante mediante un vínculo biológico o jurídico familiar.^{xxxix}

En apoyo a esta última postura cabe afirmar que no puede pasar desapercibido que las diferentes conductas antijurídicas que lesionan o ponen en peligro a la familia, se hallan dispersas tanto en el código sustantivo como en leyes especiales; por el contrario, la protección a la vocación alimentaria sólo se halla regulada en esta norma.

Además los vínculos biológicos que se originan en la actualidad no devienen únicamente del vínculo familiar, sino tal vez de relaciones meramente ocasionales, que dan nacimiento a la obligación alimentaria. Por lo que cabe tener en cuenta en tal sentido que el bien jurídico familia es incompatible con los supuestos de matrimonios ilegales o los divorcios, ya que en tales hipótesis se disuelve el vínculo, sea por sentencia judicial, sea por infracción a la ley civil^{xl}. Y en tales casos, las obligaciones de asistencia respecto de los hijos aún subsisten, aunque no en base de la institución familia, sino basadas en la relación de parentesco.

Por lo que sólo a los fines sistemáticos parecería más acertado inclinarse respecto de esta última postura, sentando la base de que es indudable que la familia haya sido el bien jurídico tenido en miras por el legislador al sancionar esta norma protectoria de la misma; pero que es atinado considerar que el mismo es actualmente el deber de satisfacer las necesidades básicas de alimentación, vestimenta, vivienda y asistencia medica del sujeto pasivo a través de la correlativa prestación económica, precisamente como lo expresa Donna^{xli}.

6.- Los Deberes Asistenciales

Debe interpretarse con un criterio restrictivo el alcance y contenido de la obligación asistencial. Es por ello que solo será la “*prestación de los medios indispensables para su subsistencia*” (conforme artículos 1 y 2 de la ley), es decir, la satisfacción de las necesidades básicas de los hijos menores de edad o los mayores impedidos, las cuales deben ser cumplidas en primer lugar por los padres, según se desprende del art. 1 de la ley que nos ocupa^{xlii}.

Cabe preguntarse si dentro de estas necesidades se incluyen: la alimentación, el vestido, la alimentación, la habitación, la prestación médica y los gastos de enfermedad.

Cierta doctrina, entre ellos Nuñez^{xliii}, sienta que las necesidades básicas están otorgadas por los arts. 267 y 372 del Código Civil, ellas son: la alimentación, el vestido, la habitación y la asistencia médica^{xliv}. Es por ello que podemos hablar de un delito de infracción de deber, pues la fuente de la obligación surge esencialmente del juego armónico de aquellos dos artículos.

Tales normas civiles actualmente comprenden dentro de la prestación alimentaria las necesidades relacionadas con la subsistencia de una persona, incluyendo las necesidades más urgentes de índole no solo material, sino también cultural y moral. Y en este sentido Spota considera que el deber se extiende también a la educación de los hijos menores^{xlv}.

Discrepa Fontán Balestra al considerar que la obligación exigida por la norma penal no es coincidente con la impuesta por el Código Civil, la cual contempla además de las necesidades básicas, la atención de aquellas no indispensables. Es por ello que cuando la obligación no existe o desaparece, por cualquiera causa, desaparece con ella el delito. Según este autor la ley penal es clara, y solo podrá entenderse comprendida en ella los medios necesarios para vivir, limitando así la asistencia económica, y prescindiendo de la condición social y de los hábitos de la víctima^{xlvi}.

Así, en ciertos fallos la jurisprudencia acompañó este criterio de independencia de las obligaciones emergentes de la ley civil, con el incumplimiento doloso de las obligaciones sancionadas por la ley penal^{xlvii}.

Se ha dicho que tanto la ley penal como la civil han colocado a los padres en un orden de supremacía dentro del cuadro familiar. Este nivel genera por cierto responsabilidades que deben ser entendidas como una aspiración al desarrollo normal de esa institución, reconociéndose a los hijos como a los más débiles y confiando antes que nada en la voluntad natural del progenitor para conseguir aquella meta^{xlviii}.

Ampliaremos sobre este tema al tratar específicamente de la locución “medios indispensables” empleada por la ley 13.944, dentro del Capítulo del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

7.- Estado de necesidad de la víctima

Se han preguntado los doctrinarios si, para que se configure el delito, la situación de necesidad debe existir efectivamente o basta con que se cree una situación de abandono. Según la opinión predominante no se requiere la efectiva carencia de medios, ni que ella sea próxima, sino la real indispensabilidad de esos medios para que la víctima pueda subsistir, con independencia de que pueda superar la necesidad por ayuda de terceros o a través de su propio sacrificio^{xlix}.

Por eso son pacíficas la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que no excluye el delito la circunstancia de que los interesados no lleguen a situaciones de necesidad por obra del auxilio prestado por otras personas, parientes o extraños, no obligados a dicha prestación, o de la beneficencia, sea pública o privada, como tampoco cuando haya logrado subvenir a su subsistencia con sacrificio personal^l. Por expresa indicación de la ley, la responsabilidad de cada una de las personas obligadas, no queda excluida por la circunstancia de existir otras también obligadas a prestar los medios indispensables para la subsistencia (art. 3° de la ley)^{li}.

Ernesto Ure en su obra “El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar” sentó las bases sobre las cuales se fueron produciendo las diferentes interpretaciones jurisprudenciales en torno a este tema^{lii}, culminando con el plenario “Aloise”^{liiii} en el que se terminó resolviendo que, para la configuración del tipo en cuestión, no es necesario que exista un peligro concreto en el sujeto pasivo.

En tal sentido se ha pronunciado la Sala 1 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, al expresar que la configuración del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar no exige que los alimentados se encuentren en estado de necesidad, ni se excusa la omisión por

haberse fijado una cuota elevada, ya que la obligación consiste en satisfacer las necesidades en la medida de las posibilidades del obligado.^{liv}

Y la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Venado Tuerto ha dicho que *“El padre, que se sustrae a la prestación de los medios indispensables para la subsistencia de los menores, que malgrado la actitud que pudo haber adoptado la madre, no pueden ser desamparados materialmente por quien tiene a su cargo la manutención de los mismos, responsabilidad de la que no queda excluido aunque existan otras personas obligadas a dicha prestación, comete el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.”*^{lv}

Al hablar del hecho de que la víctima no cuente con los medios indispensables para subsistir, se supone un estado de necesidad, es decir se presume un estado de necesidad para que exista obligación alimentaria^{lvi}, esto implica que no debe acreditarse aquella falta de medios.

Para aplicar lo dispuesto en la ley 13944 sobre del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, debe exigirse la comprobación del estado de efectiva necesidad de quien debe recibir los medios^{lvii}.

No es necesario que el menor se encuentre en estado de necesidad para recibir alimentos de su progenitor, dado que se trata de una obligación natural consagrada positivamente, sin otro requisito que la minoridad del destinatario de la prestación alimentaria. A su vez la ley tampoco exige la entrega de alimentos como para sustentar un pasar digno, sino la voluntad de cooperar con la mínima asistencia^{lviii}.

La doctrina también ha discutido si el deber alimentario perdura en caso de indignidad, y en su mayoría los autores creen que cesa la obligación en tales casos^{lix}. Por último, no cabe duda alguna que junto con la adopción cesa ipso iure este deber alimentario.

8.- Sistemas:

Desde que Francia, por ley del 7 de febrero de 1924, modificada por la del 3 de abril de 1928, sancionó como delito el abandono de familia, numerosos países han definido la figura con criterios distintos, limitándose unas únicamente al abandono pecuniario, en tanto que otras consideran constituido el delito por el incumplimiento de todos los deberes de asistencia familiar, tanto de los materiales como de los morales. A la primera orientación, seguida por el Código francés, se la ha llamado realista, en tanto que a la segunda, por oposición, se la denomina idealista, habiendo sido la inspiradora de la legislación italiana, la rumana y la española^{lx}.

Dentro del sistema realista, se distingue el tipo indirecto y el directo. El primero del que es modelo la legislación franco-belga, requiere una decisión judicial previa que imponga la obligación alimentaria, y el transcurso de cierto sin cumplirla. El tipo directo o denominado italiano se caracteriza por dejar a la apreciación y decisión del juez del crimen todo lo relacionado con el incumplimiento de la asistencia familiar^{lxi}.

El sistema idealista se ha considerado peligroso para el mantenimiento del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*. Se ha dicho que con el castigo del abandono del hogar se entra en el dominio de los delitos innominados. El castigo del incumplimiento de los deberes morales inherentes a la condición de cónyuge, de padre o de tutor, supone la apreciación por parte del juez de estos deberes que las leyes, incluso la misma ley civil, no han determinado previamente de una manera completa. La incriminación del abandono moral parece poco compatible con el principio de legalidad de los delitos y de las penas que tanto arraigo conserva en las legislaciones^{lxii}.

También el sistema indirecto ha sido motivo de críticas, que Ure reúne así: desde el punto de vista técnico, es patente que si se supedita la actuación de la norma penal al incumplimiento del mandato judicial que impone la obligación de proveer una pensión, se ha creado un delito a la administración judicial antes que a la familia^{lxiii}. Diríase una especie de desobediencia. En cuanto a los reparos de

orden práctico, dice, citando a Hugo Aloisi: no se puede decir a una desgraciada prole que tiene hambre: muníos de una sentencia del juez civil, dejad que pase en autoridad de cosa juzgada, esperad todavía que transcurran tres meses y recién luego acudid al juez del crimen^{lxiv}.

Además, sigue diciendo Ure, que no hay que perder de vista que existen situaciones en que el beneficiario de la pensión ha experimentado una mejora en su situación económica, circunstancia que podría determinar al deudor a suprimir o disminuir el monto de aquélla. Las pensiones, por otra parte, pueden acordarse a personas que poseen rentas suficientes para atender a sus necesidades vitales, aun cuando no alcancen para desenvolverse cómodamente de acuerdo a los antecedentes económicos o sociales. En tal supuesto, el interés ético-jurídico que fundamenta la ley penal no se conmueve si la pensión no se paga con puntualidad, o simplemente no se paga^{lxv}.

Este autor agrega la existencia del sistema mixto o polaco, el cual es una derivación del sistema franco belga que introduce una variante ecléctica de tendencia realista, comprendiendo a la vez al sistema directo y al indirecto^{lxvi}.

Por el alcance de la tutela jurídico-penal y por no requerir una decisión judicial previa, ejecutoriada o firme que imponga la obligación alimentaria, la ley argentina puede ser calificada como perteneciente al sistema realista y directo^{lxvii}. Es realista, porque al modo de la ley francesa, limita la tutela únicamente al abandono pecuniario; y es directo, porque, del mismo modo que lo hace la legislación italiana, deja en manos del juez del crimen todo lo que se refiere a la comprobación del vínculo, de la situación de necesidad y de toda otra circunstancia de la que resulte la existencia del delito^{lxviii}.

El sistema adoptado por la ley argentina es directo y realista, sin que podamos entrar en mayor discusión en lo que se refiere a este tema., ya que ello se refleja expresamente en la letra del artículo 1º al decir: "*aun sin mediar sentencia civil.*"

9.- Síntesis de la legislación comparada en los países latinoamericanos

Una sucinta revisión de parte de la legislación americana comparada, nos refleja una creciente preocupación por tipificar las conductas que encierra el incumplimiento en forma intencional de los deberes de asistencia familiar y una fiel cuota de sentido común para brindar soluciones y mecanismos más efectivos y realistas en la prevención y control penal de aquellas conductas.

Excedería la intención de este trabajo el pretender realizar un análisis exhaustivo de la legislación comparada, por ello creemos preciso destacar que en la legislación de significativos países de Latinoamérica se contempla en forma expresa, además del tipo básico o fundamental, otro agravado, en el cual se aumentando sensiblemente las sanciones aplicables o incluso se califica directamente las conductas de insolvencia como constitutivas del delito de estafa, en aquellas situaciones en las que el sujeto activo oculta maliciosamente los bienes de su propiedad o crea deliberadamente en cualquier situación de insolvencia, traspasa sus bienes a terceras personas o emplea estratagemas o pretextos, todo ello para eludir el cumplimiento de su obligación alimentaria, así por ejemplo Panamá, Costa Rica, México, Brasil y Uruguay^{lxxix}.

Para la legislación de los países de Venezuela, Costa Rica, Panamá y Brasil constituye también motivo de agravación específicamente tipificada, el retiro o renuncia voluntaria o injustificada del trabajo, empleo o función, cuando con ello se frustrare o eluda el cumplimiento del deber alimentario. En igual sentido, se considera como constitutivo del delito de estafa, la ocultación total o parcial de sueldos, jornales o habilitación por parte del trabajo, empleo o función, cuando con ello se frustrare o eluda el cumplimiento del deber alimentario^{lxx}. Así la legislación uruguaya (art. 216 del Código del Niño de la República Oriental del Uruguay) también considera delito de estafa, la ocultación total o parcial de sueldos, jornales o habilitación por parte del padre, ampliándose sus alcances hasta el patrón o empresario que hubiere consentido o colaborado de cualquier modo con esa conducta (art. 216 del Código del Niño de la República Oriental del Uruguay)^{lxxi}.

Ciertas legislaciones mantienen como tipo básico una figura de peligro abstracto, tipificando junto a ésta, otra de peligro concreto o de resultado de lesión, agravándose en estos dos últimos casos y de manera considerable, la escala penal de aquel tipo básico (art. 1 de la ley 13.096, del 24/1/1962, Perú, segundo párrafo, art. 339 del Código Penal mexicano)^{lxxii}.

Aún con todo ello la ley peruana, deja a un lado nada más y nada menos que el principio de inocencia, garantía constitucional básica del derecho penal occidental y, en consecuencia, invierte la carga de la prueba en perjuicio del imputado al sostener que el incumplimiento de prestar alimentos se considera intencional, salvo prueba en contrario^{lxxiii}.

Es novedosa la solución de algunos ordenamientos legales en establecer que la multa se impone en beneficio de los alimentados, como por ejemplo en la legislación peruana y, en especial, existe mayor severidad en la estructuración de los sistemas de reacción penal, incluso en la figura básica, (hasta 5 años de prisión en algunos casos frente a los 2 de la legislación argentina), con más la privación de los derechos de familia y el pago de las cantidades no suministradas en su oportunidad, como reparación del daño ocasionado por el delito. No obstante la observación de este derecho en particular y en términos generales, se mantienen penas alternativas similares a las establecidas en nuestra ley 13.944 (multa y prisión)^{lxxiv}.

También se contempla en la legislación americana comparada condiciones o mecanismos procesales que permiten la suspensión del proceso en sí y del ejercicio de la acción penal, siempre que se paguen los alimentos adeudados y se garanticen los futuros a satisfacción del juez interviniente (Perú y Venezuela), o bien, sólo se garantice el cumplimiento de tales obligaciones (art. 42 de la ley 75 del año 1968 de Colombia). En este último caso, la violación de dicho compromiso ocasiona la continuación del proceso -sin lugar a nuevas suspensiones-, aumentándose además la pena en una tercera parte. Se puede también suspender la ejecución de la condena que falte cumplir (Colombia), eximir al imputado de la pena establecida (Venezuela), reducirla a la mitad (Perú), hacer cesar los efectos de la sentencia condenatoria (República Dominicana), o brindarle el perdón o la libertad (México), siempre que se paguen los alimentos

adeudados y se garanticen mediante caución u otra fianza, los futuros a satisfacción del juez (México, Venezuela, Costa Rica y Perú), o cuando se garantice el cumplimiento de las obligaciones alimentarias (Colombia y República Dominicana)^{lxxv}.

En los supuestos de haberse suspendido la ejecución de la condena que faltaba cumplir, producida la violación del compromiso (garantía asumida), se revoca la libertad otorgada y se hace efectivo el cumplimiento del resto de la pena (Colombia y República Dominicana). Se llega, incluso, a supeditar el otorgamiento del beneficio de la condena de ejecución condicional al cumplimiento de la obligación alimentaria, como ocurre por ejemplo en la legislación peruana^{lxxvi}.

Por último, la libertad provisional bajo caución sólo procede cuando se cancela el monto adeudado y se garantiza a satisfacción del juez el pago de los alimentos futuros, cancelándose el beneficio otorgado si se incumple nuevamente con la obligación en cuestión, o bien se concede aquel beneficio con sólo garantizarse su cumplimiento (Perú y Colombia)^{lxxvii}.

Como notará el lector, con el breve repaso que hemos efectuado, la legislación argentina dista mucho de ser la ideal en tan delicada materia. Se justifican plenamente, a nuestro modo de ver, las críticas que hemos de efectuar en el curso de cada capítulo, pero como estamos convencidos de que -en este tema, como en otros que plantea la realidad- no alcanza el mero discurso descalificador, proponemos al mismo tiempo, a modo de sugerencia, las modificaciones a la legislación vigente, las que habrán de ser plasmadas en el último Capítulo de este trabajo^{lxxviii}.

Capítulo II

EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR

SUMARIO: 1.- Estructura típica. 2.- El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. 3.- Acción típica. 3.1.- Alcance del verbo “sustraer”. 3.2.- La expresión “medios indispensables”. 3.3.- La capacidad económica del autor. 4.- Causas de inexigibilidad de la conducta. 4.1.- Falta de empleo. 4.2.- Disminución de empleo por enfermedad. 4.3.- Condena privativa de libertad. 4.4.- Negativa a recibir asistencia. 4.5.- Formación de una nueva familia. 5.- Cumplimiento parcial.

1.- Estructura típica

Recordemos que el delito según la doctrina penal predominante es la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible. La ley de incumplimiento

de los deberes de asistencia familiar contempla dos figuras penales: el delito de incumplimiento de asistencia de los deberes de asistencia familiar en los artículos 1 y 2, y el delito de insolvencia alimentaria fraudulenta en el incorporado artículo 2 bis.

Vamos a proceder entonces, a través de este trabajo, solamente a analizar la estructura típica del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, ya que si nos extendemos también a la figura prevista en el artículo 2 de la ley excederíamos considerablemente el presente, puesto que al ser una figura de igual trascendencia que la que nos ocupa, podríamos caer en la falencia de no llegar a tratar elementos importantes de cada tipo penal.

2.- El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar:

3.- Acción típica

Es sabido que la acción es un acto humano capaz de producir modificaciones en el mundo exterior, la cual el legislador toma en consideración con el fin de describirla y sancionarla con una pena y a su vez la misma debe cumplir determinadas condiciones. En primer lugar debe ser producto de la voluntad humana, sin que, aún debamos atender al contenido de esa voluntad. Lo más importante para la teoría de la acción es que se trata de un acto, sin importar cual sea su contenido, que se origina en el libre albedrío del individuo, se trata por tanto de una manifestación de su voluntad espontánea y conciente. Lo único que se requiere para su existencia es que el sujeto quiera su propio obrar. Además esta manifestación de voluntad debe ser exteriorizada, sea a través de actos positivos o por medio de actos negativos, pues sino sería irrelevante para el Derecho Penal.

En síntesis, la acción ha de producir un resultado en el mundo exterior, ya que lo que no trasciende podría entrar en el ámbito de la ética, pero jamás en el del Derecho. Aunque no siempre deberá el resultado conducir a una mutación material para que la acción exista. Además debe existir una relación de causalidad entre tal manifestación de la voluntad del sujeto y el resultado para que la acción pueda ser considerada típica.

En el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar la acción típica, conforme a los artículos 1 y 2 de la ley, consiste en *sustraerse* a prestar los medios indispensables para la subsistencia de las personas indicadas por la ley^{lxxix}.

3.1.- Alcance del verbo “sustraer”

El verbo "sustraer" alude a la voluntad del sujeto activo encaminada a eludir su compromiso u obligación, por lo que se entiende que el delito exige dolo. Basta con un solo hecho de carácter omisivo para que haya delito.

Se sustrae de prestar los medios indispensables quien se desentiende, prescinde, hace caso omiso del deber alimentario por hacer de él una abstracción. Implica no prestar o, prestar (dar) en menor medida de lo que resulta indispensable.

La doctrina y jurisprudencia son unánimes en considerar que la acción de sustraerse consiste en apartarse o separarse de la obligación de proporcionar el sustento, manifestándose ese apartamiento, o esa separación, por medio de una omisión^{lxxx}.

Recientemente la Sala III de la Cámara Penal de Rosario ha expresado que el verbo "sustraerse" mencionado en la ley no requiere ninguna intencionalidad, ni maliciosidad a los efectos de que se configure el delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar, ya que ello no lo exige el tipo, sino que "sustraer" significa "faltar al cumplimiento de un deber, de una palabra...", lo que implica que basta el conocimiento y la intención de no cumplir con el deber o la obligación que la ley impone, en función de la calidad de padre de hijos menores de edad para que se dé la acción típica^{lxxxii}.

3.2.- La expresión “medios indispensables”

Es diversa la postura que han tomado los autores en cuanto a las palabras empleadas por el artículo 1º al reprimir a quien se sustrajere de prestar los

“medios indispensables para la subsistencia”, en el sentido de que puede considerarse que implica que deben cubrirse los deberes alimentarios establecidos por el Código Civil, o solo cubrir las necesidades para lograr la mera subsistencia del sujeto pasivo.

El Código Civil consagra en el artículo 265 el deber de todo padre respecto de sus hijos menores sometidos a patria potestad de alimentación y educación de acuerdo a su “condición y fortuna”^{lxxxii}, e impone que esta obligación no sólo deberá ser satisfecha con los bienes de los hijos, sino también con los propios de sus progenitores. Respecto del alcance de esta obligación, el mismo código en su artículo 267 establece que “comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad”^{lxxxiii}.

Por otro lado, encontramos autores que aseguran que la obligación impuesta por la ley penal posee un contenido más restringido al deber alimentario regulado en materia civil^{lxxxiv}, afirmando la existencia de diferencia entre estos términos conceptuales y los utilizados por el Código Civil en el art. 267^{lxxxv}.

El criterio predominante en la doctrina parece ser el que razona que la ley se refiere únicamente a la asistencia económica, y no a la asistencia moral o material^{lxxxvi}. Así lo expresó Díaz de Guijarro en nota al fallo de la Cámara del Crimen de la Capital, en que la decisión del tribunal se fundó en que por medios indispensables para la subsistencia se entiende alimentación, vestido, habitación y asistencia médica^{lxxxvii}.

Asimismo adoptan una postura ecléctica aquellos autores partidarios de la idea de asimilar ambos conceptos^{lxxxviii}. Caimmi y Desimone advierten al lector de la imprecisión de la fórmula brindada por la ley penal, entrando en juego el principio constitucional de legalidad, que requiere un mínimo de certeza en la determinación y ulterior interpretación de los tipos penales^{lxxxix}.

Baigún respalda una solución diferente sosteniendo que este delito es un tipo penal abierto, y que es el juez quien tendrá el deber de clausurar con tal indeterminación. Así, deberá compararse el denominado “modelo social medios

indispensables para la subsistencia” con los medios no prestados por el sujeto en el caso concreto^{xc}.

Sin embargo Lascano y Laje Anaya consideran que se mantiene la independencia de los conceptos de la ley civil con la penal, ya que esta última no tiene en cuenta la calidad de la persona beneficiada ni su condición social, extremos que, al contrario, sirven como parámetros en la fijación de los alimentos civiles, en los que el contenido de la prestación se encuentra en relación directa con el nivel social, poder económico y hábitos de vida de quien es su beneficiario^{xc1}.

La jurisprudencia ha intentado sentar el límite de los medios asistenciales. Uno de los más importantes fue en el plenario “Aloise” en el cual el juez Cabral expresó que el enunciado *“medios indispensables para la subsistencia no ha sido empleada para significar que el sujeto pasivo debe encontrarse en un estado real de necesidad lindante con la indigencia absoluta, sino para circunscribir el alcance de la figura delictiva de que se trata a los casos en que el sujeto activo se sustrae a la obligación de prestar una asistencia que efectivamente es indispensable por carecer la víctima de recursos propios.”* Y el juez Frías Caballero aseveró en ese mismo plenario que *“hablar de medios indispensables para la subsistencia implica la presencia de un sujeto pasivo que se encuentra en cierto estado de necesidad, esto es, en una determinada situación de peligro. En suma: no hay medios indispensables si no existe en algún momento (breve o extenso) un necesitado, eventual sujeto pasivo del delito. Tan paladino es esto que se afirma con unanimidad que el delito no se configura –pues falta el presupuesto- si el menor o el cónyuge tienen recursos propios suficientes.”*^{xcii}

La Cámara Penal de Venado Tuerto consideró que el bien jurídico protegido radica en el aseguramiento de los medios indispensables de subsistencia, y que ellos tienden a reprimir las más dolorosas y trágicas formas de abandono económico de la familia^{xciii}. Y agregamos que de acuerdo a la jurisprudencia alemana deben ser puestas en peligro las necesidades vitales apropiadas, mas no las necesarias^{xciv}.

La jurisprudencia ha parificado la noción de medios indispensables con la de alimentos que maneja el derecho civil^{xcv}. Pero en base al principio de interpretación restrictiva de las normas penales, y al de legalidad aludido *Sutra* por Caimmi y Desimone^{xcvi}, y la vigencia del texto actual del art. 1º de la ley 13.944, disparador de las discrepancias expuestas; y no conteniendo el mismo la especificidad que requieren los tipos penales, creemos que es menester inclinarnos por el momento hacia la postura que sostiene la diferencia sustancial entre los medios indispensables mencionados por la ley penal con los establecidos en forma amplia por la ley civil; con la enérgica esperanza de una pronta reforma que subsane esta indeseable laguna normativa.

3.3.- La capacidad económica del autor

El delito no solo exige el incumplimiento de la obligación, sino que además debe tener el autor la posibilidad de cumplir con el deber jurídico impuesto por la ley. Entonces no existirá delito si el actor se encontraba en imposibilidad de cumplir con la obligación, así lo consideran Fontán Balestra, Maggiore, Lascano y Leone^{xcvii}. Por ende, en tal caso habrá atipicidad legal.

La Cámara de Apelaciones en lo Penal de Venado Tuerto adiciona adecuadamente que a los fines de la configuración del delito la renuencia del progenitor no debe ser vista ni analizada como un hecho aislado, ya que todo comportamiento sucede en un contexto y toma su significación del ámbito en el cual tiene lugar^{xcviii}.

Siguiendo este argumento cabe tener en cuenta que el obligado debe poseer capacidad económica que le permita solventar los gastos requeridos, o sea, la capacidad real de concurrir, solo o en conjunto con los demás obligados, a satisfacer las necesidades básicas, más no mínimas, del sujeto pasivo.

Es por ello que durante la sustanciación del proceso en su contra por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, corresponde al obligado la demostración de la merma en su capacidad económica^{xcix}.

La jurisprudencia alemana sentó la base de que es necesario que el sujeto tenga capacidad de cumplir con la obligación sin poner en peligro la satisfacción de sus propias necesidades básicas, pero debe tolerarse la restricción de su nivel de vida^c.

Es novedosa la praxis del Tribunal Federal Superior suizo, la cual acude a una regla estricta a los fines de valorar la capacidad económica del obligado en función de la correlación entre sus ingresos y el eventual monto embargable para solventar sus deberes alimentarios: así se establece que todos los ingresos que superen el mencionado umbral podrán ser considerados suficientes para incurrir en responsabilidad penal por el incumplimiento de aquellos deberes. El efecto en la práctica de aplicar tal criterio se proyecta en forma negativa sobre la posibilidad de aplicar eximentes, por ejemplo, si el autor incurre en un estado de necesidad disculpante que lo obliga a sustraerse de cumplir con uno de los deberes alimentarios que concurren de manera simultánea respecto de sus hijos de uno u otro matrimonio^{ci}.

Y creemos que el Tribunal en lo Criminal Número 1 de Necochea hizo un intento por sentar los caracteres que deben mediar para considerar que existe incapacidad económica del obligado al establecer que la misma debe ser *“auténtica, total, insuperable y no provocada, y, en su caso, demostrarse la voluntad de cumplir”*, considerando que las dificultades económicas del obligado no lo excusa del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar^{cii}.

4.- Causas de inexigibilidad de la conducta

Muñoz Conde y García Arán interpretaron que la omisión en sí no existe, la omisión es la omisión de una acción que se puede hacer y por eso mismo, está referida siempre a una acción determinada en sí, sino siempre y en todo caso, la omisión de una acción determinada.^{ciii} De este comentario se desprende que el sujeto autor de la omisión debe estar en condiciones de poder realizar la acción debida; en caso de no existir tal posibilidad de acción, por las razones que sean, no puede hablarse de omisión.

Meras excusas respecto a la falta de recursos económicos por parte del agente no son válidas, excepto que razones objetivas y serias hagan imposible cumplir con la asistencia^{civ}.

En este sentido, por ejemplo, la capacidad económica del sujeto activo puede verse disminuida en razón de padecer una enfermedad que no le permita realizar actividad remunerativa alguna, o la situación de no contar con empleo alguno, así como también el estar cumpliendo una condena que lo prive de su libertad. En estos casos se reconoce que no existe capacidad económica del obligado^{cv}.

Diversos casos quedan contemplados, los cuales expondremos a continuación, a fin de establecer si en ellos se configura o no el tipo objetivo; en los casos en que no se configure la conducta típica hablaremos de casos de atipicidad, porque son supuestos de ausencia de tipo por inexistencia de uno de sus elementos: la capacidad económica del sujeto activo.

4.1.- Falta de empleo

La falta de trabajo no conduce en todos los casos a la atipicidad del delito, es decir a la imposibilidad de cumplir con la conducta debida. La persona obligada, para poder eludir la figura deberá demostrar que estuvo imposibilitada de obtener, por vía directa o indirecta, medios indispensables para la subsistencia del beneficiario de la prestación a su cargo.

En los casos en que el sujeto activo cuente con cierto patrimonio económico, pero carezca de la posibilidad de obtener trabajo, por motivos de edad, ausencia de idoneidad o falta de ofertas de empleo, no cabe duda de que al comprobarse la existencia de bienes de su propiedad no puede invocarse la imposibilidad por falta de trabajo para incumplir el deber alimentario, ya que podría, por ejemplo, haber alquilado o realizado aquellos bienes con el fin de solventar en todo o en parte tal obligación legal. Caimmi y Desimone destacan que lo importante es contar con algún elemento de convicción que permita tener por probado que el imputado desplegó alguna conducta dirigida a disminuir el

peligro, en que la ley presume que se halla el beneficiario del deber de asistencia familiar^{cvi}.

Lo que sí, en opinión de tales autores, debe quedar claro que la ley penal no incrimina el mero hecho de no trabajar o la conducta holgazana. No se puede entender, de ningún modo, que la ley impone el deber de trabajar por vía de la amenaza de una sanción penal. Si bien es muy loable, desde el punto de vista ético-moral y jurídico-familiar, sancionar de modo indirecto o directo la violación de dicho deber, sería una enormidad sostener que es delito no trabajar^{cvi}.

Por ello, resultan objetable desde esa óptica aquellos fallos que parecen sugerir que la ley penal aparece como imponiendo el deber jurídico de trabajar^{cvi}. Además se sostiene que nuestro derecho penal es de acto, y no de autor, por lo que resulta desaconsejable considerar que se incurre en el delito cuando no se realiza tarea lucrativa, como lo hace alguna doctrina^{cix}. Porque, en rigor, la tipicidad se configura por la omisión de suministrar medios indispensables y, en consecuencia, quien no trabaja pudiendo hacerlo, pero vive de rentas o de la caridad de terceros (por más reprochable en el plano ético que sea esto último) y aplica parte de esos ingresos para sufragar la asistencia familiar, no incurre en el tipo.

Distinto es el caso de quien abandona su trabajo deliberadamente y con ello pretende colocarse en situación de atipicidad o inculpabilidad, según donde se ubique este elemento, y al mismo tiempo no suministra los medios indispensables para la asistencia familiar. Aquí obviamente se configura el tipo penal^{cx}. Así lo ha sostenido la Cámara Nacional Criminal y Correccional al afirmar que incurre en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar el obligado que ha renunciado de modo malicioso a su empleo con el fin de sustraerse a la prestación de los deberes alimentarios^{cx}.

Es extraña a nuestro derecho la medida de cierta jurisprudencia del Tribunal Federal Superior suizo en el sentido de que cobijó la posibilidad de obligar a una persona a incorporar otra ocupación accesoria más rentable para propender al cumplimiento de sus deberes alimentarios, ya que la actividad artística que realizaba no era suficiente para solventar sus propias necesidades y menos aún la de aquellos deberes^{cxii}.

Con un juicio razonado la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional revocó la sentencia que condenó por el delito del artículo 1° de la ley 13.944 a una persona por el hecho de estar sin trabajo y no obstante comenzar a cursar una carrera universitaria, ya que consideró que si el mismo se estaba deprimido y ambicionó *“un proyecto a largo plazo para mejorar socialmente y lo hizo en un establecimiento estatal gratuito, no es lícito presumir en su contra que lo efectuó rumbosamente o, a lo menos, gastando sumas significativas de dinero que hubiera podido direccionar en el sentido que la ley le reclama.”*^{cxiii}

La Cámara Nacional de Rafaela expuso concientemente que pretender, y en defecto de otra prueba, que una persona que carece de trabajo fijo y vive de changas, cumplimente su deber legal familiar, por más que esté signado por un innegable contenido ético, es vivir ajeno a la realidad, de allí que sea necesaria la voluntad dolosa, inexcusable para la tipificación del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar^{cxiv}.

En contrario a lo expuesto precedentemente el Juzgado Correccional de la 1ª Nominación de Salta en 20 de abril del año 2005 decretó el procesamiento por este delito a una persona que, no obstante estar desocupado, se encontraba en tal situación por no ser afecto al trabajo ni poseer profesión u oficio, ya que *“si bien no incurre en el incumplimiento el que involuntariamente no se encuentra en condiciones económicas para hacer la prestación en su totalidad o en parte, el incumplimiento por despreocupación, holgazanería, disipación o vicio es voluntario y no simplemente un incumplimiento culposo impune.”*^{cxv}

Más allá de este último criterio aislado, doctrina y Jurisprudencia son unánimes en considerar que la merma laboral sufrida por el obligado, quien debido a ello cumplió parcialmente con sus obligaciones alimentarias, no configura el delito de omisión dolosa en análisis^{cxvi}.

Por ende, creemos que la falta de trabajo del sujeto activo, no constituye el tipo objetivo de la figura penal de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, por carecer del elemento necesario para que se configure: la capacidad

económica del autor del hecho. Ahora bien, si la falta de tal capacidad es consecuencia directa o indirecta de actos o hechos destinados a colocarse en tal situación y existente la voluntad dolosa de incumplir con aquellos deberes (debiendo probarse en cada caso este aspecto subjetivo) se configura acabadamente este tipo penal, pero si se exime de la intención de l agente deberá eximírsele de juzgamiento ya que por el principio *indubio pro reo* se presume la inocencia del sujeto activo.

4.2.- Disminución de empleo por enfermedad

Para determinar la incidencia de esta cuestión como una forma de posibilidad de cumplir con la conducta debida, será necesario tener en cuenta el estado físico y psicológico-psiquiátrico del imputado y, constatado algún deterioro en su salud, deberán valorarse sin perder de vista la realidad circundante de aquél, sus concretas posibilidades para acceder al mercado de trabajo según la formación laboral o profesional que hubiere alcanzado, edad, sexo, patología de la que es portador (gravedad, posibilidades terapéuticas, carácter permanente o transitorio de dicha patología) y el grado de incapacidad laborativa sobre la estimada en el caso como “total obrera”^{cxvii}. La noción de “realidad circundante” está íntimamente ligada a los niveles de ocupación laboral, conforme al nivel de la oferta y la demanda registrada en el mercado de trabajo en general^{cxviii}.

En virtud de todos estos elementos, restaría preguntarnos sobre las concretas posibilidades del imputado para obtener una labor remunerada en su actividad habitual o en cualquier otra que le hubiere asegurado un ingreso económico. A tal fin, no hay que olvidar las disposiciones al respecto contenidas en la Ley de Riesgos del trabajo N° 24.557, conforme a las cuales el empleador debe efectuar un estricto examen preocupacional. En rigor, es muy difícil que una persona de mediana edad y afectada de algún grado de incapacidad física o mental pueda sortear con éxito dicho examen^{cxix}.

Por tanto, las conclusiones del informe psicológico y físico efectuado por el empleador en el caso, serán de gran utilidad para conocer la incidencia de la incapacidad laborativa en el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar,

imputado en sede penal. Con todo, es preciso puntualizar que en la jurisprudencia no se observa un criterio unánime al respecto^{cxx}.

Y agregamos, como ejemplo, que conforme el art. 227-3 de la ley penal francesa no puede ser condenado por el delito de abandono de familia al afectado por una indisposición cardíaca, que lo obligó a guardar reposo completo, no cumpliendo con las obligaciones alimentarias debido a esta causa de fuerza mayor^{cxxi}.

4.3.- Condena privativa de libertad

La existencia de condena de prisión o reclusión efectiva exime en forma absoluta la conducta típica, ya que estos tipos de ejecución penal restringen la libertad del sujeto activo y por tanto no puede exigírsele el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley.

Y además sabemos que la condena penal produce la privación de la patria potestad de pleno derecho, por tanto el condenado es sujeto a la privación de la misma y a la suspensión de su ejercicio conforme el artículo 12 del Código Penal^{cxxii}, pero no es por ello que está relevado de las obligaciones alimentarias impuestas por la ley civil.

Entonces si bien parece que en principio el condenado se encuentra en posibilidad de cumplir con tales deberes, es ajustado a la realidad que el mismo carece de un contacto permanente con su núcleo familiar o con la persona a la cual debe asistir, y ello lo coloca en una situación difícil a los fines de supervisar la asistencia otorgada^{cxxiii}.

Al mismo tiempo es indiscutible que el condenado no posee los medios económicos necesarios para configurar la conducta típica y que carece de la posibilidad de obtenerlos; o al menos, si pudiera conseguirlos con el producto de su trabajo en la cárcel, ello son alcanzarían a cubrir ni siquiera en su más mínimo el deber impuesto legalmente, ya que tal producido es afectado en su totalidad - según lo dispone el inc. 1º del artículo 11, del Código Penal- al pago de las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por el delito^{cxxiv}.

Por los motivos expuestos, no existe duda de que será atípica la conducta en caso de que la persona esté cumpliendo prisión o reclusión efectiva, cuando la misma esté condenada, y aun en los casos en que ella se encuentra cumpliendo prisión preventiva, no habiendo recaído aun condena.

4.4.- Negativa a recibir asistencia

El principio es que en caso de que el obligado tuviere la intención de prestar los medios para la subsistencia del interesado, y éste se negare a recibirlos, quedará excluido el tipo penal, ya que aquel no se ha sustraído a su deber.

Pero este criterio debe tomarse con mucho cuidado, es por ello que tanto doctrina como jurisprudencia sostienen que el delito se mantendrá únicamente si la negativa tuviere una entidad suficiente por su fundada razón, como sería en el caso de que una mujer se negara a recibir alimentación y habitación en un domicilio en donde se abuso de ella o se le aplicaron malos tratos^{cxxv}.

Y además Se ha dejado asentado que el pago de las obligaciones alimentarias puede realizarse en forma directa al cónyuge a cargo de la tenencia del menor o de su cuidado, e incluso mediante consignación judicial^{cxxvi}, por tanto no cabe duda de que en caso de negativa del interesado en recibir los alimentos, sea fundada o no, el obligado puede proceder al pago de los mismos, a través de esta efectiva forma y de prueba indubitable, como es la consignación judicial de los mismos.

4.5.- Formación de una nueva familia

Es difícil establecer la responsabilidad penal del obligado, en los casos en que formalice una nueva relación de pareja de la cual nazcan otros hijos que los habidos anteriormente con otra mujer.

Asimismo, es complicado analizar tal responsabilidad en base a la situación económica de una persona en las que recaen multiplicidad de obligaciones asistenciales, sea por la gran cantidad de hijos menores de edad o

impedidos que la misma posee^{cxvii}, ya sea los que hubiere con la misma pareja, con otra, y aun con varias personas distintas.

En este sentido el Juzgado de Menores de la 1ª Nominación de Córdoba, considerando tal situación de facto, creyó que: *“Corresponde absolver al encartado por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar si la prueba colectada no alcanza para acreditar el dolo requerido por la ley 13.944 (Adla, X-A, 86), en tanto aportó ayuda económica a su ex cónyuge e hijos -en el caso, alquiler de una vivienda y alimentos- pero mermó su contribución al formalizar una nueva pareja, pues éste constituye un problema real al que debe sumarse la crítica situación social que asola a los hogares argentinos.”*^{cxviii}

En idéntico sentido se pronunció la Cámara de Venado Tuerto en agosto de 2001 al absolver al imputado por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar al no acreditarse el dolo que se requiere para la configuración de ese delito; y al haberse demostrado que el imputado aportaba ayuda económica a su esposa e hijos y le pagaba el alquiler de un inmueble, a más de suministrarle mercaderías; y muy locuazmente expuso que: *“la crítica formulada en el sentido que el denunciado al formalizar nueva pareja, dejó de contribuir como lo estaba haciendo, crea un problema real del cual no puede ignorarse que se constituye en un drama en nuestra época, consistente en que a medida que se producen separaciones conyugales, se van formando nuevas familias, que a su vez requieren el aporte económico que también requiere la anterior; si a este panorama, se le suma la caótica situación social que a nivel de la economía nacional asola a numerosos hogares argentinos.”*^{cxix}

5.- Cumplimiento parcial

Debemos preguntarnos si un cumplimiento parcial, es decir, no suficiente, configura el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, pues a fines de comprobar la omisión de la conducta debida, deberá compararse la conducta que realizó el obligado y la que requiere el cumplimiento del deber. Así la acción mandada se tendrá por cumplida cuando el obligado haya intentado seriamente su realización^{cxix}.

Aquí habrá que distinguir aquellos casos en que existe cuota alimentaria fijada en sede civil, de otros en los que no se cuenta con este parámetro cuantitativo para determinar el grado de incumplimiento en que ha incurrido el imputado. Se hace necesario estimar de alguna manera aquello que la ley denomina como “medios indispensables”, y que ya hemos desarrollado. Si atendemos a evaluar alimentos, vestimenta, salud, educación y vivienda, aun para cubrirlos mínimamente y en base a los altos costos de los mismos en relación con los ingresos del obligado se comprobaría ampliamente que en muy pocos casos nos encontraríamos con un cumplimiento total de la obligación debida^{cxxxix}. Entonces deberá valorarse antes que la cantidad, más bien el grado de esfuerzo que ha realizado el obligado para cumplir o al menos cumplir con la cuota alimentaria, sea fijada en sede civil o no.

Fontán Balestra considera que el cumplimiento parcial de asistencia cae dentro de la previsión penal del delito, sea por omitir alguno de los aspectos que ella comprende (alimentación, vivienda, etc.), sea por la irregularidad de los pagos (pagos discontinuos o tardíos)^{cxxxix}.

Esta postura han abrazado las distintas salas nacionales, así la Sala 1 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en 1989 consideró que el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar “*se configura objetivamente con un solo incumplimiento por parte del sujeto activo, es decir, la satisfacción parcial equivale a la insatisfacción de lo debido.*”^{cxxxix} La Sala 1 del Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, confirmó recientemente una sentencia condenatoria en base a que habiéndose probado la capacidad económica del sujeto la “*contribución irregular o caprichosa*” no borra el ilícito^{cxxxix}.

La Cámara de Apelaciones en lo Penal de Venado Tuerto consideró que no solo comete el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar el que no otorgase en forma total los medios indispensables para la subsistencia del sujeto pasivo, sino también aquel que sólo cumpliera parcialmente la obligación^{cxxxix}.

La Sala IV de la Cámara Nacional Penal en fallo dictado durante el año 2000 sustentó que *"La ley 13.944 no hace hincapié en la noción de medios indispensables para la subsistencia -como pretende el recurrente- sino en la determinación del dolo con que pueda haber obrado el autor, porque la omisión ha de ser deliberada, maliciosa, sustrayéndose el obligado de prestar los medios indispensables para la subsistencia, a pesar de haber sido requerido al efecto y de encontrarse en condiciones de hacerlo, circunstancias estas últimas que la sentencia de fs. 356/362 analiza exhaustivamente"*^{cxxxvi}. En este caso observamos que el imputado provisionó de elementos innecesarios al menor, lo que demostró la capacidad económica del obligado, quien pese a ello se sustrajo al cumplimiento de su obligación alimentaria establecida y firme.

Entonces, ha afirmado la mayoría de la jurisprudencia que el cumplimiento en forma irregular o en cantidades inferiores a la fijada en sede civil, por sí solo, no es demostrativo de una actividad dolosa o de una conducta enderezada deliberadamente a sustraerse a los deberes de asistencia familiar, en tanto se demuestre siquiera en mínima medida la voluntad de cumplir. Caimmi y Desimone siguen esta postura, pero no basada en el dolo del agente, como lo hace la jurisprudencia, sino en que en el imputado ha cumplido mínimamente con la conducta debida, por tanto no se ha configurado ni siquiera el tipo objetivo exigido, y por tanto mal podría hablarse de dolo^{cxxxvii}.

Es muy difícil realizar un análisis detallado de todos los casos en que podemos encontrarnos frente a un cumplimiento parcial, y establecer si éste configura o no la figura penal de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Pero podemos concluir que teniendo en cuenta las diferentes formas que puede adoptar este cumplimiento parcial, deberá estarse, en definitiva, a cada caso en concreto teniendo en cuenta las especiales circunstancias de tal cumplimiento (por ejemplo: existencia de sentencia civil; modalidades del cumplimiento: discontinuo, irregular, circunstancias personales de los sujetos.) y específicamente la intención y esfuerzos del obligado con el fin de cubrir, al menos en forma mínima, el pago de los deberes asistenciales.

En resumen y luego del examen realizado sobre los distintos supuestos de conductas típicas y atípicas, hemos de recordar que la acción exigida por el

artículo 1° de la ley 13.944 consiste en la omisión de concurrir a la manutención de los hijos^{cxxxviii}, medie o no sentencia civil al respecto. Procedamos entonces a dar a conocer quienes son los sujetos activos y pasivos del delito que nos ocupa.

Capítulo III

SUJETOS DEL DELITO

SUMARIO: 1.- Sujetos del delito. 2.- Sujetos Activos. 2.1.- Los padres. 2.2.- Los hijos. 2.3.- Adoptante y adoptado. 2.4.- El tutor, el curador y el guardador. 2.5.- Los cónyuges. 3.- Otras personas que prestan asistencia. 4.- Sujeto Pasivo. 5.- Derechos del niño.

1.- Sujetos del delito

La ley N° 13.944 contiene una prolija enumeración de los sujetos del delito. El elenco es, desde cierto punto de vista, más amplio que el previsto en el Código Civil, en cuanto incluye al tutor, curador y guardador y más limitado en lo atinente al vínculo parental, en cuanto incluye al núcleo familiar restringido (hijos, padres, cónyuges), con lo que quedan excluidos otros parientes que, como los abuelos y los hermanos, están obligados a pensión alimentaria civil. Ese

elenco es, asimismo, más extenso que el de la mayoría de las legislaciones extranjeras, cómo que involucra aquellos que tienen deberes, fundado en elementales sentimientos de solidaridad de atender a los medios de subsistencia hacia el desamparado en cuanto miembro de la comunidad económica familiar^{cxxxix}.

2.- Sujetos Activos

2.1.- Los padres

Son sujetos activos de este delito, en primer lugar, tanto el padre como la madre del sujeto pasivo, es decir, de los menores de dieciocho años de edad o de los mayores impedidos. La ley impone el deber de asistencia a ambos progenitores.

Son comprendidos en la norma tanto los padres naturales (C.C., ley 23264, art. 240) como los adoptivos de modo simple o pleno (C.C., arts. 323 y 329 de la ley 24.779).

En lo referente al padre la obligación de asistencia nace a partir de su reconocimiento o de la sentencia dictada en juicio de filiación que lo declare como padre (C.C. ley 23264, art. 247).

También en relación a la paternidad juegan las presunciones del Código Civil en los artículos 245 el cual refiere expresamente: *“la ley presume que los hijos concebidos por la madre, durante el matrimonio, tienen por padre al marido”^{cxl}*, y la del artículo 246 que dice *“Son hijos legítimos los nacidos después de ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio, y dentro de los trescientos siguientes a su disolución, si no se probase que había sido imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento”^{cxli}*. En relación a los padres extramatrimoniales, es menester que hayan reconocido al hijo para que pueda configurarse este delito.

Aún si la paternidad estuviere controvertida, ésta resultará totalmente indubitable con el resultado de Histocompatibilidad que arroje un porcentaje alto de probabilidad de ser hijo del imputado, en este sentido no debemos confundir el carácter de padre legal con el biológico, confirmando que cualquiera sea la posición del imputado el deber alimentario pesa igual sobre sus espaldas^{cxlii}.

Y mas aún al determinar la ley desde cuando se reputa que una persona es el “padre” de alguien, es una presunción juris tantum, y es desde allí cuando nace esa reciprocidad en donde el niño adquiere el carácter de “hijo” y el padre tiene la obligación de asistirlo, y los derechos que le confiere tal estado, esa presunción legal solamente puede ser destruida por prueba en contrario, pero hasta tanto ello ocurra, el padre legal tiene para con ese hijo la obligación alimentaria emergente de todas los derechos y obligaciones emergentes de tal carácter.

En cuanto al origen de la obligación alimentaria de los padres respecto de los hijos menores ya hemos considerado ab initium que algunos autores creen que la misma surge de la misma ley penal^{cxliii}; y otros que consideran que, tal mandato surge del artículo 265 del Código Civil^{cxliv}, donde se le reconoce a los primeros el derecho-deber de cuidar y alimentar a sus hijos menores de edad conforme a su condición y fortuna, como hemos estudiado en el Capítulo I de este trabajo.

Ahora bien, existe una primera limitación impuesta por la ley penal que no surge de la civil, la que necesariamente debe ser tenida en cuenta a fin de no vulnerar el principio de legalidad (art. 18 C.N.). La ley penal pone como límite los dieciocho años de edad, de modo que más allá que la obligación civilmente persista luego de traspuesto ese límite temporal -ver en ese sentido artículo 126 del Código Civil-, a los fines penales, cabe tenerlo en cuenta; aunque este principio se halla seriamente limitado al admitirse como excepción el poder acreditar luego de cumplida esa edad el hallarse impedido de procurársela por sí mismo.

En lo referente a la madre se exige que su maternidad haya quedado establecida a través de la prueba del nacimiento y la identidad del nacido (C.C. art. 242, ley 24540)^{cxlv}.

No libera a los progenitores de cumplir con sus deberes alimentarios respecto de sus hijos, ni la separación personal (C.C. ley 23515, art. 201) ni la disolución del vínculo (C.C. Ley 23515, arts. 206 y 207)^{cxlvi}.

En igual dirección se inclina la jurisprudencia, así la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de Dolores estableció que no pueden esgrimirse como excusas ante el incumplimiento de los deberes asistenciales el abandono del cónyuge para vivir con otra persona y no saber el destino que aquel le daría al dinero, ya que la obligación alimentaria pesa igualmente sobre quien se encuentra divorciado o separado, siendo jurídicamente suficiente que al momento del hecho, el autor, sea padre o madre de aquéllos^{cxlvii}.

En relación al término “impedido” en una primera acepción, se incluye a toda persona quien sufre una incapacidad o quien no puede satisfacer por sí mismo sus necesidades alimentarias. Deben reunirse ambos extremos, es decir que debe existir un daño de cualquier origen (accidente, enfermedad -congénita o adquirida-, etc.) que, en efecto, no le permita al sujeto pasivo procurar su propia asistencia o sustento. Por lo tanto el impedimento puede ser físico o psíquico, siempre y cuando quien lo padezca se encuentre imposibilitado, total o parcialmente, de procurarse su propio alimento y se vea en la necesidad de ser asistido económicamente. El grado de inhabilidad tendrá que ser apreciado por el juez con criterio circunstancial y adecuado a la personalidad y condiciones del presunto sujeto pasivo^{cxlviii}.

Para algunos autores las causas que extinguen la obligación alimentaria civil de los padres en relación con sus hijos influyen y operan necesariamente en el ámbito de la ley 13.944^{cxlix}. Pero en cuanto a la indignidad Ure, Fontán Balestra y Nuñez coinciden en que en los supuestos de indignidad el deber impuesto por la ley penal, en el sentido de prestar los medios indispensables para la subsistencia desaparecen^{cl}. No lo cree así Lascano en base a la creencia en la independencia de la obligación alimentaria civil de la impuesta por la ley penal^{cli}.

2.2.- Los hijos

Está también obligado al deber alimentario el hijo respecto de sus padres impedidos según el art. 2 de la ley. Se exige que el mismo haya cumplido 18 años de edad, pues de lo contrario no podría ser imputado penalmente (pues la ley 22.278, t.o. por ley 22.803, relativa al Régimen Penal de Menores, considera inimputables a los menores de 18 años en delitos reprimidos con pena privativa de libertad que no exceda de 2 años), aun cuando sin alcanzar la edad estuviere emancipado^{clii}. Rigen aquí los mismos supuestos relativos al cese de la obligación alimentaria por indignidad de los padres contemplados en las causas de desheredación en el artículo 373 del Código Civil, como también lo relativo al carácter de la filiación, y al alcance del término “impedidos”^{cliii}.

Por último, señala Ure que no habrá responsabilidad del hijo cuando la falta de medios que aquél debe proveer al padre, proviene de la ausencia de voluntad de este último para ganarse el sustento propio^{cliv}.

2.3.- Adoptante y adoptado

El inciso 2 del artículo 2 de la ley extiende la obligación asistencial al adoptante respecto del adoptado menor de 18 años o impedido y al adoptado respecto del adoptante impedido.

Es sabido que la adopción es el acto jurídico que crea un vínculo de filiación jurídica entre adoptante y adoptado. En nuestro derecho existen dos tipos de adopción: la simple y la plena, con consecuencias disímiles. La adopción plena confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen, extinguiendo así la obligación alimentaria de los padres biológicos. En la adopción simple, si bien no se extinguen los derechos y deberes que resultan del vínculo de sangre, la patria potestad si se extingue y con ella el deber de prestar alimentos.

A los efectos de este tipo, es indiferente que la adopción sea simple o plena, pues en ambas existe el deber alimentario impuesto por la ley civil (art. 240) y por la ley 13.944, pero si se dan las condiciones legales para revocar la primera cesa la obligación alimentaria.

2.4.- El tutor, el curador y el guardador

Se amplia este deber en el art. 2º de la ley, extendiéndolo al tutor, guardador y curador respecto del menor de dieciocho años de edad o mayor impedido que estuviere bajo su tutela, guarda o curatela.

El deber alimentario del tutor respecto del tutelado tiene su fuente en los artículos 412 y 416; y del curador al curado del 475, del Código Civil. Lascano cree que tales obligaciones no provienen de las mencionadas disposiciones, sino derivan de la menor edad del pupilo o del impedimento del mismo si fuere mayor, y considera que es una obligación principal no subordinada al cumplimiento de los deberes impuestos por la normativa civil a la tutela^{clv}.

Así, Ure considera que la ley 13.944, al incluir al tutor y al curador, introduce una interesante innovación que importa un avance sobre la legislación civil, que no impone al tutor ni al curador la obligación de proveer de su peculio los medios necesarios para la subsistencia del incapaz indigente^{clvi}, limitándose a exigir la prestación a los parientes (arts. 428 y 475 C. C.) y, en defecto de éstos, a colocar al incapaz o contratar el aprendizaje de un oficio y los alimentos (art. 430 C. C.).

Otros autores consideran que la obligación alimentaria sí deviene de aquellas normas, ya que el artículo 412 impone al tutor el deber de procurar la educación y alimento del menor los cuidados de un padre^{clvii}. Y además el 416 dice que el menor bajo tutela debe ser alimentado con arreglo a su clase y facultades^{clviii}.

En cuanto a la curatela, se le aplican a ella las normas de la tutela, así que se rige por lo dispuesto supra sin requerir ningún comentario en especial.

Y en lo que refiere a la figura del guardador ella es ciertamente desconocida para el Código Civil, pero tiene carta de ciudadanía en la ley de Patronato de Menores y en el Código Penal, que lo menciona expresamente en los artículos 36, 37, 39, 122 y 125. Por lo demás, ignorarlo sería cerrar los ojos a la

realidad, que ofrece el fenómeno frecuente de personas que, sin tener representación legal alguna, crían a menores que, por haber sido abandonados o simplemente “dados”, se incorporan con carácter estable al núcleo familiar, manteniendo relaciones domésticas y afectivas con el jefe de la familia^{clix}.

En varias sentencias coherentes, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal de la Capital, ha dado un concepto claro del “guardador”; entendiéndose el referido nada más que a potestad de hecho ejercida sobre el menor, a quien se tiene el deber de proteger y cuidar. Su inclusión en el grupo de obligaciones es, pues, para Ure inobjetable^{clx}.

2.5.- Los cónyuges

Entre los cónyuges también rige esta obligación, derivada del artículo 198 del Código Civil. La obligación alimentaria entre cónyuges surge desde la celebración misma del matrimonio, por lo que se ha dicho que no se requiere resolución judicial alguna que lo reconozca, ni aún que declare la separación del vínculo, ni la culpa de alguno de aquellos^{clxi}, aunque declarada la culpa del alimentado podrá dar lugar a su posterior replanteo. Igual recurso podrá efectuarlo tras declararse judicialmente con posterioridad el divorcio por culpa concurrente^{clxii}.

En caso de nulidad de matrimonio solo rige a favor del cónyuge de buena fe, conforme lo establece el Código Civil, sin embargo esta regla no es aplicable al campo penal debido al principio de legalidad. Las omisiones de la obligación serán típicas hasta el momento de la declaración de la nulidad del matrimonio, ya que hasta tal declaración subsisten las obligaciones alimentarias recíprocas entre cónyuges.

En cuanto al divorcio, hasta la sentencia judicial que lo declare subsiste la obligación alimentaria entre cónyuges. Pero si uno de los cónyuges es declarado culpable del divorcio, el otro tendrá derecho a la prestación alimentaria solo en caso de carecer de capacidad económica^{clxiii}. Y obviamente subsiste la obligación alimentaria en caso de separación de hecho.

Ahora y en último lugar, si la denunciante fuere la concubina y no la cónyuge del denunciado, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VII estableció que aquella no puede actuar por derecho propio, pues no reúne los requisitos normativos para ser titular del bien jurídico protegido, sin perjuicio de la correcta invocación de los derechos de su hijo, a quien legítimamente representa.^{clxiv}

3.- Otras personas que prestan asistencia

Solo las personas taxativamente expresadas en la ley se encuentran obligadas al deber alimentario a favor del sujeto pasivo, es por ello este delito un delito especial. Además cabe expresar que siguiendo un criterio restrictivo al momento de interpretar la ley penal, quedarán sólo atrapados por la norma aquellas personas cuyo grado de parentesco se encuentre efectivamente individualizado. En consecuencia quedan sin reproche -aún si se insolventaran de un modo malicioso para incumplir con la obligación alimentaria a su cargo- los abuelos^{clxv}, los concubinos entre sí^{clxvi} o el cónyuge culpable de la separación, aunque subsista el deber alimentario de conformidad con lo previsto en el art. 209 del C.C., sin perjuicio que cierta doctrina considera que de igual modo queda atrapado su actuar subsidiariamente a través del tipo de insolvencia fraudulenta previsto en el artículo 179, segunda parte, del Código Penal^{clxvii}.-

Aquella obligación de asistencia surge tan pronto como el obligado no le proporcione al beneficiario los medios indispensables para su razonable sustentación, aunque otra persona los proporcione; sea esta persona la madre u otros parientes obligados o no, y aun terceros no unidos por vínculo parental alguno y sin que por ende pese sobre ellos el deber alimentario.

Así el artículo 3 de la ley establece que la responsabilidad penal de los sujetos activos no queda excluida *“por la circunstancia de existir otras personas también obligadas a prestar los medios indispensables para la subsistencia”*. El hecho de que otros parientes cubran las necesidades básicas del sujeto pasivo no lo exime de responsabilidad penal, conforme lo prevé el art. 3 de la ley, de allí que no pueda hablarse de que el bien jurídico corra efectivamente un peligro cierto^{clxviii}.

En este sentido la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de Dolores impuso sentencia condenatoria por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, al imputado que se sustrajo a prestar los medios indispensables para la subsistencia de sus hijos menores, *“sin que a ello obste que algunos testigos hayan visto a los hijos del acusado comiendo en el comedor de la hermana de éste, pues, simplemente se trataba de una pequeña ayuda, no permanente ni que alcanza a cubrir las necesidades indispensables para la subsistencia, que proporcionaba la hermana del condenado.”*^{clxix}

Y así la Cámara Penal de Santa Fe consideró que para la configuración del delito no debe tenerse en cuenta que la omisión de la obligación por parte del imputado haya sido *“eventualmente suplida por la madre, ya que tal extremo de manera alguna enerva su propia responsabilidad que no puede depender del obrar de terceros.”*^{clxx}

Compartimos a modo de conclusión la postura sostenida por la Dra. Capolupo de Duradota y Vedia de la Sala IV de la Cámara Nacional Criminal en marzo del año 2000, cuyo voto expresa *“Sostener que no existe delito cuando otras personas han acudido en socorro del hijo, importa hacer depender la responsabilidad penal de la conducta de terceras personas y no de la omisión dolosa del obligado.”*^{clxxi}

4.- Sujeto Pasivo

La iniciativa legislativa tenía como propósito “la protección del desamparado en cuanto miembro de la comunidad económica familiar, frente a quien tiene deberes, fundados en elementales sentimientos de solidaridad, de atender a los medios para su subsistencia”, según surge de la exposición de Motivos de la ley de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar^{clxxii}.

El art. 1 de la ley tutela al integrante más débil de esta denominada comunidad económica familiar, que no es capaz de abastecerse de manera independiente. Sujetos pasivos, entonces, son los hijos menores de dieciocho años y los que superando esa edad padecen algún impedimento físico y/o psíquico.

Según Nuñez estos hijos pueden ser matrimoniales o extramatrimoniales reconocidos^{clxxiii}, pero Caimmi y Desimone prefieren hablar de hijos biológicos o adoptivos pareciendo mas acertado esta acepción^{clxxiv}.

La ley tiene como propósito otorgar a estos sujetos pasivos el necesario marco de contención económica, el que deben suministrarle sus padres para que aquellos obtengan los medios necesarios para posibilitar su desarrollo pleno dentro de la sociedad.

También son sujetos pasivos de este delito, conforme el artículo 2 de la ley: los padres naturales y adoptantes impedidos, y en este caso -como hemos señalado supra- el obligado será el hijo mayor de edad no impedido; y el cónyuge no separado legalmente por su culpa.

En todos los casos la prueba de la condición de ellos se acredita con los instrumentos que, según el derecho civil, prueban el estado de familia respectivo.

La doctrina está de acuerdo en considerar que la protección que otorga la ley 13.944 es, por un lado, más amplia que la del derecho civil, pues incluye expresamente a los menores sujetos a tutela, curatela o guarda e impone a los respectivos tutores, curadores y guardadores el deber, pero por otro lado, y al mismo tiempo, sus alcances son más restringidos, en tanto es importante volver a destacar que excluye a los abuelos (y demás ascendientes), hermanos y medios hermanos y parientes por afinidad, los que, al contrario, tienen vocación alimentaria desde el punto de vista civil^{clxxv}.

Cabe agregar que en el plenario “Guersi” se afirmó que “la sola pluralidad de víctimas no configura un supuesto de reiteración en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar”^{clxxvi}, en concreto, esto es así -según la posición mayoritaria^{clxxvii}- porque el bien jurídico tutelado es la familia y, en estas condiciones, existiendo unidad de bien jurídico, la omisión en que incurre el sujeto activo (no prestando los medios indispensables para la asistencia familiar) relativa a uno o a todos los miembros del grupo familiar, afecta a un único bien jurídico^{clxxviii}.

Caimmi y Desimone consideran que no es correcto, entonces, el afirmar sin más que la sola pluralidad de víctimas no configura un caso de reiteración delictiva, por ser la familia el bien jurídico tutelado, ya que igual solución se impone, aunque se lo considere a este delito como afectando a las personas. En suma, habrá una sola conducta cuando concurren el factor típico y final requeridos en estos casos, según la teoría finalista que hemos adoptado^{clxxxix}.

Estos autores profundizan más sobre este tema acudiendo a ejemplos de la vida cotidiana^{clxxx}:

Uno de ellos es el caso de un matrimonio que ante decide su separación de hecho, y el padre fija un nuevo domicilio, y los hijos menores quedan bajo la guarda provisoria de la madre. Posteriormente, el padre incurre en la omisión de prestar alimentos para la subsistencia de su cónyuge e hijos. Aquí no cabe duda que hay una sola omisión, pues existe una única decisión de no cumplir con lo debido, tomada en un mismo tiempo y espacio.

El otro ejemplo que citan es cuando decretado el divorcio se conviene que la tenencia del hijo adolescente (menor de 18 años) la retenga el padre, y la madre la de la hija menor de 5 años. Así las cosas, el padre un buen día deja de depositar la cuota alimentaria en favor de su hija menor, aunque sigue cumpliendo con sus deberes con relación al hijo, principalmente en especie. Al tiempo y a través de una nueva resolución criminal tomada en un contexto temporal y espacial distinto, abandona a su hijo, omitiendo también con relación a este último, prestar dichos medios. Aquí es obvio que no existe una sola omisión, y ello, a pesar de que hay en realidad una sola familia y por tanto un solo bien jurídico en juego. En definitiva, dicen, ni la cantidad de resultados producidos, ni la cantidad de objetos o sujetos protegidos por la norma penal, convierten una única conducta en varias.

5.- Derechos del niño

Como se desprende elementalmente del texto de la ley las víctimas de este delito, en su mayoría, serían los niños menores de edad. Es relevante por

tanto a la hora de estudiar este tipo de delito la especial trascendencia de los tratados internacionales que se dedican a la protección integral del menor de edad.

Así podemos citar a la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3, 4, 24, incisos a, b, c, d y e, 27) que obliga a los Estados Parte de asegurar la protección y el cuidado necesarios para el bienestar del menor mediante la protección de la familia y el cumplimiento de los deberes de los padres, las instituciones asistenciales y demás responsables de los menores; la adopción de medidas legislativas y administrativas necesarias dentro del marco de la cooperación internacional^{clxxxii}.

Cabe recordar que esta Convención en su art. 3 apartado 1 establece que siempre deberá considerarse en forma primordial al “interés superior del niño”^{clxxxiii}, y consigna en el art. 27 apartado 2 que los padres u otras personas serán los responsables en forma primordial de proporcionar las condiciones de vida necesarias para el desarrollo del niño, pero dentro de sus medios económicos y posibilidades^{clxxxiii}. Y además señala, en el apartado 4 de dicho artículo que los Estados deberán tomar todas las medidas necesarias con el fin de “asegurar el pago de la pensión alimenticia”^{clxxxiv} por parte de las personas obligadas a ella.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la ley 23.054 y sancionada el 1 de marzo de 1984, comúnmente conocida como Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 19 señala en este sentido que los niños tienen “derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”^{clxxxv}.

Estos tratados han sido jerarquizados constitucionalmente al haberse incorporado a nuestra Constitución nacional a través de la reforma de la misma, la que fue sancionada el 22 de agosto de 1994, por la Convención Constituyente reunida en Santa Fe. De este modo el artículo 75 en su inciso 22 párrafo 2, establece que estas convenciones –entre otros tratados internacionales sobre derechos humanos- “tienen jerarquía constitucional” y “no derogan artículo alguno de la primera parte” de la Constitución, y se los debe entender “complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”^{clxxxvi}.

Por lo tanto toda disposición legal, sea anterior o posterior a la reforma citada, que de una manera directa o indirecta sea contraria a sus respectivas cláusulas, deberá ser interpretada de modo tal que permita su compatibilidad con esos nuevos contenidos de la parte dogmática, o si esto último no es posible, siguiendo la inveterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, deberá en cada caso declararse, como *última ratio*, su inconstitucionalidad^{clxxxvii}.

Cabe agregar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el antecedente “Ekmekdjian”^{clxxxviii}, siguiendo en la materia a la doctrina y jurisprudencia emanada de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dispuso que debía diferenciarse entre los tratados sobre derechos humanos y los de otras materias, concluyendo que “es consecuencia de esta distinción la presunción de operatividad de las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos”.

También constituyen normas protectorias del derecho de los niños a la prestación alimentaria: la Convención de La Haya sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias para Menores del 24 de octubre de 1956, la del 15 de abril de 1958 respecto del reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de obligaciones de los menores, la Convención de La Haya sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias y la del Reconocimiento y Ejecución de Decisiones relativas a Obligaciones en materia de Alimentos, ambas del 2 de octubre de 1973 y, por último, la Convención de Nueva York sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero (1956).

Adherimos a la postura de Caimmi y Desimone, quienes consideran que debe aprovecharse al máximo este nuevo horizonte que se abre a partir de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención de los Derechos del Niño y de las convenciones Americanas sobre Derechos Humanos, u otras que se ratifiquen con posterioridad, a fin de que mediante la interpretación dinámica y progresiva del derecho interno se garantice la eficacia de aquella^{clxxxix}.

Capítulo IV

EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA COMO TIPO PENAL: SU CLASIFICACIÓN

SUMARIO: 1.- Delito de omisión impropia. 1.1.- La posición de garante en el delito de omisión impropia. 2.- Delito permanente. 3.- Consideraciones en base al carácter permanente del delito: 3.1.- Prescripción. 3.2.- Incumplimiento posterior a la condena. 4.- Delito Doloso. 5.- Delito de peligro abstracto. 6.- Delito especial. 7.- La tentativa.

1.- Delito de omisión impropia

Dentro de la ciencia penal la omisión se presenta como un tema polémico; surgió luego del gran debate sobre el significado de la acción y como

consecuencia de su profundo estudio se ha desplegado en la actualidad como una institución ya reconocida dentro del contexto del derecho Penal. Ello debido a la veracidad de los problemas y de las soluciones obtenidas, y a la amplitud de casos en los que la referida institución penal encontró su configuración.

Comparada con otros institutos del Derecho Penal la institución de la omisión no ha llegado aun al grado máximo de reflexión y análisis que se merece, sin embargo trataremos de esbozar las diferentes posturas respecto al tema circunscribiéndolo específicamente al delito que nos ocupa.

Previo a ello hemos de destacar que la acción o comisión fue considerada siempre como el punto de partida para definir al delito, y como la única forma de conducta en la realización de hechos delictivos. Es por ello que muchos autores tratan a los delitos omisivos como integrantes de los primeros. Esta concepción ha cambiado parcialmente dentro del Derecho Penal, considerando que la omisión es una forma de conducta humana independiente de la acción, aunque guarde relación con ésta. Es así que la acción y la omisión son dos tipos de comportamientos distintos para realizar el delito, y que dentro del delito por omisión surgen las formas propias o impropias, y la posición de garante, la cual se ubica dentro de la omisión impropia o denominada por la mayoría como comisión por omisión.

La omisión está dada por un no hacer, y la omisión impropia o comisión por omisión es la combinación de la acción en sentido estricto -hacer algo- y de la omisión -no hacer algo-. En los delitos de omisión propia se infringe una ley preceptiva, que manda a hacer algo, y en los delitos de omisión impropia se infringe una ley prohibitiva mediante la infracción de una ley preceptiva^{cxc}. Todos los delitos de omisión son infracciones de las normas preceptivas^{cxi}. Así en el delito que nos ocupa la omisión de brindar alimentos es la infracción de la obligación de asistencia a las personas que se hallaran en la situación que el Código expresa (ley preceptiva).

Es obvio que nos encontramos frente a un delito de omisión porque la ley pone el acento en el incumplimiento del deber, y no en el hacer. Además los delitos de omisión expresan la ausencia de una intervención en salvaguarda de los

bienes jurídicos de terceros, y por tanto, vulneran principios de solidaridad, en general^{cxcii}. Aunque en rigor de verdad, en el fondo de todo delito se incumple un deber, el de respetar el bien jurídico protegido por el tipo penal en cuestión (por ejemplo no matar, no hurtar, etc.); pero para que se configure un delito por omisión el deber no debe ser no un deber social ni moral, sino un deber jurídico, es decir que el sujeto no cumpla con una acción tipificada legalmente, mandada, y esperada por el ordenamiento jurídico.

En el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar se incumple no un deber genérico (impuesto a cualquier persona) sino un deber específico, pues solo obliga a determinadas personas taxativamente señaladas por la ley.

Según cierta doctrina, entre ellos Fontán Balestra, Jiménez de Asúa, Díaz de Guijarro y Pessagno, el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar es de un delito de omisión simple o pura., ya que su tipicidad resulta del incumplimiento de una norma que impone un deber de hacer, sea que lo imponga la ley civil, como es el caso de los padres, hijos y cónyuges, sea que lo imponga la propia ley penal, como el de los tutores, guardadores y cónyuges comprendidos en el art. 2 de la ley^{cxci}.

Contra esta postura encontramos a diversos autores, entre ellos Chiappini, que sostienen que en realidad tal delito configura un delito impropio de omisión, es decir, es comisión y es omisión^{cxci}. La omisión impropia se distingue de aquella omisión pura porque en ella se adquiere de modo previo y voluntariamente un compromiso de actuar a modo de barrera de riesgos concretos que amenazan a bienes jurídicos específicos, es decir, obligación o deber denominada doctrinalmente “posición de garante”. Tal compromiso produce un efecto de confianza y abandono, sea en los potenciales damnificados, sea en terceros potencialmente intervinientes.

Otros autores prefieren hablar de comisión activa, en vez de comisión por omisión, considerando que no obstante la omisión característica de este delito, cabe la realización de este tipo penal a través de comportamientos activos, como por ejemplo, la frustración de las pretensiones alimentarias mediante el

menoscabo de la capacidad de trabajo^{cxv}. En este sentido, por ejemplo, el asumir obligaciones de dinero sin justificación alguna y que deterioran la integridad económica del obligado.

La problemática en torno a si nos referimos a un delito por omisión simple o por omisión impropia ha sido zanjada en la teoría, habiéndose establecido los límites de la comisión por omisión de las otras dos figuras que le son próximas, y con las que pese a la claridad conceptual puede llegar a confundirse en los casos concretos. Es por este motivo que no siempre es fácil establecer la distinción entre ellos, y deberá tenerse en cuenta en primer lugar la norma de referencia antes que la forma de manifestación misma de la conducta, ya que ésta casi siempre está constituida por momentos activos y omisivos. Es más, existen ilícitos que podrían realizarse ya sea por una acción como por una omisión y en consecuencia no puede decirse en sentido estricto que sean ni delitos de acción ni de omisión^{cxvi}.

Ahora, por omisión penal se entiende la no acción con posibilidad concreta de acción, es decir, la no realización de una acción finalista que el autor podía realizar en la situación concreta^{cxvii}. Esta omisión para ser penalmente relevante debe ser típica, y no cualquier omisión lo es, sino aquella omisión que infringe el deber de actuar en un determinado sentido.

Al reunirse en plenario “Gómez Isabelino” la Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal a fin de decidir si en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar es menester probar que la conducta omisiva del obligado ha privado al damnificado de los medios indispensables para su subsistencia o ha creado la posibilidad de que ello ocurra, se dispuso que ello no es necesario, ya que se trata de un delito de “*pura omisión y de peligro abstracto.*”^{cxviii}

No existe duda en doctrina y jurisprudencia alguna en afirmar que el delito que nos ocupa es de omisión impropia, ya que solo exige para su configuración el mero incumplimiento del obligado, sin perjuicio del resultado que pueda o no haber ocasionado con su inacción^{cxix}. Ello surge claramente de la lectura de la propia ley 13.944, pues está tipificado en todos sus elementos

necesarios para individualizar el comportamiento prohibido y, en especial, aquellos que se refieren al círculo de autores posibles, siendo un tipo suficientemente cerrado^{cc}.

1.1.- La posición de garante en el delito de omisión impropia

El autor de delito de omisión impropia debe ser el titular de un deber de responder que se evite el resultado, este es el denominado deber de garante, es difícil su determinación con relación a otras figuras penales pues la propia ley en general es indeterminada, pero creemos que tal problema no se da en el delito estudiado, ya que solo lo son las personas nombradas en forma taxativa por la ley, solo ellos tienen tal obligación de garantía, y son por ende únicos responsables de la indemnidad del bien jurídico protegido, de donde se desprende el deber de evitar el resultado.

La existencia de la posición de garante puede devenir de un contrato, de la ley o de un actuar precedente peligroso. Entre las posiciones de garantes que tienen su fuente en la ley reconocemos las que emanan de las relaciones familiares, específicamente los deberes asistenciales en análisis.

Las obligaciones asistenciales pueden surgir o deducirse de la convivencia familiar o simplemente de la convivencia de hecho. Así, los padres son garantes de la vida, de la salud, de la libertad de sus hijos; los cónyuges o los miembros de la pareja de facto son asimismo y en los mismos términos garantes uno del otro, etc.

Empero, es prudente señalar que no toda comunidad de vida coloca a una persona en forma automática en posición de garante. Será tarea de los jueces, a los fines de poder decidir sobre la posición de garante del omitente, corroborar dos extremos: la relación de dependencia y el contenido real de esa comunidad de vida existentes entre el omitente y el allegado en el momento de la omisión.

2.- Delito permanente

En lo que se refiere a su consumación, el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar es de carácter permanente o continuo, conforme lo considera unánimemente la doctrina^{ccci} y jurisprudencia^{ccii}, pues su consumación se produce y permanece o continúa en el tiempo, además las expresiones verbales sustraerse o prestar permiten que la acción se prolongue en el tiempo y se mantenga sin variantes la situación típica, antijurídica y culpable^{cciii}, cesando cuando el sujeto activo cumple con sus consiguientes prestaciones alimentarias, cuando recae sentencia condenatoria por tal delito^{cciv}, cuando el sujeto pasivo alcance la mayoría de edad^{ccv}, o, agregamos, al cesar la causa de impedimento.

En este mismo sentido se ha expresado la Cámara Penal de Rafaela al considerar al delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar de carácter permanente, y que debido a ello el mismo se consuma durante el tiempo en que se prolonga el incumplimiento, por tanto la acción penal subsiste en la medida que la prestación no se efectivice o recaiga sentencia condenatoria que importe interrupción de aquella continuidad o permanencia delictiva^{ccvi}.

Destaca Nuñez que “la existencia de un término para actuar no significa que la omisión delictiva es instantánea, pues ese término puede tener no sólo la finalidad de determinar el momento en que se comienza a omitir” y que “el delito omisivo es permanente, si, al contrario, de la obligación de actuar no resulta que se lo debe hacer en un momento determinado, de manera que si se lo hace en otro, ya se está fuera de la oportunidad para actuar”^{ccvii}

Así una vez consumada la omisión del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar éste asume su carácter de permanente o continuo, porque el estado de consumación puede prolongarse mientras la obligación continúe sin cumplirse^{ccviii}.

3.- Consideraciones en base al carácter permanente del delito:

3.1.- Prescripción de la acción:

Es importante destacar que al ser el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar un delito de carácter permanente, y considerando que el artículo 63 del Código Penal establece que el término de la prescripción de la acción en este tipo de delitos (continuos dice el Código) comienza a correr desde la medianoche del día en que dejó de cometerse el delito^{ccix}, ello ocurrirá cuando deja de sustraerse, es decir, cuando el autor haya comenzado a prestar los medios indispensables para la subsistencia, o cuando quede en la imposibilidad de prestarlos una vez cometido el delito.

En consecuencia, la acción derivada de este ilícito se extingue por prescripción si transcurre –desde la medianoche del día en que aquel cesó de cometerse- el plazo de dos años (arts. 62, inc. 2 Código Penal y artículo 1 de la ley 13.944) sin que dicho término hubiere sido interrumpido por la “secuela de juicio”^{ccx}.

3.2.- Incumplimiento posterior a la condena

El hecho de que el autor del delito, una vez recaída la sentencia condenatoria sobre él, continúe incumpliendo sus deberes asistenciales para con la víctima fue motivo de una gran labor jurisprudencial.

La Cámara del Crimen de la Capital estableció que si la condena por incumplimiento quedó firme, pero el autor continuó en la omisión con referencia a la misma víctima, la conducta típica se refleja nuevamente configurando de esta manera un nuevo delito, ya que la condenación firme interrumpe la continuidad delictiva^{ccxi}. Sin embargo en una oportunidad ulterior y aislada se dedujo que el incumplimiento posterior integraba el mismo delito por el cual el autor ya había sido condenado, y que por tanto, correspondía sobreseerlo en forma definitiva^{ccxii}.

La duda respecto al tema quedó zanjada con el plenario dictados por la Cámara en lo Criminal y Correccional “Pitchon Alan” de 1981. En éste se dejó asentado que la sentencia condenatoria por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, comporta interrupción de la continuidad o permanencia delictiva.^{ccxiii}

Esta posición también fue sostenida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I en 1989 al expresar: *“Debe ser rechazada la nulidad impetrada contra la sentencia que condena al encausado por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, por cuanto no hay doble juzgamiento de una única conducta, desde que la condena firme recaída con anterioridad comportó la interrupción jurisdiccional de la permanencia delictiva.”*^{ccxiv}

Concluimos, en consecuencia, compartir la postura que establece que una vez condenado por primera vez por el delito de incumplimiento de los deberes asistenciales interrumpe la permanencia del delito, ya que de modo contrario el autor podría mantenerse impune ante su continuada y dolosa conducta ilícita, y lo que es aún peor es que la víctima quedaría totalmente desprotegida; y de esta manera, según palabras de Fontán Balestra, la primera condena se transformaría en una "carta de impunidad" para la prosecución de la actividad delictiva^{ccxv}.

4.- Delito Doloso

Dentro del aspecto subjetivo, los delitos omisivos pueden cometerse dolosa o imprudentemente. El dolo consiste en saber (aspecto conativo) y querer (aspecto volitivo) la realización del tipo objetivo, o como dice Zaffaroni *“la voluntad realizadora del tipo objetivo guiada por el conocimiento de los elementos que componen a aquel.”*^{ccxvi}

Entonces el delito será consumado dolosamente concurren todos los elementos del tipo objetivo en la realización de un hecho, como ocurre en el caso del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar^{ccxvii}, porque, en primer lugar el autor debe tener conocimiento de la existencia de una relación que lo obliga a la prestación alimentaria y su sentido social^{ccxviii}, y en segundo lugar

debe haber querido realizar en el mundo exterior, directa y deliberadamente, la conducta descrita en el tipo^{ccxix}.

Es discutida en doctrina la existencia del dolo eventual, al no exigirse en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar ninguna intención o ánimo especial en el obrar del agente. Dolo eventual, habría en el hecho de que el autor se haya representado como posible o probable el peligro y haya desplegado sin embargo la conducta omisiva siéndole indiferente sus consecuencias. Caimmi y Desimone y cierta jurisprudencia en relativa minoría involucran el dolo eventual en esta figura^{ccxx}. Pero, como bien señala Donna, el mismo es difícil de admitir ya que el autor debe saber que está en el papel de garante y que se sustrae, ya sea de modo total o parcial, al cumplimiento de sus deberes asistenciales^{ccxxi}.

La jurisprudencia dejó sentado que para la configuración del dolo en la omisión del cumplimiento de los deberes alimentarios no es necesaria la representación de la acción que se debe realizar, sino solo que el sujeto sepa que tiene tal deber y las circunstancias que lo posibilitan^{ccxxii}. El Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires estableció recientemente que al considerar que se trata de un delito de omisión simple no se requiere un dolo específico (un deliberado propósito de incumplir), sino solo la sustracción voluntaria al deber^{ccxxiii}. La Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional creyó que para que se perfeccione este delito es necesario que se pruebe en forma convincente que el agente se sustrae en una forma consciente y deliberada a su cumplimiento, y que tal circunstancia dependerá en cada caso en particular^{ccxxiv}.

Además en varias oportunidades los tribunales consideraron que excluye el dolo del autor en la comisión de este delito el error que recae sobre la existencia y el alcance de cumplir con la obligación asistencial^{ccxxv}.

La práctica pretoriana ha variado, incorporando otros ingredientes al dolo, además de los aspectos conativo y volitivo, ellos son, entre otros, la búsqueda de la situación de insolvencia, la malicia y la deliberación^{ccxxvi}. En resumen compartimos con el Tribunal Oral en lo Criminal Número 1 de la Capital Federal el criterio de que debe acreditarse para la configuración del dolo: el

conocimiento del imputado de su obligación alimentaria para con el sujeto pasivo, la voluntad de no cumplir o el querer sustraerse a su obligación, y agrega el incumplir “*pudiendo hacerlo*”.^{ccxxvii}

5.- Delito de peligro abstracto

En doctrina se clasifica a la acción delictiva en delitos de resultado y de peligro, según el grado de ataque o lesión que sufra el bien jurídico^{ccxxviii}.

Es un hecho la creciente importancia que los delitos de peligro han alcanzado en el ordenamiento jurídico-penal, en el sentido de que ciertos actos que normalmente debieran considerarse preparatorios, en nuestra legislación han sido previstos y sancionados como delitos independientes. Su incorporación al Código Penal responde a la necesidad de protección de ciertos bienes jurídicos más allá de la conducta lesiva de los mismos, ya sea por su relevancia, bien por ser fácilmente susceptibles de lesión mediante una determinada conducta, o debido a que los medios técnicos actualmente necesarios para la vida social pueden ocasionar, indebidamente utilizados, riesgos intolerables.

Sin embargo este auge en la legislación no siempre fue acompañado por adecuados estudios doctrinales^{ccxxix}, y dado que la ley no ofrece una definición de peligro, es necesario establecer una noción válida a los efectos de una mejor comprensión de este instituto. Será preciso entonces identificar el concepto de peligro desde un punto de vista antijurídico y luego analizar si es posible aplicarlo a los llamados delitos de peligro, y específicamente al tipificado en los artículos 1 y 2 de la ley 13.944.

Así las características esenciales a tener en cuenta cuando se habla de peligro son:

- a) La posibilidad o probabilidad de la producción de un resultado.
- b) Y el carácter dañoso o lesivo de dicho resultado.

Como indica Von Rohland “si falta una de esas dos notas, falta también el peligro”. No hablaremos de peligro cuando la producción de un acontecimiento es imposible o, por el contrario, cierta. Tampoco cuando el mismo concuerda con nuestros intereses o no los afecta. El peligro es, por tanto, la mayor o menor

probabilidad de un acontecimiento dañoso, la posibilidad más o menos grande de su producción^{ccxxx}. Así es posible admitir una situación o una conducta peligrosa sin que en ella nuestros intereses se vean en absoluto involucrados y respecto a la segunda característica admite, sin discusión, que el resultado a que puede conducir el peligro ha de ser un resultado dañoso.

Los delitos de peligro suponen un adelantamiento de la barrera penal a momentos previos a la lesión en aquellos ámbitos en los que la experiencia ha permitido tipificar suficientemente los límites de la norma de cuidado. En caso contrario -cuando no sea posible determinar tales límites- el legislador ha optado por tipificar la producción imprudente de efectos no deseados.

La política criminal crea las figuras penales de peligro abstracto renunciando en forma consciente al concepto de dañosidad social y sospechando abiertamente del principio de mínima intervención penal, principio elemental para regular el derecho penal. El prototipo de sociedad de riesgo, que caracteriza a nuestras sociedades actuales, legitima la adopción de medidas represivas por parte del legislador que inobservan de manera alarmante los principios penales de lesividad, mínima intervención y ultima ratio. El acento de nuestra política criminal moderna está colocado sobre la idea de una prevención radical que autorizaría el adelantamiento de las barreras de punición hasta límites abarcadores de auténticos actos preparatorios.

Los delitos de peligro se clasifican en delitos de peligro concreto y abstracto. Esta distinción es muy importante en la práctica ya que en los delitos de peligro concreto, el hecho de la puesta en peligro es integrante del tipo legal y por lo tanto deberá ser demostrada por la parte acusatoria. En cambio, en los delitos de peligro abstracto no integra el tipo penal el peligro, sino que es la *ratio legis* de su formulación en la norma penal. Es por ello que no se admitirá en el proceso prueba en contrario sobre el punto^{ccxxxi}.

Cabe preguntarse entonces si la figura penal en análisis configura un delito de peligro concreto o abstracto.

En un primer momento se exigía que se ponga en peligro de un modo concreto o que se haga efectiva la lesión al bien jurídico para la configuración del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. De esta manera era necesario que el sujeto pasivo hubiera sufrido en forma real un menoscabo en las prestaciones de alimentos realizadas por los sujetos activos^{ccxxxii}. La acción de incumplimiento debe provocar una situación de necesidad real o potencial, siendo esta necesidad un presupuesto del tipo, configurando esta figura penal en consecuencia un delito de peligro concreto, así lo considera -entre otros- Soler^{ccxxxiii}.

También es la postura del Tribunal Superior Federal alemán, reconociendo en la ley una figura de peligro concreto^{ccxxxiv}, considerando que no es la lesión del deber de fidelidad el fundamento de la punición de este delito tipificado en el artículo 170 b del Código Penal alemán, sino la puesta en peligro mediante la lesión del deber alimentario de los hijos^{ccxxxv}.- Por todo ello, se sostiene que cuando uno de los padres no cumple con las prestaciones alimentarias debidas al menor y éste no sufre ningún peligro concreto por el cumplimiento integral a cargo del otro obligado, no se configura el delito del artículo precitado^{ccxxxvi}.

Posteriormente y no obstante esta línea jurisprudencial predominante, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional estableció en el plenario “Aloise” de fecha 13 de noviembre de 1942 que el delito en análisis era de peligro abstracto. Tal tesitura fue confirmada por los plenarios “Marc, M.” del 17 de noviembre de 1981^{ccxxxvii} y “Gómez Isabelino” del 31 de marzo de 1993^{ccxxxviii}, y además es el criterio compartido por la mayoría doctrinaria^{ccxxxix} y también por la jurisprudencia predominante^{ccxl}, pues no constituye una exigencia legal que la víctima haya efectivamente padecido la insatisfacción de las necesidades básicas, pues precisamente la norma trata de evitar el desamparo, por lo que la figura no constituye un delito de daño, sino de peligro.

En consecuencia la jurisprudencia mayoritaria no requiere la existencia de un real estado de necesidad de la víctima porque la acción consiste en un puro omitir y no es preciso que se produzca un resultado concreto, que consistiría en el caso en crear un real estado de necesidad en la víctima^{ccxli}.

Las modalidades de la acción resultan únicamente de la figura legal, y para ésta es ya punible el hecho de sustraerse a la prestación, dejando a la víctima en situación de desamparo, pues con ello existe ya el peligro de que la necesidad se cree, si se tiene en cuenta que se trata de los medios indispensables para la subsistencia. En eso consiste, pues, la acción típica propiamente dicha. Buena prueba de ello la da el hecho de que el delito se comete aun cuando la víctima no haya llegado a un estado de necesidad por obra de un gran esfuerzo o sacrificio personal o por la ayuda de terceros no obligados^{ccxlii}.

En el año 2003, el Tribunal Oral en lo Criminal Número 1 de la Capital Federal puntualizó que el delito *“no requiere la producción de un resultado dañoso, ni la existencia de un peligro real y concreto para las víctimas, como consecuencia del incumplimiento, pues la ley tiende a proteger a la familia, a los lazos familiares y este bien no necesita ser afectado, pues basta la mera posibilidad de que se pongan en riesgo los medios indispensables para la subsistencia de los alimentados.”*^{ccxliii}

Debemos recordar que los delitos de peligro abstracto se basan en una presunción de peligro contrafáctica. La ley supone que la omisión de los obligados en el cumplimiento de los deberes de asistencia familiar presume un peligro para el bien jurídico protegido, y aquí es donde encuentra su ratio essendi.

Una de las consecuencias más importantes de esta clasificación del delito -como habíamos adelantado- es, que en materia de prueba, el acusado no puede oponer prueba alguna, ya que la peligrosidad es presumida por la ley, y es ésta la razón de ser de la incriminación. Si bien algunos sostienen que esta imposibilidad probatoria puede suplirse en el caso con la posibilidad de ofrecer prueba en contrario, es más, cierta jurisprudencia exige la necesaria comprobación de la relación de causalidad entre el incumplimiento del acusado y la necesidad económica sufrida por el sujeto pasivo, excluyendo de este modo la presunción iure et de iure que algunos consideraban implícita en este tipo penal.¹⁹ lo cierto es que dicha posibilidad se presenta como una auténtica violación del principio que informa al onus probandi en materia penal^{ccxliv}.

Nosotros creemos –como lo ha hecho notar cierta jurisprudencia- que cualquiera sea el criterio doctrinario que se adopte respecto a la clasificación del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar como de peligro concreto o abstracto, lo esencial es que debe existir una omisión relativa al no cumplimiento de lo que la ley manda hacer, y tal actitud debe estar acompañada del propósito del agente de sustraerse a la prestación^{ccxlv}, sin importar si se ha lesionado concretamente o se ha puesto solo en peligro el bien jurídico tutelado por la ley.

Y para finalizar, hemos de recordar, que no cabe dudas de que el delito puede llegar a perfeccionarse aun en caso de cumplimiento parcial de las obligaciones alimentarias, siempre que con tal cumplimiento no se alcancen a cubrir las necesidades básicas de la víctima y, como consecuencia de ello, se produjere la puesta en peligro abstracto de dicha protección^{ccxlv}.

6.- Delito especial

Este delito es especial ya que sólo las personas mencionadas por la ley (padres, tutores, curadores, guardadores, cónyuges, etc.) son las únicas obligadas por la prestación alimentaria en beneficio del asistido, lo cual hace de la norma una especie de los delitos omisivos impropios; más aún si consideramos que debe haber peligro concreto para el bien jurídico^{ccxlvii}, en el caso de situarnos dentro de esta postura.

7.- La tentativa

No es admitida la tentativa en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, pues la consumación tiene lugar en el momento mismo en que el autor se sustrae a prestar los medios indispensables para la subsistencia de la víctima; sin perjuicio de que se continúe consumando mientras esa situación o estado se mantenga, lo que es característica de los delitos permanentes^{ccxlviii}

Conformes en cuanto a la imposibilidad de que existan etapas incompletas en la consumación originando una tentativa y frustración del delito se encuentran Laje Anaya, Ure, Lascano y Pessagno^{ccxlix}.

Capítulo V

PUNIBILIDAD, REGLAS SOBRE PARTICIPACION CRIMINAL Y CONCURSO DE DELITOS

SUMARIO: 1.- La pena. 2.- Reglas sobre participación. 2.1.- Coautores. 2.2.- Cómplices e Instigadores. 3.- Concurso de delitos. 3.1.- Con otro tipo penal. 3.2.- Con el delito de insolvencia alimentaria fraudulenta. 3.3.- Con el delito de abandono de persona. 4.- Aspectos Procesales: 4.1.- Delito de acción pública. 4.2.- Competencia. 4.3.- La sentencia civil como prueba. 4.4.- Los testigos como prueba.

1.- La pena

El artículo 1 de la ley establece una pena de prisión de un mes a dos años y la de multa, que actualmente varía entre los setecientos cincuenta pesos a los veinticinco mil pesos, monto actualizado por la ley 24.286. Esta pena de prisión es

exigua, lo que asegura al imputado obtener una condena de ejecución condicional o la posibilidad de obtener la prescripción de la acción a través de distintos mecanismos procesales tendientes a ello. Se trata de penas alternativas entre las que el juez puede optar, siendo cada una de ellas, a su vez, elástica, características apropiadas para la mejor individualización de la pena.

Las estadísticas criminales oficiales del año 2004 registraron doscientos cincuenta y tres (253) condenas pronunciadas en el territorio de la República Argentina; ocupando los primeros lugares en materia de cantidad de sentencias dictadas por este delito, las provincias de Buenos Aires y Mendoza, con cincuenta (50) condenas la primera, y sesenta y siete (67) la segunda^{cc1}.

En opinión de la disfuncionalidad de la pena privativa de libertad se refleja claramente al cotejarla con la naturaleza de la omisión y la finalidad de su sanción., ya que al no producirse un daño real y efectivo a un bien ni perjuicios tangibles, ella podría resultar un grave exceso y una desproporción en relación al incumplimiento, una severidad innecesaria no compatible con los principios de la Constitución Nacional Argentina, la que presupone la existencia de la racionalidad tanto de los actos administrativos como de las decisiones judiciales.

La sanción prevista en ley 13.944 impide, según Caimmi y Desimone por ende, en muchos casos, que se cumpla con los objetivos mínimos de retribución, prevención especial y general que justifican la penalización del incumplimiento doloso de los deberes de asistencia familiar y de la insolvencia alimentaria fraudulenta^{cc1}.

2.- Reglas sobre participación

Los problemas de participación criminal están condicionados por la propia naturaleza del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, el cual, como lo hemos destacamos en el capítulo III, entre otras características, es especial y propio de omisión. Pero además, el incumplimiento doloso de los deberes de asistencia familiar y, también, la denominada “insolvencia alimentaria fraudulenta” (no tratada aquí) involucra la conducta de terceros vinculados al autor, quienes despliegan una cooperación o contribución

que, en algunos supuestos, puede resultar impune porque —en líneas generales— no se admite en los delitos de omisión la coautoría, ni las formas clásicas de participación criminal en sentido estricto. Vamos a analizar entonces los distintos supuestos.

2.1.- Coautores

Respecto a las reglas de participación, como hemos señalado al hablar sobre los sujetos activos, rigen las normas generales contenidas en los artículos 45 y 46 del Código Penal. La única salvedad que cabe apuntar es que debido a que nos encontramos frente a una conducta disvaliosa que cabe clasificarla como de propia mano, requiere la necesaria intervención como autor de quien se halla obligado alimentariamente respecto de un tercero, sin que sea posible, en principio, hablar de coautoría en los delitos de omisión.

Algunos autores creen que la coautoría puede ser posible, pero únicamente cuando “varios omitentes sólo pueden cumplir conjuntamente con un deber que los obliga a todos”^{cclii}. Pero en la ley 13.944 el deber de actuar es impuesto a cada uno de los sujetos mencionados con independencia del otro, es decir, por su especial condición de padre, madre, tutor, etc. Ahora si puede comprobarse una resolución conjunta -por ejemplo, de los padres- previa a la omisión, estaríamos en presencia de una coautoría. En los demás casos, cuando ambos progenitores u obligados, sin acuerdo previo, omiten prestar medios indispensables para la asistencia del sujeto pasivo, habrá una coautoría accesoria, considerando que esta se da cuando varios partícipes (en sentido amplio) en un hecho causan el mismo resultado, independientemente uno de otro. Pero en realidad aquí falta la decisión común al hecho que determina la coautoría, falta esa “conexión que le es propia” a esta última^{ccliii}.

2.2.- Cómplices e Instigadores

En cuanto a la posibilidad de que un tercero actúe como cómplice mediante un hacer activo en un delito de omisión, cooperando con su autor, ella es negada^{ccliv}. Sin embargo, para Jescheck sí resulta factible, y sus ejemplos podrían ser factiblemente aplicables al ilícito que analizamos^{cclv}.

La instigación puede consistir en la provocación dolosa de la decisión del omitente de permanecer inactivo, pese a conocer la situación típica. Por ejemplo, el caso de la actual pareja o cónyuge aparente del progenitor que lo convence o determina a no suministrar medios indispensables para los hijos de un primer matrimonio o el de la mujer o un tercero allegado a un tutor que hace lo propio, etc.

Con relación a la complicidad (generalmente psíquica), según Jescheck, resulta posible mediante el fortalecimiento de la decisión del omitente de permanecer inactivo. Como se trata en ambos casos, de inducción y complicidad mediante un hacer, aquí no se plantea, según Jescheck, la problemática de la posición del garante^{ccclvi}.

Por último, cabe concluir que la complicidad será primaria o secundaria según que, conforme respectivamente a los arts. 45 y 46 del Código Penal, la cooperación hubiere sido imprescindible (sin la cual el delito no podría haberse cometido) o de cualquier otro modo distinto aquélla. En el primer caso, los llamados cómplices primarios o necesarios tienen la pena establecida para el delito, y en el segundo supuesto, a los secundarios, se le aplicará una pena que habrá de ser individualizada dentro de una escala que, previamente, se reducirá de un tercio a la mitad.

Antes de terminar con este punto, es necesario aclarar que las opiniones que niegan la posibilidad de que exista coautoría, autoría mediata, y en líneas generales supuestos de complicidad e instigación en los delitos omisivos, ponen su acento en el carácter especial que tiene el dolo en esta clase de tipos, y en la circunstancia de no existir en ellos causalidad desde el punto de vista físico^{ccclvii}.

Si se parte de la consideración de que el dolo se compone necesariamente de la malicia o intención deliberada de incumplir, obligatoriamente deberá admitirse la posibilidad de que existan y puedan proyectarse al delito en estudio, todas las clases de autoría y participación criminal que operan en el campo de los tipos activos.

3.- Concurso de delitos

3.1.- Con otro tipo penal

En cuanto a las reglas del concurso de delitos ellas son aplicables siempre que los resultados típicos se produzcan en sí mismos, como por ejemplo la muerte o las lesiones, en los que deberá analizarse la culpabilidad del sujeto activo^{cclviii}.

Pero debemos tener en cuenta que el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, como bien señala Ure, es subsidiario de los tipos penales descritos en el inciso 2 del artículo 173 y artículo 261 del Código Penal, para el caso de que el tutor, guardador, curador o adoptante se coloque en imposibilidad de cumplir con el deber por haberse apropiado de los bienes del incapaz o del mayor impedido. Además añade que nos encontraríamos ante un supuesto de subsidiariedad tácita, que entra dentro del concurso de leyes y por lo tanto descarta el funcionamiento de las reglas sobre el concurso de delitos^{cclix}.

3.2.- Con el delito de insolvencia alimentaria fraudulenta

Es importante analizar las relaciones concursales que podrían darse entre los delitos tipificados en la ley, vale decir, entre el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar de los artículos 1 y 2 y el delito de insolvencia alimentaria fraudulenta del artículo 2 bis.

Un importante antecedente en cuanto a su conexidad es que antes de entrar en vigencia la nueva figura de insolvencia fraudulenta, se planteó una cuestión de competencia entre un Juzgado Correccional de Menores y otro en lo Criminal de Instrucción, ambos de la Capital Federal, resuelta el 26 de abril de 1991 por la Cámara en lo Criminal y Correccional de dicha ciudad, en la que se puso de llevar la conexidad apuntada entre ambos delitos^{cclx}.

En dicha causa que comenzó tramitando por querrela ante el Juzgado Correccional de Menores, frente a las excusas alegadas ni el imputado y sus supuestas dificultades económicas para cumplir con su deber de asistencia

familiar, la querellante suministró una nómina importante de empresas y propiedades pertenecientes en realidad a aquél, pero las cuales este último habría presuntamente vendido o cedido simuladamente a su actual cónyuge aparente y otros parientes de esta última, precisamente para eludir su deber alimentario y lograr eventualmente impunidad. A partir de este importante dato que brindó la querellante y madre de los menores damnificados, el Juzgado interviniente entendió que, entre ambos hechos imputados, existía la conexidad contemplada en el art. 37, inc. b, del por entonces vigente Código de Procedimientos en Materia Penal y, por tanto, ordenó la remisión de la causa al Juzgado de Instrucción en turno. Ahora bien, no aceptada por este último la competencia atribuida, se elevó la causa a la Cámara en lo Criminal y Correccional para que dirima la cuestión planteada. Finalmente, la Secretaría Especial de dicho tribunal resolvió, con fecha 26 de abril de 1991, en la actuación 5067 que existía la conexidad aludida, correspondiendo en consecuencia que la causa continúe tramitando ante el Juzgado de Instrucción, investigándose la insolvencia fraudulenta en que presuntamente incurrió el imputado.

Caimmi y Desimone entienden que fue de suma importancia este antecedente jurisprudencial, porque si bien la Cámara se limitó a dirimir el conflicto de competencia, sin pronunciarse sobre la cuestión de fondo, indudablemente convalidó implícitamente, la operatividad de la figura de la insolvencia fraudulenta en el campo del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar^{cclxi}.

En la actualidad, y volviendo a la relación concursal entre ambas figuras, diremos que si nos encontramos frente a un proceso alimentario y el deudor del art. 2 bis se insolventa por cualquiera de las formas a que alude el tipo del 2 bis de la ley 13.944 (sea en el curso de dicho proceso o luego de dictada la sentencia condenatoria) y al mismo tiempo viene sustrayéndose a prestar medios indispensables la asistencia familiar, estamos ante una situación que debe resolverse por las reglas del concurso de tipos penales. A tal conclusión se arriba cuando se comprueba que el imputado se ha insolventado como medio para la comisión del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar^{cclxii}.

Cuando está acreditado que el imputado se insolventó para aparentar una situación de imposibilidad económica y se sustrajo a prestar los medios indispensables para la asistencia familiar, es decir, cuando se comprueba una relación de “medio a fin” entre ambos ilícitos, se podría afirmar la existencia de un concurso ideal, debiéndose acudir a la escala penal más grave (la del art. 2 bis de la ley 13.944) y de ella se deberá extraer la pena a aplicar, individualizándola conforme a las pautas del art. 41 del Código Penal, pero teniendo en cuenta en la fijación de su quantum que el condenado ha violado dos tipos penales. No obstante, no resulta incongruente sostener también que estos casos deberían resolverse por los principios del concurso aparente de tipos penales, ya que existiendo, en principio, identidad entre los bienes jurídicos protegidos por ambas figuras, la más grave, o sea, la del art. 2 bis, absorberá por consunción al incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

Ahora, se le aplicarán las reglas del concurso real si se tratare de dos hechos independientes^{ccclxiii}, así lo ha sostenido la jurisprudencia al considerar que existe concurso material entre los delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta, toda vez que se trate de dos decisiones o resoluciones distintas por haber ocurrido en dos momentos temporales distintos: primeramente sustraerse a la obligación alimentaria y luego de un tiempo considerable frustrar su cobro a través de cualquiera de las acciones típicas del artículo 2 bis de la ley, ya que ello impide asignarles una única finalidad^{ccclxiv}.

3.3.- Con el delito de abandono de persona

Antes de introducirnos en el análisis del concurso que podría llegar a darse entre el delito que nos ocupa y el de abandono de personas, es loable establecer las diferencias sustanciales entre ellos. El artículo art. 106 del Código Penal reprime con prisión de dos a seis años al que *“pusiere en peligro la vida o la salud de otro, colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar, o a la que el mismo autor haya incapacitado. La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o*

en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión”.

Podemos observar que de la lectura simple de esta norma se advierte, que cuando el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar pone en peligro la vida o la salud del sujeto pasivo a quien el imputado “debe mantener o cuidar”, resultará necesario analizar la concurrencia o autonomía de ambas figuras y el eventual desplazamiento de una por otra.

En cuanto a las diferencias entre estas figuras penales en primer lugar observamos que el delito de abandono está ubicado dentro del Capítulo VI del Código Penal que trata de los delitos contra las personas. En su estructura típica, si bien es un delito de peligro, afecta la salud o la vida del sujeto pasivo, y en sus formas agravadas ocasiona una lesión grave o directamente la muerte de aquél; mientras que por el contrario el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar es caracterizado como un tipo que protege a la familia. En segundo lugar, y como regla general, el hecho de omitir el cumplimiento de los deberes asistenciales no implica ineludiblemente cometer el delito de abandono de personas.

Caimmi y Desimone toman como ejemplo más frecuente el del progenitor que hace abandono del hogar conyugal y deja de pasar alimentos, o el de aquel que separado de hecho o divorciado deja de prestar la asistencia familiar impuesta por la norma penal. En ambos ejemplos, los hijos menores son dejados con el otro progenitor, o bien están bajo la guarda de quien ejerce su tenencia provisoria o definitiva. En ambos casos, y en esas condiciones, el delito previsto en el art. 106 no se habría configurado, dado que no se ha creado la situación de peligro concreto que requiere el tipo^{cclxv}. Así lo sostiene, entre otros autores, Sebastián Soler, con cita de Carrara y Liszt-Schmidt, en la que se destaca que “no existe este delito cuando la víctima es abandonada en un lugar donde es seguro que prontamente y sin peligro para la salud, no ya para la vida, será atendida, sea por persona determinada o indeterminada”^{cclxvi}.

Sin embargo, puede ocurrir que al mismo tiempo de incumplirse con los deberes de asistencia familiar se coloque al sujeto pasivo en la situación de

abandono descrita en el citado artículo 106 del Código Penal, y en este caso deberá analizarse si nos encontramos ante una situación de concurso de delitos. Si se tratare de hechos independientes no hay mayor duda, pues se aplicaría la regla del concurso real del art. 55 del Código Penal. Ahora, existiendo unidad de conducta, o sea, siendo “un hecho”, debe establecerse si se resuelve el caso por un concurso ideal o solo aparente de estos los tipos penales.

La solución del concurso ideal se impone para quienes sostienen que lo que distingue al concurso aparente -o de leyes- del ideal, es que en el primero se ataca a un mismo bien jurídico^{cclxvii}. Pues bien, como los tipos penales en juego protegen bienes jurídicos de distinta índole, se debe aplicar la regla del art. 54 del Código Penal, por lo que la escala penal se extraerá del tipo más grave (o sea, el art. 106), pero quedando en claro que, conforme al principio de absorción, se individualizará la pena de modo más severo, teniéndose en cuenta que el autor también ha cometido otras violaciones a la ley penal^{cclxviii}. En consecuencia, la pena que se imponga deberá ser suficiente como para retribuirle al autor la violación de las dos normas penales, la del art. 106 y la de la ley 13.944.

La otra solución al tema planteado se daría aplicando la teoría del concurso aparente de tipos penales, también llamado concurso de leyes, o ideal impropio como lo hace Zaffaroni, aplicando dentro de este marco el principio de consunción^{cclxix}. Es sabido que una de las reglas de desplazamiento de los tipos que sólo aparentemente concurren con otros, es la de consunción que rige cuando la realización de un tipo (más grave) acompaña de manera característica a uno menos grave.

En consecuencia, cuando el “no suministrar medios indispensables para la asistencia familiar” está inmerso en un comportamiento más grave del autor -cual es el abandono que reprime el art. 106-, este último tipo desplaza al ilícito de la ley 13.944, por ser más grave en su escala penal y abarcar en su ámbito material -y, ciertamente, exceder- el comportamiento reprimido en esta última ley, habida cuenta que los deberes de cuidado y atención que prescribe dicho artículo 106, engloban al de asistencia familiar^{cclxx}.

En estas condiciones, existiendo un concurso aparente o impropio, el juez deberá limitarse a individualizar la pena conforme a las pautas del art. 41 del Código Penal dentro de la escala del art. 106, sin tener para nada en cuenta ni efectuar retribución alguna por el ilícito que se ha desplazado^{cclxxi}.

4.- Aspectos Procesales

4.1.- Delito de acción pública

La acción que nace del delito, como es sabido, es por regla de acción pública, por lo que la persecución del delito corresponde al ministerio fiscal; ésta es la diferencia esencial con los delitos de acción privada desde el punto de vista de su perseguibilidad.

Las excepciones se encuentran establecidas expresamente en el Código Penal en los arts. 72 y 73, que enumeran las acciones dependientes de instancia privada y las acciones privadas, respectivamente.

El inciso 4º del artículo 73 del Código Penal Argentino consagra una excepción al régimen de la acción pública, estableciendo que es de acción privada la nacida del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere uno de los cónyuges. Así este delito será perseguible solo a instancia de la parte interesada

En consecuencia y receptando lo preceptuado en tal norma la jurisprudencia concluyó que cuando la víctima del incumplimiento fuere el cónyuge el delito es de acción privada; pero siempre que sean los hijos los afectados el delito es de acción pública^{cclxxii}.

De lo dicho resulta que todos los demás casos previstos por la ley 13.944 son de acción pública. Esta solución se explica porque el proceso que nace de la acción pública cuenta con mayores garantías que el nacido de acción privada, ya que existen mayores actos de defensa previas al juicio propiamente dicho, además el imputado no se encuentra sujeto a la voluntad de la parte acusadora de impulsar

o no las actuaciones, entre otras ventajas, que no afectan el derecho previsto en el artículo 18 de la Constitución Nacional, sino que lo refuerzan^{cclxxiii}.

4.2.- Competencia

Es unánime en doctrina y jurisprudencia el admitir que el delito se consuma en el lugar donde la víctima se hallaba en el momento en que el acusado habría incurrido en la omisión de cumplir los deberes de asistencia, prescindiendo del domicilio legal, que puede estar en un lugar distinto a aquel^{cclxxiv}.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Díaz, Pablo" consideró que a fin de dirimir el conflicto, debe elegirse el lugar en que se domicilian realmente todas las víctimas y no aquel en que una sola de ellas (en este caso la esposa del imputado y madre de los hijos del imputado) *"hubo convenido para el pago de prestaciones alimenticias, en un momento dado en que ya había comenzado a omitirse por parte del sujeto activo la asistencia económica debida."*^{cclxxv} La estimación del último domicilio conyugal como lugar de consumación del delito no es necesaria^{cclxxvi}.

En los casos en que el delito aparece consumado en dos jurisdicciones, la competencia debe asignarse a aquel juez al que acudió la víctima para hacer valer sus derechos, coincidiendo con uno de aquellos lugares^{cclxxvii}. También Corresponde en caso de consumación en dos jurisdicciones el otorgar competencia al juez que previno y en cuya jurisdicción se encuentra el domicilio del imputado^{cclxxviii}.

Si de las constancias agregadas a la causa penal surge la posibilidad de establecer con un grado de certeza suficiente el domicilio de los damnificados, a los fines de dirimir la competencia territorial, será competente el juez de esta jurisdicción^{cclxxix}.

En relación al carácter permanente del delito, considera la doctrina que no hay obstáculo para inclinarse en favor de la competencia de alguno de los jueces en el ámbito de cuyas respectivas jurisdicciones se ha mantenido la acción delictiva, y a tal efecto es conveniente sujetarse a principios de economía procesal

y mejor defensa en juicio, teniendo en consideración para la fijación de la competencia el lugar en que se encontraban las víctimas en el momento en que el obligado violó sus deberes asistenciales^{cclxxx}. Y en determinadas ocasiones la Corte tuvo en cuenta aquellos principios procesales, sea por razones de economía^{cclxxxii} o sea para la mejor defensa de los intereses de los damnificados para otorgar competencia^{cclxxxii}.

En casos aislados los Tribunales inferiores se han apartado de este principio sentado por la Corte Suprema de Justicia de La Nación en torno a la competencia aplicable en este tipo de delito, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso en particular.

Así, por ejemplo, se consideró, en base en lo dispuesto en el juicio de alimentos, que es competente para entender en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar el juez de la jurisdicción en la cual se encuentra la sucursal bancaria en donde se debían depositar las cuotas alimentarias, o en la cual ya se habían depositado las mismas^{cclxxxiii}.

Otra excepción que puede mencionarse es la competencia penal establecida al juez del domicilio de la denunciante, sea que los hijos vivieren con ella o en otra jurisdicción por motivos de fuerza mayor, siempre que la mejor defensa de los intereses propios y de los menores pueda ser ejercida en ese ámbito, en el cual se encuentra asentado el proceso civil de alimentos^{cclxxxiv}.

4.3.- La sentencia civil como prueba

Generalmente en este delito se acude a establecer si media o no sentencia civil de alimentos, con el fin de otorgar una solución al tema de la obligación de probar la incapacidad económica.

Como hemos caracterizado ab initium al considerar los distintos sistemas, el de nuestra ley 13.944 es realista, por no requerir para la configuración del delito sentencia civil previa que imponga el deber alimentario, corresponderá al juez comprobar el vínculo, el estado de necesidad y de todas las demás circunstancias que hagan a la existencia del delito.

La jurisprudencia cumplió fielmente el mandato de no considerar como prueba cabal y excluyente de cualquier otra, la existencia de una obligación impuesta por sentencia civil. Diversas razones se han esgrimido pretorianamente a tal solución. Se expuso que la razón es la adecuada y oportuna forma en que deben satisfacerse las necesidades básicas de los sujetos amparados por la ley, las que requieren urgencia y por tanto no pueden quedar diferidas a la previa actuación judicial que agrava –por su inevitable demora- la situación de desamparo inicial^{cclxxxv}.

También se aclaró acertadamente que la ley penal no persigue el incumplimiento de pago de la suma fijada en sede civil, sino el hecho de sustraerse de prestar los medios indispensables para la subsistencia, y en consecuencia no constituirá delito si no obstante el incumplimiento no se produjo la falta de aquellos medios^{cclxxxvi}, y también *a contrario sensu* el cumplimiento de la obligación alimentaria compelido por la ejecución civil no excluye el tipo penal del art. 1 de la ley 13.944^{cclxxxvii}.

No obstante la claridad de la ley, y de los fallos intachables en torno a la no existencia de sentencia civil que imponga el deber, la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario en 1982 absolvió al imputado por no haberse demostrado la existencia de orden judicial que imponga tal obligación, ni su respectiva notificación, y agrega “*ello a pesar de tratarse de actos jurídicos de sencilla probanza.*”^{cclxxxviii}

Debe reafirmarse, más allá de este último comentario, que en nuestro sistema legal, la existencia o no de una sentencia civil que imponga una obligación de alimentos no tiene trascendencia para la configuración de la figura típica. Su independencia es total ya que el delito constituye la omisión de prestar los medios elementales para la subsistencia, y es más configurándose aun cuando su cumplimiento sea parcial^{cclxxxix}.

La carga de la prueba cuando existe sentencia civil de alimentos la tiene el acusado, pues ya ha quedado acreditado en el juicio correspondiente la existencia de su capacidad económica. Si posteriormente tal capacidad se vio

conculcada sufriendo el obligado pérdidas en su patrimonio o variaciones negativas en éste, ello deberá probarse en el juicio penal. Y algunos autores consideran que, al no existir sentencia civil, deberá ser la víctima quien deberá probar la existencia de capacidad económica del obligado^{ccxc}. Pero no es pasivo este criterio de distinción en la doctrina nacional^{ccxcii}.

Nuestra opinión es que la carga de probar le compete a la parte acusadora, así lo ha sostenido también la jurisprudencia^{ccxciii}, pues no existe motivo aquí para apartarse de los principios generales en materia procesal en cuanto a la carga de la prueba; quien deberá entonces acreditar el incumplimiento doloso del obligado, así como también el riesgo creado para el sujeto pasivo como consecuencia de la omisión de aquel en la prestación alimentaria debida será a la parte acusadora, es decir, al ministerio fiscal^{ccxciv}.

4.4.- Los testigos como prueba

En los procesos penales instruidos en los términos de la ley 13.944 era reacia la jurisprudencia en aceptar la prueba por testigos, al contrario en sede civil, en los juicios de alimentos -y en general, en los procesos de familia- la jurisprudencia y la doctrina admitían -y admiten hoy-, en forma pacífica, el testimonio de los parientes, amigos íntimos, allegados de las partes, señalándose incluso que sus declaraciones son decisivas para el conocimiento que, cabe presumir, tienen de los hechos sobre los cuales declaran, por estar estrechamente vinculados a las partes o por ocurrir aquellos en su presencia, siempre y cuando, como sucede con cualquier testimonio, den razón de sus dichos y revelen una objetividad mínima^{ccxcv}.

Además, y tal como vimos, para denunciar por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, no es necesario, previamente, haber promovido la acción civil, razón por la cual no siempre existe reclamo alimentario en trámite ante la Justicia Civil, mientras que, en muchos otros supuestos, el testimonio en el pleito de alimentos se produce con posterioridad a haberse iniciado la acción penal, o incluso después de ser citado a declarar en sede penal el imputado, con lo cual ni siquiera puede contarse con esos

testimonios, al menos como prueba instrumental, para resolver la situación procesal de aquel.

Teniendo en cuenta todos los intereses que se ponen de relieve en el proceso penal, la doctrina se preguntaba por entonces si era aconsejable empeñarse en defender la solidaridad familiar cuando el hecho mismo objeto de la investigación, precisamente la ha atacado, afectando a algunos de sus miembros, sean cualquiera de éstos o el propio testigo o uno de los componentes de la familia ligados en igual o en más próximo grado, con el deponente^{ccxcv}.

Frente a este panorama, la doctrina señala que la búsqueda de la verdad real -a la que siempre debe orientarse todo proceso penal- requiere como regla, también para los delitos que estudiamos, que el juez penal está en condiciones de obtener sin obstáculos el testimonio de los parientes, amigos y allegados de las partes, y del propio menor involucrado aun cuando no haya llegado todavía a cumplir los 18 años de edad^{ccxcvi}.

Capítulo VI

POSIBLES SOLUCIONES AL CONFLICTO

SUMARIO: 1.- Acerca de la conveniencia o no de reprimir penalmente esta omisión. 2.- Potenciales soluciones al conflicto. 2.1.- Mediación. 2.2.- Probation. 3.- Proyectos de reforma al delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. 3.1.- El Proyecto de 1960. 3.2.- El Proyecto de 1979. 3.3.- Proyecto de ley de 1995. 3.4.- Proyecto de 2005. 3.5.- Proyecto de ley de 2006. 4.- ¿Un fallo ejemplar?. 5.- Lineamientos generales para un futuro proyecto de reforma. 6.- Proyecto de reforma del artículo 1º de la Ley 13.944. 7.- Conclusiones Personales.

1.- Acerca de la conveniencia o no de reprimir penalmente esta omisión

Adelantaremos que no creemos que la incriminación de incumplimientos alimentarios sea errada, aunque es cierto que sobran los ejemplos de familiares

abandónicos e irresponsables, también es cierto y lamentable que no es solo la ley penal la que no puede solucionar conflictos que surgen de lazos de familia deteriorados donde la vivencia de hostilidad remonta a niveles increíbles, sino que ello también escapa al derecho de familia. Sin embargo es común que desde el Derecho Civil se cuestione severamente la penalización de todo comportamiento disfuncional en el ámbito familiar. Afirmándose, en este sentido, que los conflictos que plantea el incumplimiento alimentario, aun en aquellos supuestos en que se omite la asistencia familiar mínima e indispensable, deben ser resueltos en sede civil, sin recurrirse al Derecho Penal^{ccxcvii}.

Sin embargo, nosotros entendemos que la realidad parece demostrar que, más allá del esfuerzo que los operadores jurídicos de dicho fuero imprimen a sus actividades jurisdiccionales y profesionales, en muchos casos el proceso civil no cumple con su cometido.

Un ejemplo de ello es la sanción de la ley 24.270 en el año 1993, tipificando como delito el impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes. Al observar el alcance de esta ley no podemos dejar de preguntarnos qué ha pasado con los instrumentos propios del Derecho Civil y del Derecho Procesal Civil, previstos en la legislación y en la jurisprudencia para asegurar el cumplimiento del régimen de visitas fijado en los procesos de familia, en favor del progenitor no conviviente con el menor.

Frente a quienes consideran que el derecho civil es suficiente en esta materia, e incluso para garantizar el incumplimiento doloso de los deberes de asistencia familiar, nos preguntamos: ¿Qué ha ocurrido con las facultades instructorias y conciliatorias del juez, con las intimaciones bajo apercibimiento de ley, con las astreintes, etc. y qué ha pasado, también, con el delito de desobediencia (artículo 239 del Código Penal) perfectamente aplicable a aquellos casos en que el progenitor se alza contra el mandato jurisdiccional que se le impuso para que cumpla con el régimen de visitas pactado en favor del no conviviente? Dos respuestas posibles caben a estos interrogantes: o no son suficientes aquellos instrumentos jurídicos, o no han sido creativamente combinados y, en definitiva, utilizados por los operadores jurídicos.

De cualquier manera, y más allá de las críticas que se pueda efectuar a esta ley 24.270, o a la vigencia de la ley 13.944, o a cualquier otra normativa que intente reemplazarla, hay un dato que no se puede soslayar y que, de algún modo, parece legitimar el haberse recurrido al Derecho Penal con el fin de garantizar la facultad del padre no conviviente y, por cierto, de los menores, a mantener ambos un contacto fluido y armonioso^{ccxcviii}. Tal dato es que esta ley 24.270 es el resultado de una iniciativa ciudadana, encarada por una asociación civil que agrupa a los padres no convivientes con sus hijos menores, a los que en efecto se les ha impedido -e impide- un contacto sistemático con sus hijos. En conclusión, cabe al menos presumir que los miembros de dicha asociación, antes de recurrir al lobby parlamentario agotado en sede judicial todos los recursos para ver a sus hijos y, a pesar de ello, no han podido, en más de un caso tal vez, obtener solución satisfactoria al conflicto familiar, exhibiéndose con ello la ineficacia de los instrumentos jurídicos propios del Derecho Civil^{ccxcix}.

Ahora bien, igual panorama que el descrito hasta aquí revelan los casos de incumplimiento doloso de los deberes de asistencia familiar, que en la órbita del fuero civil se canalizan a través del proceso alimentario. Lamentablemente, la experiencia demuestra que cada vez es mayor el incumplimiento alimentario. Efectivamente, en declaraciones efectuadas al diario “Clarín” del día 11 de mayo 1995, el Dr. Alejandro Molina, asesor de menores de la Cám. Civil de la Capital Federal, destacó que “entre el 30 y el 40 por ciento de los hombres separados no paga puntualmente y en forma adecuada la cuota alimentaria a sus hijos”. Mas contundente todavía es la investigación publicada por ese mismo matutino el día 25 de febrero de 1996, en la cual se señala que según estadísticas de la Capital Federal, el 70% de los padres separados no pasan alimentos a sus hijos. Sin embargo, ya dijimos que también en el tema alimentario, como lo recuerda entre otros el propio Dr. Molina en la nota citada, la idea de muchos es tratar de resolver estos conflictos dentro del campo del Derecho Civil^{ccc}.

Pero, en realidad, cuando se analiza la eficacia del proceso alimentario, se advierte que en innumerables supuestos, por diversos motivos, no cumple con la finalidad asignada por la ley. En muchas ocasiones, la sentencia que reconoce alimentos, en favor casi siempre de los hijos menores del matrimonio, es de

ejecución imposible porque el alimentante se ha insolventado impunemente. Independientemente de ello, y desde otro punto de vista, el incumplimiento alimentario trae consigo una considerable dosis de violencia adicional, que se traduce en una sistemática manipulación emocional de la parte más débil del conflicto, generalmente la madre y los niños, estos últimos beneficiarios de la asistencia familiar omitida. Justamente, a la hora de examinar la conveniencia o no de criminalizar conductas como las contempladas por la ley 13.944, no se puede olvidar que, cualquiera sea el incumplidor, quienes siempre se perjudican con tal omisión son los niños, víctimas particularmente vulnerables. Éstos desgraciadamente, se ven perjudicados por partida doble, ya que no sólo son víctimas de una suerte de progresivo abandono material por parte de quien incumple con sus deberes de asistencia familiar, sino que también a ello se agrega, en algunos casos, una especie de violencia, que consiste en una persistente agresión, verbal, y emocional, desplegada por quien detenta mayor poder económico^{ccci}.

En definitiva, creemos que se debe mantener la penalización de estos comportamientos, más aún cuando la madre no cuenta con recursos propios suficientes o con el auxilio de su familia de origen —o éste es prestado en escasa medida— imponiéndole la necesidad de obtener una fuente laboral o un mayor esfuerzo en el trabajo ya desempeñado^{cccii}. Al respecto señalamos que la mayor participación de la mujer sola con hijos en la estructura ocupacional, implica mayores tensiones como consecuencia del doble rol que aquélla afronta, incidiendo por cierto en la formación del hijo, quien a menudo también se ve desprovisto de los cuidados maternos por esta necesidad de buscar el sustento que el padre ha omitido o satisfecho en irrisoria.

Es también en base los tratados internacionales con jerarquía constitucional que protegen a los niños y su derecho a prestación alimentaria que rechazamos de pleno cualquier postura que intente abolir o desacreditar la ley penal analizada, perspectiva que aún en algunos círculos del ambiente jurídico suele esgrimirse, con mayor o menor reflexión^{ccciii}.

Una postura de esta índole, de alguna manera, se advierte en uno de los votos que conforman la minoría del plenario “Gómez”. Los argumentos que, en

líneas generales, se invocan, se dirigen a destacar que la penalización del incumplimiento doloso de los deberes de asistencia familiar, lejos de resolver el conflicto, lo agravan hasta el punto que la acción penal en poder de uno de los cónyuges puede convertirse en un medio para descargar la agresividad en el otro y para obtener, por venganza, su criminalización. De tal modo, siempre según estos razonamientos, la iniciación de una causa puede ser el detonante del incumplimiento de toda asistencia material a cargo del cónyuge definido como delincuente, a instancias del otro^{ccciv}.

Aunque si bien muchos consideran que no es plausible que el derecho penal reprima estas omisiones dolosas, es importante que recordemos las funciones mismas del derecho penal, que -obviamente- no son idénticas a las del derecho de Familia. Así, aunque ambos protegen a la familia, a los niños, a la sociedad, cada uno lo hace desde su rol específico. El derecho penal llega cuando se han agotado las vías civiles, cuando las partes ya no pueden conciliar sus intereses. Es el estado quien se encarga de proteger los derechos a través de la prevención y represión, cuando las partes ya no pueden lograr un acuerdo. Además no parece bueno que pueda transigirse sobre los derechos alimentarios.

No existen en el derecho positivo instrumentos eficaces para corregir el comportamiento omisivo del alimentante, ni tampoco afirmamos que el derecho penal lo sea, sino que solo es un mecanismo más del Estado para proteger los derechos de los más débiles, por el principio de igualdad, de legalidad, etc. Creemos que el sustraerse voluntariamente al cumplimiento de los deberes asistenciales es una causa legítima para que el estado intervenga, por lo que no se viola el tan mentado principio penal de intervención mínima.

No obstante esta opinión se han intentado distintas soluciones alejadas algunas de la ley penal y de su finalidad, a fin de remediar los conflictos generados como consecuencia del incumplimiento por parte del obligado de sus obligaciones asistenciales. Pasaremos sin más a una breve síntesis de los mismos.

2.- Potenciales soluciones al conflicto

Hay quienes creen en la utilidad de solucionar los conflictos que se presentan ante el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar con métodos distintos del previsto por la ley penal, a fin de resolver el conflicto de una manera más pacífica y menos estigmatizante, u otros que consideran preferible la utilización de modelos de derecho penal alternativo, de los que la mediación y la suspensión del juicio a prueba, aplicada en forma fecunda, podrían llegar a ser herramientas válidas. Pero quienes sostienen que es necesario encontrar caminos alternativos a la pena de prisión impuesta por la ley, en fundamento a que el derecho penal debe ser de mínima, utilizándolo como ultima ratio. A través de ellas buscan que la ley penal sea un campo de resolución de conflictos, -olvidando el fin mismo del derecho penal-, y pretenden tener en cuenta la participación de la víctima y la consideración del imputado.

A través de este capítulo iremos esbozando las distintas soluciones, que dentro del marco legal fueron ideando los distintos autores, y aún las fue proporcionando la propia ley, tanto sustancial, sea civil o penal, como las normas procesales a través de diversos y novedosos institutos creados con la finalidad de paliar esta situación de conflicto.

2.1.- Mediación

Una alternativa para encontrar una solución a este tipo de situaciones problemáticas es la mediación, ya que es por excelencia la que reconoce que el conflicto es “de las partes”, otorgando a la autonomía de la voluntad el lugar que tanto merece.

La mediación como propuesta podría ser considerada una utopía y aun mas inadmisibles para acudir en respuesta a los conflictos que derivan en delitos. Pero cabe destacar, a modo de ejemplo y reconocimiento, el esfuerzo que realiza la Oficina de Mediación del Departamento Judicial de San Martín, donde diariamente arriban casos acerca de denuncias sobre delitos que involucran a miembros de una misma familia^{cccv}.

En estos casos, como la ley en cuestión establece pena de prisión o multa, el criterio del centro de asistencia a la víctima del departamento judicial mencionado es tratar de acordar con las partes una audiencia de mediación, ya que en nada resolvería la problemática iniciar una causa penal, más aún cuando se advierte que de aplicarse la pena de multa ésta sería cobrada por el fisco y no por la víctima. Será necesario para ello abandonar la noción del Estado víctima y retornar al entendimiento de que los hechos de origen definidos como delitos son conflictos entre partes que raras veces las exorbitan^{cccvi}. No es un dato que pueda soslayarse que de las audiencias convocadas se realizan el 50% de las cuales que en un 75% de esos casos se llega a un acuerdo (estos datos pertenecen a la investigación realizada por el director del centro de asistencia a la víctima de San Martín Dr. Christian Eiras^{cccvii}).

Asimismo la mediación se lleva a cabo en la provincia de Neuquén en causas penales de jóvenes y adolescentes como también en la provincia de Río Negro donde se implementó la mediación en el art. 173 de su Código Procesal Penal.

Lo más valioso de la mediación (como especie de procedimientos conciliatorios o de autocomposición, o reparatorios) es que sirve como un instrumento de racionalización del sistema penal y de reconocimiento a la víctima. Cabe aclarar que su reconocimiento no significa lenidad ni impunidad sino que es sobretudo una respuesta estatal diversa, según la cual los damnificados son considerados a partir de su perjuicio en el conflicto y los presuntos autores tendrán la posibilidad de repararlo, en un acercamiento que importa una vuelta a la “legalidad”^{cccviii}.

Consideramos que la participación de adecuados profesionales que auspicien un acercamiento consensuado, y con fines de superación de la conflictividad natural generada por la disolución del núcleo familiar, importará cuanto menos restar mayor dramatismo a los padecimientos afectivos de los menores de edad que atraviesan por esta angustiosa situación y lograr un mayor grado de concientización en los progenitores de sus deberes primarios como tales, pero creemos que la mediación solo podría operar antes de instar la denuncia, como un proceso de recomposición previo al penal y finalizado. Pues si lo

introducimos durante este proceso penal se desvirtuaría la finalidad del mismo, en cuanto a la perseguibilidad (salvo el caso del delito de instancia privada), por ello mientras el mismo se lleve a cabo, podrá implementarse solamente como un modo de aminorizar los conflictos suscitados, pero no será posible mediar sobre el carácter delictual del incumplimiento o el carácter de autor del sujeto activo, pues la conducta ilícita ya ha sido realizada, y por la tanto ella es punible, mas allá de haber podido armonizar o no mediante la mediación los conflictos familiares suscitados.

2.2.- Probation

Como una de las alternativas a la pena de prisión se encuentra el advenimiento de la suspensión del juicio a prueba, denominada probation, la cual morigera el efecto estigmatizante de la pena e implica la obligación de reparar el daño causado en la medida de lo posible. Ello se traduce en una manera de reducir el carácter expropiatorio de la pena estatal, ya que sin duda, la significación de la víctima supera la cuestión específicamente penal y también procesal, constituyendo ciertamente una razón de política criminal.

Desde un derecho penal de mínima intervención se interpreta al instituto como la respuesta estatal que consiste en un modo de reaccionar frente al “conflicto estatal” con consecuencias jurídicas alternativas, que desplazan a la pena o, cuando menos, no ostentan el significado de aquella.

La suspensión del juicio a prueba significa la única posibilidad legal de escapar del sistema con la participación activa del imputado y de la supuesta víctima; implica así la “primer puerta de salida” luego de la conducta en principio transgresora. Según este entendimiento, tal “salida” debería ser la segunda posibilidad existente luego de agotar, al menos, un proceso de conciliación entre los “dueños” de la situación problemática.

En otras palabras: sustituir en parte el derecho punitivo por el derecho restitutivo, otorgar a la víctima y más en general, a ambas partes de los conflictos interindividuales, mayores prerrogativas, de manera que puedan asegurar en mayor medida los derechos de indemnización de las víctimas, son algunas de las

más importantes indicaciones para la realización de un derecho penal de la mínima intervención y para lograr disminuir los costos sociales de la pena."

Expresado de otro modo, resulta absolutamente ineludible extraer las mayores ventajas posibles a través de una aplicación amplia de la suspensión del procedimiento^{cccix}.

En este sentido, numerosos instrumentos internacionales prevén los objetivos del instituto de la probation -en normas integradoras- entre ellos: las "Reglas de Tokio"; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El instituto mencionado debe cumplir los requisitos previstos en los pactos: protección a la víctima y reparación, disminución del peso de la selectividad del sistema penal y la búsqueda de eficiencia por medio de la limitación al poder punitivo, integridad de la presunción de inocencia, integración social e internalización de pautas positivas de conducta, evitación de un posible antecedente condenatorio y del cumplimiento de penas cortas privativas de libertad.

Dentro de las consecuencias directas más relevantes sobre la aplicación de este instituto no es la menor la evitación del juicio de debate, con la consecuente omisión de declaración de culpabilidad y pronunciamiento de pena. Además, la probation provee la posibilidad al autor presunto de erigirse en constructor de su propio destino en la causa. Así, el imputado tendrá una participación activa ya que puede cumplir medidas (educativas, laborales y /o de reparación) concretas, de término prefijado y de cumplimiento objetivamente medible y evaluable. Especialmente favorece los procesos de unificación y de integración de las partes del conflicto.

Ahora bien, en nuestro derecho argentino el art. 76 bis del CP permite suspender el proceso a prueba, lo que implica que una persona imputada por un delito de acción pública y que éste sea reprimido con pena privativa de libertad, ante el cumplimiento de ciertos recaudos, podrá lograr la suspensión del proceso bajo la condición de reparar en la medida de lo posible el daño causado y someterse al cumplimiento de ciertas reglas de conducta. La suspensión se mantiene latente por un término previamente determinado, tras el que -cuando el

sujeto no comete delito y se somete regularmente a las reglas indicadas- se extingue la acción penal.

En los casos de conflictos originados en omisiones a los deberes de asistencia familiar la probation es mucho más adecuada que la imposición de una pena privativa de libertad o pena corta de ejecución condicional, pero aunque aquella no es una pena se comporta en gran medida como tal al incorporar las reglas de conducta establecidas en el art. 27 bis del Código Penal, cuyo incumplimiento deriva en la continuación del juicio y que ciertamente importan restricciones a la libertad.

La suspensión del juicio a prueba resulta sumamente conciliadora pues exige la reparación del daño causado convirtiendo eventualmente a la víctima en protagonista del proceso. Reafirma, asimismo la respuesta de un derecho penal más racional y su legitimación en la adhesión a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad^{cccx}.

Por otro lado, la “carga” que importa el cumplimiento obligatorio de las reglas de conducta y de la reparación del daño causado cumple sin dificultad la pretensión retributiva y de prevención general que tantos atribuyen a la pena. Por otro lado, su naturaleza de prevención especial en libertad resulta sin duda más acorde que la pena corta de prisión, si se tiene en cuenta la interacción con la víctima del delito o la posible imposición de medidas específicamente relacionadas con el tipo de conducta de que se trata^{cccxi}.

Creemos que a este criterio responde la aplicación de la probation o que, por lo menos, es la interpretación que mejor la significa si se pretende obtener de ella resultados fructíferos.

En cuanto a la posibilidad de aplicar este instituto a la ley 23.944 no existe óbice jurídico, ya que la ley claramente permite su implementación pues la pena máxima en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar no supera los 3 años de prisión. No existe el mismo criterio en cuanto a la aplicación del instituto en los casos previstos en el art. 2 bis cuya sanción

establece un quantum punitivo de uno a seis años, examen que excede de este análisis, pues en él solo atendemos al primer delito mencionado.

En síntesis, el objetivo de la probation es evitar criminalizaciones inconvenientes y asegurar el carácter de mínima intervención del sistema penal, permitiéndose al mismo tiempo contar con mecanismo jurisdiccional explícito para que el juez aborde una instancia conciliatoria, sobre todo teniendo en cuenta que el conflicto involucrado en las causas instruidas por presunta comisión del delito previsto y reprimido en los artículos 1 y 2 de la ley 13.944 se da en el seno del grupo familiar y, muchas veces, la intervención del sistema penal puede recrudecer innecesariamente esa situación conflictiva^{cccxi}.

3.- Proyectos de reforma al delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar

3.1.- El Proyecto de 1960

El Proyecto de reforma al Código Penal en 1960 bajo la denominación *incumplimiento del deber alimentario* en el título destinado a los delitos contra la familia, preveía el delito que nos ocupa.

El texto del artículo 184 reprimía con igual pena de prisión que en la actualidad o multa por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Este artículo reproducía en sus tres primeros párrafos los artículos 1º, 2º y 3º de la ley 13.944, de este modo, la pena privativa de libertad se mantenía en los mismos límites de la ley vigente; en cuanto a la multa, conforme con el sistema de días-multa adoptado por el Proyecto, se fijaba entre quince y noventa días.

Los parientes beneficiados y obligados son los mismos de la ley 13944, y al referirse al cónyuge, señala únicamente que debe ser impedido, *"evitando así el peligro de omisiones propio de toda enumeración, como la del artículo 2º letra d) de la ley que tácitamente acuerda más amplitud al delito cuando se trata de cónyuges que cuando se trata de padres e hijos."*^{cccxiii}

Lo que era absolutamente novedoso es la disposición contenida en el último párrafo por la que queda exento de pena, por una sola vez, el obligado que antes de la sentencia definitiva cumpliera las prestaciones debidas y diere seguridades razonables a juicio del tribunal de su ulterior cumplimiento. Esta eximente de pena tiene todas las características de una excusa absolutoria^{cccxiv}.

3.2.- El Proyecto de 1979

No hay mucho para agregar respecto al Proyecto de reforma de 1979 intentado por Soler, Aguirre Obarrio, y Cabral, solo mencionar que en lo único que difiere del proyecto anterior (1960) es en la transcripción al expresar que la pena de prisión es *hasta* dos años^{cccxv}.

3.3.- Proyecto de ley de 1995

El diputado Fernando Caimmi elaboró un vasto proyecto de ley, que contenía normas sustanciales y procesales, y que en algunos supuestos importaban una derogación o apartamiento de algunos principios generales que rigen en el derecho penal común^{cccxvi}. Este proyecto originario de ley contenía 6 capítulos y contaba en total con 43 artículos, en referencia, tanto al delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar como al de insolvencia alimentaria fraudulenta. Vamos a ocuparnos de lo preceptuado para el primero.

Uno de los puntos a resaltar de este proyecto es que agrega en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar para la existencia del tipo penal que el imputado cuente con “*recursos económicos o financieros propios*” o recibidos a título gratuito u oneroso de terceras personas. Se mantiene el elenco de sujetos activos y pasivos, pero extiende la protección a quienes hayan convivido en estado de aparente matrimonio o concubinato por un término no menor a tres años^{cccxvii}.

La pena de prisión se mantiene de 1 mes a 2 años, pero ella es alternativa ahora con el sistema establecido por este mismo proyecto de multa jornada. También se construye una figura calificada elevando la pena en un tercio del máximo a la mitad del mínimo, cuando como consecuencia directa del

incumplimiento de los deberes de asistencia familiar se colocare al damnificado en estado de necesidad o indigencia. Se equipara para todos los partícipes en sentido estricto (cómplices primarios y secundarios e instigadores) la pena correspondiente al delito del autor^{cccxviii}.

El sistema adoptado de multa-día o jornada es calculada en base a los ingresos del condenado, ello impide la desactualización de la misma a través del tiempo. Y se establece como pena alternativa para la conversión de las multas impagas la prestación de trabajos comunitarios. Y se recurre como última alternativa al arresto de fin de semana. Cada día de multa no cumplida equivale a una hora de privación de libertad, así el total de horas resultantes se acumularán en unidades de arresto de 24 horas, cumpliéndose el mismo en las seccionales de la Policía Federal y/o destacamentos provinciales que resulten adecuados^{cccxix}.

También regula el sistema de suspensión del procedimiento a prueba., debiendo el imputado cumplir durante dicha suspensión con las reglas de conducta, entre ellas su obligación de asistencia, acreditando en la causa la prestación y los demás deberes que imponen la patria potestad, la tutela, la curatela o el carácter del cónyuge. El incumplimiento de cualquiera de esas dos reglas -u otras- permite que se revoque la suspensión y prosiga el curso de la causa, según su estado^{cccxx}.

Posteriormente prevé un mecanismo incidental para la adquisición de la prueba de cargo en las causas que se promuevan por estos delitos^{cccxxi}. Además se declara que no existirá reserva bancaria, bursátil, tributaria o previsional alguna, pudiendo ordenar el tribunal el relevamiento del secreto o reserva. El objetivo de ello es acreditar el real caudal económico del sujeto activo y su posibilidad de haber cumplido con la ley penal^{cccxxii}.

No se deja de lado en el proyecto la regulación de todo lo vinculado con las cuestiones prejudiciales de carácter civil, con relación a los hechos investigados en sede penal, estableciéndose como principio general la no prejudicialidad, aunque se permite a las partes plantearlas con bastante amplitud. Y por último se establece que los miembros del ministerio público de menores están obligados a denunciar la presunta comisión de los ilícitos contenidos en la

ley cuando tomaren conocimiento de ellos por denuncia de terceros o por su intervención en las causas civiles (cuando ejercen su representación promiscua conforme al art. 59 del Código Civil)^{cccxxiii}.

3.4.- Proyecto de 2005^{cccxxiv}

La diputada justicialista Lucrecia Monti presentó en la Cámara Baja un proyecto de ley para modificar el artículo 1° de la ley 13.944. En esta iniciativa se equipara el incumplimiento parcial con el incumplimiento total de la cuota alimentaria.

Como hemos visto la ley 13.944 en su artículo 1° establece penas para los casos en que se encuentre o no fijada la cuota alimentaria en sede civil, sea de manera provisoria como definitiva. El proyecto de la diputada Monti contempla especialmente los casos en que no se cumple una resolución o convenio judiciales previos.

Con la ley actual y según el criterio del Tribunal el imputado sometido a juzgamiento le bastaría con probar la intención de cumplir, al menos con mínimas ayudas y aún en forma irregular e inconstante, para quedar absuelto de culpa y cargo por este delito, ya que la ley sólo requiere satisfacer condiciones mínimas de subsistencia.

La iniciativa de la legisladora justicialista pretende preservar el cumplimiento efectivo de la cuota al existir una decisión judicial o convenios firmados por las partes, en miras a evitar la actitud de quienes con pagos parciales y a veces irrisorios evitan el proceso penal.

En resumen, según el proyecto, el alimentante que no entrega el total de la cuota fijada o pactada incurre en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

3.5.- Proyecto de ley de 2006 ^{cccxxv}

La diputada nacional Beatriz Leyba de Marti presentó en marzo del presente año (2006) ante la Cámara que integra un proyecto de reforma a la ley 13.944.

En el mismo establece que el juez penal que intervenga en la causa podrá aplicar al incumplidor del deber de asistencia familiar las disposiciones del artículo 76 bis del código Penal, es decir, la suspensión del juicio a prueba, aún durante la etapa instructoria, ya que considera que ello no altera el debido cumplimiento del deber de asistencia familiar.

Otorga además al juez interviniente la facultad, en caso de insolvencia alimentaria fraudulenta y aun cuando la condena exceda de los tres años de prisión, de aplicarle al sujeto activo lo normado por el artículo 27 bis del Código Penal, es decir determinadas reglas de conducta, con la condición de que asegure el efectivo cumplimiento del deber de asistencia familiar.

Incorpora a la ley el artículo 2º ter el que dispondría que en caso de que el empleador del infractor -en relación de dependencia- que no cumpla con las retenciones dispuestas por el tribunal interviniente, sea solidariamente responsable por el importe de esas retenciones. Creemos que la intención de incluir esta norma en el texto de la ley 13.944 excede de la esfera penal, pues al establecer una responsabilidad económica solidaria, no cabe duda de que estamos extendiendo una responsabilidad civil que debe encuadrarse en el ámbito del mismo, a través de una modificación al Código Civil en materia de responsabilidad, o en su caso en las leyes laborales y/o societarias en caso de que el empleador fuere una sociedad comercial.

Y en el segundo párrafo del artículo citado agrega una represión penal de uno a seis años a los partícipes en las acciones comitivas de insolvencia fraudulenta, sea ocultando o disminuyendo el patrimonio del obligado al deber alimentario, frustrando de esta manera en todo o en parte el cumplimiento de dichas obligaciones. Agrega también un artículo 2 quater, por el cual se impone prisión de seis meses a tres años o multa de cinco mil a treinta mil pesos, a la

persona que conociere, participare, facilitare y/o coadyuvare al obligado con aquel mismo fin de frustración. Y dispone que para esta persona no sería aplicable la suspensión del juicio a prueba.

Dispone la incorporación de un artículo 6° a la ley, facultando al Poder Ejecutivo nacional a promover, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto la suscripción de convenios internacionales de reciprocidad para los argentinos radicados en el extranjero, con el fin de asegurar la plena vigencia de la ley 13.944 y sus modificatorias y, por ende aplicando las sanciones por incumplimiento a través de las embajadas argentinas y/o consulares, de acuerdo a la reglamentación de este artículo.

Establece que las normas de la ley son de orden público, y que las mismas serán de aplicación preferente, y por tanto no podrán renunciarse ni desconocerse en modo alguno sus disposiciones.

Además el proyecto se sumerge dentro del ámbito del derecho de familia, al modificar el artículo 264 del Código Civil en el cual establece que al progenitor que -teniendo capacidad económica- hubiese incumplido en forma reiterada con su deber de asistencia familiar, se le suspenderá o privará del ejercicio del derecho a la patria potestad, sin necesidad de interpelación previa alguna por parte del tribunal.

Los principales fundamentos de este proyecto fue la suscripción por parte de nuestro país de la Convención Internacional de los Derechos de los Niños, ya que en ella Argentina asume el compromiso ante la comunidad internacional de adecuar su legislación para convertir en efectivos el pleno goce de los derechos enunciados en ella. Además se expone como base la necesidad de proporcionar al niño y al adolescente una protección esencial, reconociéndole a todo niño y adolescente el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico, social, reconocimiento que es, a todas luces, una obligación de la familia y esencialmente del Estado.

Y es por ello, que para la diputada, resulta esencial modificar la ley 13.944, a fin de asegurar que los responsables de asegurar el deber de asistencia

cumplan con las obligaciones impuestas para lograr la realización plena de niños y adolescentes en cuanto a sus derechos reconocidos, tanto interna como internacionalmente, en base siempre a la protección superior del menor.

4.- ¿Un fallo ejemplar? ^{cccxxvi}

Como corolario de este trabajo realizado y antes de llegar a la conclusión del mismo es nuestra intención exponer un fallo emblemático “G.O.M. s/ incumplimiento de los deberes de asistencia familiar” del Juzgado Correccional N° 8 de esta ciudad de Rosario, en el cual se consideró demostrada cabalmente la autoría del imputado en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. La Fiscalía solicitó como pena un año de prisión y costas, pero el Tribunal consideró excesivo este pedimento y morigeró la pena en base a los arts. 40 y 41 del Código Penal, y tuvo en cuenta para ello la naturaleza de la acción, los medios empleados para la ejecución, el daño y el peligro causado, la edad, educación, los vínculos personales y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, aplicando una condena de prisión efectiva y discontinua de seis meses, con una modalidad muy peculiar.

Además nuestro Código Penal otorga de manera excepcional y a criterio de los Tribunales la posibilidad de establecer la condicionalidad de la pena de prisión (ya que la misma como regla debe ser efectiva) conforme al artículo 26 del mismo, para los casos de primera condena que no exceda de tres años.

Pero en este caso el mencionado juzgado consideró que “resultaría ejemplar dejar de lado este beneficio”, ya que al violarse la normativa penal, se perjudica a los hijos que deben tener por parte de sus progenitores al menos la más mínima asistencia, sin desentenderse de los mismos. Entonces como forma de protección a los menores y en atención a sus necesidades, se le posibilitó al imputado la libertad necesaria para que continúe desarrollando sus tareas laborales, así se podría ganar el sustento indispensable para cumplimentar con sus deberes asistenciales. Así, en el caso en estudio se dispuso la prisión efectiva y discontinua mediante el cumplimiento de la misma a través de la permanencia del condenado en la Seccional Policial más próxima a su domicilio, debiendo acatar las normas de convivencia de la institución y presentarse en ella a las 18 horas del

día sábado, y saliendo de la misma a las 6 horas de la mañana del día lunes siguiente. Quien contempla la posibilidad de aplicación de esta pena alternativa para casos especiales es el artículo 36 de la ley 24.660. También se estableció, razonablemente, que para el caso que los días no laborables del encartado sean distintos a los fijados por el juzgado como prisión discontinua, podrían reemplazarse los mismos a pedido del condenado.

Por lo tanto el imputado fue condenado a seis meses de prisión efectiva y costas por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, con la disposición de que la pena aplicada se cumplimente de manera discontinua, a través de la modalidad mencionada supra.

No obstante la autoconsideración del Tribunal en el sentido de que el fallo en comentario podría resultar ejemplar, ello no fue así, puesto que la condena fue dejada en suspenso en diciembre de 2005 por la Sala 3 de la Cámara Penal de Rosario, al morigerar la pena modificando su ejecución, de efectiva a condicional; y su duración, que se redujo a la mitad (de seis a tres meses). El motivo de tal revocación fue porque, según reza la resolución: “Se trata de un hombre de 40 años y no registra incursión delictual alguna; tiene obligaciones familiares y las mismas, para ser satisfechas, requieren que quien deba cumplirlas no disponga solamente del tiempo que demanden sus obligaciones laborales, ya que también tiene a su cargo el dar afecto, atención y prodigar cuidados a las personas que lo rodean”, en base a que el imputado había vuelto a formar pareja y tenía otros dos hijos a quien debía brindar asistencia.

Otro fallo de similares características y que podemos traer a colación es M. A., W. O. s/ incumplimiento de los deberes de asistencia, en donde el Juzgado en lo Correccional N° 2 de Neuquén consideró en abril de 2006 que el imputado era penalmente responsable del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar debido a su falta de aporte económico en el período abarcado desde octubre de 1999 a noviembre de 2003, en perjuicio de su hijo menor de edad, y le aplicó una pena de 9 meses de prisión de efectivo cumplimiento^{cccxxvii}.

Creemos, en síntesis, que habrá que sujetarse a las particularidades del caso para resolver la condena efectiva o condicional del imputado, y aun sus

alternativas. Generalmente, la primera condena es de ejecución condicional, sin embargo un fallo en contra por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar o la consumación de otro delito distinto a aquel, transforma a la prisión en efectiva. En nuestro país es poco usual que ante el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar se condene al alimentante y menos aún con pena de cumplimiento efectivo, es por ello que quisimos destacar los fallos precitados y las circunstancias que rodearon a los mismos, pues es considerado que poner preso al padre además de no poder ganarse el sustento para cumplir con el pago de los alimentos, imposibilitaría el contacto con el hijo, existiría entonces una doble privación, como bien lo señalara la Cámara Penal de Rosario en el fallo precitado.

5.- Lineamientos básicos para un futuro proyecto de reforma

Si bien, el motivo del presente trabajo ha sido únicamente el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, es conveniente proponer la reforma a la ley 13.944 en su totalidad, y no sólo a los artículos 1 y 2, ya que si bien en el 2 bis se reprime el delito de insolvencia alimentaria fraudulenta, los sujetos, tanto activos como pasivos que integran este delito se derivan de aquellos artículos. Por ello si bien podríamos reformar sólo los artículos mencionados, ello incidiría en forma directa hacia la otra figura penal descripta en la ley.

Intentaremos en este título otorgar determinados lineamientos que consideramos que deben priorizarse en una futura modificación de la ley penal, la que, a todas luces, y en base a lo expuesto a lo largo de este trabajo, es indispensable para la mejor protección del bien jurídico tenido en miras por la misma, ya sea que consideremos como integrante de aquel a la familia, o al derecho al deber alimentario que poseen las personas mencionadas por la normativa vigente.

Creemos que si bien es necesaria una profunda reforma a la ley, ella no debe ser extensa, sino solo deberán ser sujeto de modificación aquellos aspectos que fueron motivo fundamental de discrepancia en doctrina y jurisprudencia aquí expuestas; pues si realizáramos una reforma amplia, introduciendo nuevos conceptos volveríamos a caer en la misma laguna normativa de que adolece la ley,

o bien tendríamos que integrarla con normas interpretativas que no dejen lugar a dudas de los términos empleados por ella.

Creemos entonces -imbuyéndonos en el tema- que lo esencial será, en primerísimo lugar, establecer el marco de actuación de los sujetos activos, equiparando “medios asistenciales” con la noción de alimentos brindada por el Código Civil, a fin de que pueda reprimirse, no solo a quien incumple parcialmente y con lo mínimo para la subsistencia del hijo (alimentos, vivienda), sino también a aquel que se sustrae de prestar los medios necesarios para el desarrollo del mismo, así por ejemplo la educación, la recreación; pues a través del cumplimiento de prestarlos (tanto a aquellos primeros como a los segundos) el padre (u obligado) puede cumplir, como corresponde son su deber de asistencia para con sus hijos (o sujeto pasivo), cuando éstos aun se encuentren en la minoría de edad o fueren mayores impedidos.

Asimismo no cabe duda alguna que para la existencia de la acción típica el imputado debe ostentar capacidad económica suficiente para solventar los gastos derivados de sus deberes de asistencia familiar, entonces en la norma esto tendría que dejarse registrado, con la finalidad de poner fin de esta manera a la longeva discusión acerca de a quien le corresponde probar tal extremo, sentando de esta manera la presunción *iuris tantum* del mismo, que deberá ser probada por la parte acusadora, para no violar los principios de legalidad y de inocencia.

Entendemos que la pena deberá mantenerse en cuanto a su duración, a fin de permitir la concesión, en caso de primeras condenas, del beneficio de la ejecución condicional, según las índoles particulares del caso y a criterio judicial. Y también con el fin de otorgar la posibilidad de suspender el juicio a prueba a través del instituto de la probation consagrado en el artículo 76 bis del Código Penal, condicionada a la reparación ofrecida por el imputado.

El permitir a los tribunales la concesión de tales beneficios no significa, que conforme las circunstancias individuales, pueda aplicarse prisión efectiva. Y en tal caso profesamos la idea de que será de necesaria y obligatoria aplicación las penas alternativas fijadas por la ley 24.660, a fin de que el condenado pueda continuar cumpliendo –sea en todo o al menos en parte- con sus deberes

asistenciales. Esto porque no podemos asumir la postura estricta de que en ningún caso podrá aplicarse prisión efectiva en la primera condena, pues consideramos que de este modo la ley se convertiría en ineficaz, admitiendo la impunidad de los imputados por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en todos los procesos en que se obtenga una primera condena.

Una vez probada la capacidad económica del obligado, podría fijársele la pena de multa, en este aspecto adherimos a lo señalado en el proyecto del diputado Fernando Caimmi al establecer una pena de multa-día (calculada en base a los ingresos del condenado), que podrá ser infranqueable en períodos en que la economía del país se subsume en etapas de hiperinflación^{cccxxviii}. Con ello se deja a salvo el principio constitucional de igualdad ante la ley, evitando que el monto fijo vigente pueda convertirse en un premio para muchos y sólo incida negativamente en el patrimonio de unos pocos, desnaturalizándose con ello los objetivos mínimos de toda sanción penal, es decir, con su eficacia disuasiva y preventiva especial.

En caso de no pagarse la multa -cualquiera fuere el motivo- sería adecuado a los intereses de la familia y a cada uno de sus integrantes, o de la persona perjudicada por el incumplimiento si nos situamos fuera de un ámbito familiar, que la reforma deberá otorgar al juez la posibilidad de decidir entre imponer al reuente en sustitución de aquélla, antes que la pena de prisión conforme el art. 21 del Código Penal, la realización de trabajos y servicios comunitarios. De esta manera se evitará el encierro del condenado, con los efectos desocializantes y criminógenos que esto implica, además de hacerle perder al condenado el contacto con su familia y hasta su trabajo o fuente de ingresos necesarios para solventar su sustento propio y el de sus alimentados.

Asimismo al creer imprescindible una pronta reforma de la ley de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, y puntualmente del delito que nos ocupa, en lo que refiere a los aspectos específicos apreciados supra; del mismo modo entendemos que una reforma legal en base a tales lineamientos sería fundamental a los fines de contribuir a otorgar una mayor eficacia y racionalidad al control penal del incumplimiento doloso de los deberes de asistencia familiar,

habiéndose abierto hace ya largos años el debate sobre este tema, y sin encontrar aún su punto final.

6.- Proyecto de reforma del artículo 1º de la Ley 13.944.

En base a los lineamientos expuestos proponemos la reforma al artículo 1º de la Ley 13.944, el que quedaría redactado de la siguiente manera: “*Se impondrá prisión discontinua de un mes a dos años o multa de setecientos cincuenta a veinticinco mil pesos a los padres que, contando con recursos económicos suficientes, y aun sin mediar sentencia civil, se sustrajeren a prestar los deberes asistenciales -prescriptos por la ley civil- a su hijo menor de 18 años, o de más si estuviere impedido*” Tal reforma propuesta tiene base en los siguientes fundamentos:

Primeramente creemos conveniente respetar la redacción originaria del artículo en cuanto a la preservación de los sujetos, tanto activos como pasivos, que quedarían comprendidos en el delito en caso de incumplimiento. No podemos dejar atrapados en esta norma sujetos distintos que los que enumera la misma, pues estaríamos extendiendo el deber alimentario más allá de lo razonable, y más allá de lo preceptuado por la ley civil, ya que al equiparar el concepto de medios indispensables con los deberes asistenciales civiles no cabe agregado alguno a aquellos.

Es de vital importancia el agregado de que el sujeto activo cuente con capacidad económica suficiente a fin de salvaguardar las necesidades alimentarias de la víctima. La inclusión de este elemento del tipo penal obedece a la necesidad de poner fin a la discusión doctrinaria y jurisprudencial acerca de quien es el que debe probar tal extremo, sobre todo frente al criterio jurisprudencial que considera que debe presumirse tal elemento, obviamente en franca violación a los principios de legalidad y de inocencia. Así entonces nos encontraríamos ante una presunción *iuris tantum* del mismo, que deberá ser probada por la parte acusadora.

La reforma mas profunda realizada al esquema delictual –como lo adelantáramos- es la equiparación de los “medios indispensables” con los deberes asistenciales establecidos en el código Civil. Ello nos parece oportuno a fin de

zanjar las discusiones en torno a dilucidar que aspectos quedaban comprendidos dentro de aquella locución y cuales no, y es un fiel reflejo de la jurisprudencia predominante que se inclina por equiparar ambos conceptos. De esta manera se reprimirá penalmente tanto a quien incumple parcialmente con los deberes asistenciales como a quien lo hace en su totalidad, quedando cubierto el derecho de la víctima a una asistencia integral, no solo alimentación y vivienda, sino también la educación y la recreación, todo lo concerniente al bienestar del sujeto activo.

No consideramos conveniente reformar la duración de la pena, entonces podrá ser condicional en caso de primeras condenas y a criterio judicial; sin embargo y en principio la prisión será efectiva pero con una modalidad distinta: la discontinuidad. Es necesario que en todos los casos la pena sea fijada de esta forma, aunque atendiendo siempre a las circunstancias particulares, y a los fines de posibilitar al sujeto activo el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, sea que las esté cumpliendo sea que deba comenzar a hacerlo. Es importante otorgarle al obligado la posibilidad de adecuar la sanción con sus condiciones laborales a los fines expresados. Así por ejemplo, si el sujeto trabajare de lunes a viernes podía aplicársele una pena cuyo cumplimiento se realice los días sábados y domingos, o si sus días laborables fueren éstos que cumpla su condena los días de semana.

Es importante la aplicación de esta modalidad, pues al no aplicar los jueces en casos de primera condena la prisión efectiva hoy vigente en la ley 13.944, la función de la pena queda subsumida en el mecanismo procesal de lograr la ejecución condicional o la prescripción, convirtiendo a la ley y a su sanción en ineficaces medios de prevención y represión del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en aquellos casos de primera condena por tal delito, quedando impunes sus autores y el texto legal conforma solo una expresión de deseo distante de la realidad.

Al tener que probar acabadamente la capacidad económica del obligado, no hay óbice alguno para imponer la pena de multa, en este aspecto hemos adherido a lo preceptuado en el proyecto del diputado Fernando Caimmi, el cual establece una pena de multa-día que se calcula en base a los ingresos del

condenado^{cccxxix}. De esta forma salvaguardamos el principio de igualdad ante la ley consagrado por nuestra Constitución Nacional cumpliendo con los objetivos de toda sanción penal: represión y prevención.

En base a los lineamientos expresados en el título anterior y a la propuesta concreta de reforma al artículo 1º de la ley 13.944 creemos indispensable una pronta reformulación del articulado de la ley de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, a fin de no tornar ilusorio el fin tenido en miras por ella y por el derecho penal en sí, y de sancionar el incumplimiento doloso de los deberes fundamentales de aquellas personas que han sido víctimas de un accionar que tal vez podríamos llamar inhumano, y que en los peores casos -a pesar de la tramitación de los procesos civil y penal- aún lo siguen siendo.

Y además, la relativamente reciente incorporación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o también conocida como Pacto de San José de Costa Rica y, más específicamente, de la Convención sobre los Derechos del Niño a nuestra legislación nacional, con sus principios rectores analizados oportunamente, obligan a un serio replanteo de los instrumentos vigentes y demanda un efectivo esfuerzo para dotarlos de eficacia.

Así las cosas, y frente al dato lamentable pero inocultable que señala que son los menores de edad la franja de damnificados más frecuente en este tipo de ilícitos, hoy como ayer es un deber ineludible del legislador extremar sus esfuerzos, mejorando los instrumentos legales vigentes o, en su defecto, propiciando su modificación cuando, como en el caso, existen razones de peso que lo justifiquen. Máxime teniendo en cuenta que existe suficiente consenso social y político-institucional respecto a que es necesario proteger eficazmente a la familia y, muy especialmente, a los menores de edad, que son sus miembros más vulnerables.

7.- Conclusiones personales

Si bien hemos incluido en cada capítulo una mirada crítica sobre la opinión de los diversos autores que se han ocupado del estudio del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, y sobretodo de la construcción pretoriana, fuente permanente de creación e interpretación del derecho, en este título trataremos de señalar los aspectos elementales que deben destacarse del delito estudiado.

Comenzando con la exposición final de este trabajo y a modo de conclusión, podemos decir que el delito en comentario es de omisión impropia y dolosa, de peligro abstracto, continuo o permanente, y que le incumbe a la parte acusadora demostrar la presencia de los extremos de esta figura penal, es decir, la existencia del deber, la correcta capacidad económica del obligado, su doloso incumplimiento y la auténtica situación de necesidad por la que atraviesa el sujeto pasivo.

En lo que refiere al bien jurídico tutelado por la ley es cierto que el mismo fue y sigue siendo la familia como institución y no cada integrante de ella en forma individualmente considerada, pues el Estado quiso proteger al momento de la puesta en marcha de la ley N° 13.944 una de las instituciones fundamentales que lo integran; pero también es cierto que no podemos dejar de desconocer la tutela jurídica que la ley penal hace recaer en el derecho de los sujetos pasivos a la satisfacción de los medios indispensables para su subsistencia, doctrina ésta que va abriéndose paso en el pensamiento penal. Y cabe agregar como base de esta nueva concepción que no todas las obligaciones alimentarias devienen de aquel instituto, como es el caso de los que derivan de la calidad del sujeto activo de ser tutor, curador o guardador; y aun más de aquellas relaciones de concubinos, novios, y hasta de relaciones ocasionales, a más de la gran cantidad de casos de disolución del vínculo conyugal, ya sea por divorcio o por nulidad. En estas situaciones nacen niños con los mismos deberes asistenciales que cualquier otro, y a los cuales la ley debe amparar en base al principio de igualdad ante la ley, y a los Tratados internacionales jerarquizados constitucionalmente que protegen el derecho del menor de edad a la prestación alimenticia, entre otros derechos primarios.

Así hemos dicho que no es necesario que el menor se encuentre en un real estado de necesidad para que se configure el delito de incumplimiento a los deberes de asistencia familiar, pues esta obligación únicamente requiere para su ejercicio la existencia de la persona menor de edad o impedida si fuere mayor y la voluntad de cumplirla, sin más. De este modo reafirmamos que el delito es de omisión impropia y de peligro abstracto, ya que solo exige para su configuración el mero incumplimiento del obligado, sin perjuicio del resultado que pueda o no haber ocasionado con su inacción. Y también hemos apuntamos que los delitos de peligro abstracto no integran el tipo penal el peligro, sino que éste es la *ratio legis* de su formulación en la norma penal, es por ello que esta presunción de peligro no admite prueba en contrario.

No debemos olvidar, que ya no puede prescindirse a los fines de la configuración del tipo de la capacidad económica que debe poseer el imputado a los fines de poder solventar los gastos de manutención; pues en caso de inexistencia real, completa, e involuntaria de la misma la conducta se convertirá en atípica, siempre que además se demostre la voluntad de cumplir. En este sentido y como lo hemos expresado en el título anterior deberá agregarse al artículo 1 de la ley la capacidad económica del autor como un elemento más del tipo objetivo. No obstante ello no ponemos en mayor tela de juicio la acción típica del tipo básico de la ley, pues ella consiste en sustraerse a prestar los medios indispensables para la subsistencia de las personas indicadas por la ley, tal como lo indican sus artículos. Parecería así que no se requiere intencionalidad alguna en el obrar del autor, pero si éste conoce la existencia de su obligación y se sustrae a ella, hay en tal actitud un no hacer doloso.

Ahora, en relación a los sujetos del delitos el detalle con que la ley enumera a cada uno de ellos obsta a que pueda realizársele crítica alguna, es mas plausible el hecho de incluir dentro de esta figura penal como sujeto activo al guardador, toda vez que éste, si bien no tiene un deber alimentario devenido del derecho civil, es responsable del mismo por la guarda ejercida sobre el sujeto pasivo, sin mas fundamentación que el deber deviene de la naturaleza de tal ejercicio.

En cuanto a la locución empleada por la norma “medios indispensables” creemos que ella debería equipararse al concepto que de alimentos tiene el derecho civil, como fiel reflejo de la jurisprudencia predominante. Mientras ello no sea receptado por la norma penal -la que recordemos debe propender a la especificidad- debemos sujetarnos al criterio más acotado de tales términos, ya que de otra forma violaríamos el tan mentado principio de interpretación restrictiva de las leyes penales, y el insoslayable principio de legalidad constitucional. Para no violar tales preceptos es imprescindible que se arribe a una pronta reforma penal que culmine con la problemática zanjando las diferencias aludidas en su oportunidad.

En cuanto al cumplimiento parcial es de ardua y casi imposible labor el analizar en detalle cada uno de los casos en que nos encontramos frente al mismo, pues las circunstancias particulares de los sujetos interactuantes varían de persona en persona, de familia en familia, según las realidades, momentos y contextos que las rodean. Es por ello que deberá otorgarse al juez la facultad de esclarecer -siempre sujeto a derecho- si nos encontramos o no en cada una de estas diversas situaciones ante el delito que nos ocupa (para ello analizará la voluntad del obligado, la existencia de sentencia civil, los incumplimientos reiterados, etc.)

No cabe objeción alguna a que la ley N° 13.944, por el alcance de su tutela jurídico-penal y por no requerir una sentencia judicial previa que atribuya la obligación alimentaria, pertenece al sistema realista y directo. Al primero porque la tutela alcanza solo al abandono pecuniario; al segundo porque es el juez penal quien deberá comprobar el vínculo, la situación de necesidad y toda otra circunstancia a los fines de acreditar la existencia del delito. Se creía que la existencia de sentencia civil imponiendo la obligación alimentaria era sostén para desprenderse de los principios procesales generales en cuanto a la carga de la prueba durante el proceso penal, pero en realidad y en base al principio *indubio pro reo* ello no es así, ya que en estos juicios la carga de probar le va a competer siempre a la parte acusadora.

Tampoco es objeto de refutación el artículo 3° de la ley por cuanto es razonable que el hecho de que terceras personas obligadas o no al pago de los alimentos o que colaboren a hacer menos pesada la subsistencia de la víctima no

excluye el tipo para el autor del incumplimiento, pues su omisión dolosa no puede pretender borrarse en fundamento al actuar de aquellas personas.

Consideramos que al ser condenado por primera vez por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar se interrumpe la permanencia del mismo y por tanto ante un nuevo incumplimiento hacia la víctima incurre en un nuevo hecho delictivo, pues si consideráramos lo contrario se desprotegería en forma completa a la víctima; asegurándole un margen de impunidad -para continuar en el quehacer delictivo- para todos aquellos que obtuvieron su primer condena por este delito.

Existen, por otra parte, obstáculos de carácter procesal que impiden a los jueces llevar a cabo en muchos casos una investigación eficaz. Tampoco se cuenta en la ley 13.944 con institutos procesales específicos y adaptados a este tipo de delitos que permitan desestimar, suspender o interrumpir la persecución penal, cuando resulta conveniente para resolver del modo más apropiado para las partes el conflicto jurisdiccional, o bien porque es desaconsejable desde el punto de vista político criminal llegar a un procesamiento. Sic es preferible la probation a la pena de prisión pues ésta excluye al condenado de su profesión u oficio, del seno de su grupo familiar y de sus vínculos sociales, es, en definitiva, desocializante. También analizamos el instituto de la mediación como instrumento paliativo del conflicto, pero no como un procedimiento de resolución del mismo en sede penal, sino anterior a éste y como última posibilidad de subsanar las diferencias familiares y de lograr –como principal objetivo- a través de ella el cumplimiento del deber alimentario por parte del renuente.

Hemos dicho retro que la pena de prisión fijada en la ley es minúscula, y esto otorga al imputado la posibilidad concreta y real de que la ejecución de su condena sea condicional o también la posibilidad de obtener la prescripción. Sin embargo no sería loable el aumento de la sanción prevista, ni es aconsejable en la mayoría de los casos condenar al cumplimiento efectivo de prisión, ni la aplicación de la misma en su forma más gravosa ya que ello solo conllevaría a generar mayores dificultades como consecuencia de la pérdida de la fuente de ingreso del imputado y de su libertad ambulatoria, lo que colocaría a las víctimas en una situación económica y emocional aun mucho más grave que aquella en que

las situó el incumplimiento y posterior procesamiento del imputado. Si bien la pena no debe agravarse, por otro lado el intento de lograr que opere la prescripción al término de dos años, podría llegar a ser un mecanismo procesal de la defensa del imputado a los fines de evitar la incriminación del mismo. Además la imposición legal de aplicar el efectivo cumplimiento en casos de penas cortas, cuando existe una condena anterior y no han transcurrido los plazos previstos por la ley para proveer a una segunda suspensión, aún cuando se trate de supuestos graves, suponemos que es para muchos jueces un mandato cumplido con pesar.

Consideramos que el Estado es en principio el principal garante del derecho a una alimentación adecuada y de asegurar este derecho fundamental, que hace a la dignidad humana. Pero la ley civil en primer lugar, y en segundo el derecho penal, han delegado parte de estas responsabilidades a los padres como jefes de la comunidad familiar, referidas ellas fundamentalmente al desarrollo normal de la familia y al de sus integrantes, reconociendo en los hijos a los sujetos más débiles dentro de tal estructura y por ende merecedores de protección legal, pero reposando principalmente en los progenitores la confianza de que podrán alcanzar aquel objetivo. Y la necesidad de observar fidelidad al ordenamiento jurídico no es susceptible de prueba; y es por ello que el derecho penal traslada la tarea de procurarse suficiente disposición para cumplir la norma a las personas individuales, mientras los defectos volitivos son imperdonables.

Consideramos que especialmente el incumplimiento alimentario del padre respecto de sus hijos, en todos los casos, pero principalmente en los conflictos de separación, constituye una indudable problemática social que vulnera los derechos esenciales del niño y del adolescente, pues lo priva de los recursos materiales necesarios para su desarrollo y formación integral. Esta deserción del progenitor atenta, al mismo tiempo, contra el principio igualitario en la responsabilidad de crianza y educación de los hijos, consagrado en la normativa constitucional y supranacional vigente.

No es posible encontrar una única causal de estos comportamientos ya que se originan en una multiplicidad de factores que son prácticamente imposibles de analizar, pues en ello entra en juego toda la estructura psíquica de los hombres, desde actitudes egoístas hasta venganzas privadas entre los cónyuges, desde

conflictos patrimoniales entre ambos hasta rupturas no elaboradas psicológicamente.

En estos casos no conviene generalizar, toda vez que cada ser humano puede reaccionar de manera distinta ante un mismo conflicto. Pero sí es posible identificar que, en muchos casos los hijos son utilizados como una suerte de objeto del pleito, y es por ello que merecen la máxima protección que el Estado pueda brindarles, pues son las personas más débiles dentro de la estructura familiar y en consecuencia nuestra ley penal debe asumir el rol de protegerlos.

Por iguales razones es primordial utilizar todas las nuevas herramientas y caminos que nos brindan los Tratados Internacionales sobre derechos humanos y protección de los menores, así por ejemplo la Convención de los Derechos del Niño y de las Convenciones Americanas sobre Derechos Humanos, con la finalidad de garantizar a través de ellos la mejor protección de aquellos y una máxima garantía en la eficacia y eficiencia de la ley.

En base a tales argumentos expuestos debe propenderse a la reforma de la ley penal y específicamente del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, que como figura básica otorga los elementos necesarios para que se configuren los tipos penales descritos por la ley. Es por ello que se ha dejado sentado tanto en estas conclusiones como en el capítulo anterior los puntos esenciales que necesitan ser materia de reforma legal a fin de cumplir las funciones del derecho penal: tanto en lo que refiere a la prevención general, como a la especial y asimismo al objetivo mismo de retribución penal.

No obstante lo expresado supra y las intenciones específicas de reforma a la ley de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, pretendemos aun una mas profunda reflexión en el sentido de poder comprender e incorporar datos casuísticos, extraíbles de la realidad social para la mejor comprensión del delito estudiado, pues sino nos quedaríamos estancados en un vago discurso jurídico-penal de garantías o de principios liberales, que tal vez solo podrían ser salvados a través de una teoría negativa de la pena. Resume la intención de reflexión de este trabajo la pregunta que nos realiza Zaffaroni, luego de expresar que: *“Todos somos producto de un entrenamiento que en buena medida nos condiciona,*

porque nos enseña a ver algo y, simultáneamente, a no ver muchas más cosas. A ello se debe que sea muy difícil responder con severa autocrítica la más ardua pregunta sobre la pena: ¿Vale la pena? ”^{ccxxx}

-
- ⁱ Código Penal Argentino, Zavalía 2005, Ley N° 13.944, Art. 1.
- ⁱⁱ Código Penal Argentino, Zavalía 2005, Ley N° 13.944, Art. 2.
- ⁱⁱⁱ Código Penal Argentino, Zavalía 2005, Ley N° 13.944, Art. 2 bis.
- ^{iv} Código Penal Argentino, Zavalía 2005, Ley N° 13.944, Art. 3.
- ^v Código Penal Argentino, Zavalía 2005, Ley N° 13.944, Art. 4.
- ^{vi} Código Penal Argentino, Zavalía 2005, Ley N° 13.944, Art. 5.
- ^{vii} Código Penal Argentino, Zavalía 2005, Ley N° 13.944.
- ^{viii} Fontán Balestra, Carlos. Delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar / Generalidades. Tratado de Derecho Penal (Parte Especial) [obra en línea]. 1996; 1505/001374: [16 pantallas]. Disponible desde: URL: www.lexisnexus.com.ar
- ^{ix} ibídem.
- ^x Gómez, Eusebio. Leyes penales anotadas, T. II. Buenos Aires : Ediar. 1952, pág. 460.
- ^{xi} Fontán Balestra, Carlos. op. cit., 1505/001374: [18 pantallas].
- ^{xii} Gómez, Eusebio. op. cit., págs. 451 y ss.
- ^{xiii} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P. Los delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires : Desalma; 1997, pág. 46.
- ^{xiv} Cámara de Diputados de la Nación, Reunión 36ta. septiembre 7 de 1949, diario de Sesiones, p. 3151.
- ^{xv} Sagretti, Héctor y Nacer Axel. El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. “La Ley” (Córdoba) 2001-A-123.
- ^{xvi} Fontán Balestra, Carlos, op. cit., 1505/001374 : [19 pantallas].
- ^{xvii} ibídem, 1505/001374 : [20 pantallas]
- ^{xviii} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. XI.
- ^{xix} Fontán Balestra, Carlos, op. cit., 1505/001374 : [20 pantallas].
- ^{xx} Gómez, Eusebio. op. cit., pág. 447.
- ^{xxi} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala VI, in re G., I., 26/08/92, “La Ley”, 1992-B-96.
- ^{xxii} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, in re Queirolo, M., 11/12/59, “La Ley” 1998, pág. 562.
- ^{xxiii} Nuñez, Ricardo C. Tratado de derecho penal, Tomo V, Vol. I. Córdoba : Lerner; 1992, págs. 22 y 23; Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., págs. 50 y ss.; Laje Anaya, Justo, Delitos contra la familia, Córdoba : Advocatus, 1997, pág. 188; Makianich de Basset, Lidia N. La obligación alimentaria y el delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar (ley 13.944) “La Ley” 1984-D-910; Díaz de Guijarro, Enrique. La prueba en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar “Jurisprudencia Argentina” 1957-I, pág. 118.
- ^{xxiv} Lascano, Carlos. La ley 13.944 y el estado actual de la jurisprudencia, Córdoba : Lerner. 1964, págs. 11 y 13.
- ^{xxv} Peco, José. Proyecto de Código Penal, Exposición de motivos. La Plata, 1942, pág. 367.
- ^{xxvi} CAMARA DE APELACIONES EN LO CRIMINAL CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL “Fallos”, T II, pág. 119 y siguientes, y T. III pág. 182 y siguientes.
- ^{xxvii} CAMARA DE APELACIONES CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, in re Aloise, 13/11/42, “Fallos” Tomo II, pág. 119 a 133. Del Voto del Dr. Cabral con cita de Peco.
- ^{xxviii} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala III, S.A.E., 28/8/81, “Jurisprudencia Argentina” 1981-VI-145; in re Arancio, R., 27/04/79 “Jurisprudencia Argentina” 1979-IV-214.
- ^{xxix} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala V, in re Heredia, Raúl, “Jurisprudencia Argentina”, 1999-II; CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, Sala V, in re R. H. s/inc. de nulidad, 18/04/96, “Jurisprudencia Argentina”, 1996-I-41.
- ^{xxx} CAMARA CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala VII, in re Fernández, Omar, “Jurisprudencia Argentina”, 1990-IV.
- ^{xxxi} CAMARA NACIONAL DE CASACION PENAL, Sala I, in re Aisen, Eduardo I., 04/10/93, causa n° 47, eDIAL-AA2FE3.
- ^{xxxii} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala III, in re M.C.A., 30/12/77, cit. por González Garrido y Romero Villanueva en reseña jurisprudencial del Delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, en Rev. de Derecho Penal y Procesal Penal, abril 2005, pág. 382.
- ^{xxxiii} Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, BGHSt. 5, 106; 12, 38. Disponible en: URL: <http://dialnet.unirioja.es>
- ^{xxxiv} ibídem, BGHSt. 12, 38. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es>.

- ^{xxxv} OTTO, Harro. Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, Walter de Gruyter, Berlín y New York, 1995, pág. 325. Disponible en: URL: <http://www.pgj.ma.gov.br>
- ^{xxxvi} Baigún, David. El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar a través de la teoría del delito, en *Nuevo Pensamiento Penal*, Año 3, Buenos Aires : Depalma, 1974, pág. 287.
- ^{xxxvii} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 54.
- ^{xxxviii} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 150.
- ^{xxxix} Buompadre, Jorge. La insolvencia fraudulenta. Buenos Aires : Astrea; 2005, pág. 98.
- ^{xl} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 54; Hendler, Edmundo S. El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar y el divorcio. *El Derecho*, Tomo 49, págs. 587 y ss.
- ^{xli} Donna, Edgardo A., *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II A*, Santa Fe : Rubinzal Culzoni; 2001, pág. 416.
- ^{xlii} Código Penal Argentino, Zavalía 2001, Ley N° 13.944, Art. 1.
- ^{xliii} Nuñez, Ricardo C. op. cit., págs. 32 y 33.
- ^{xliv} Código Civil, Título III: De la patria potestad, art. 267; Título VI, Capítulo I: del Parentesco por consanguinidad, art. 362.
- ^{xlvi} Spota, Los elementos materiales y psicológicos del delito de incumplimiento del deber de asistencia familiar. "Jurisprudencia Argentina", 1953-III-109.
- ^{xlvi} Fontán Balestra, Carlos, op. cit., Naturaleza y extensión del deber de asistencia 1505/001405 : [24 pantallas].
- ^{xlvi} CÁMARA DEL CRIMEN DE SANTA FE, "Juris", Tomo 2, pág. 304 y Tomo 6, pág. 12; CÁMARA CRIMINAL DE LA PLATA, "Jurisprudencia Argentina" 1954-I-444; "La Ley" Tomo 73, pág. 97; CÁMARA DEL CRIMEN DE LA CAPITAL, "La Ley" Tomo 72, pág. 665.
- ^{xlvi} CAMARA PENAL DE RAFAELA, in re O., J. G. s/incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, 10/03/94, Colección Zeus, 65-J-188.
- ^{xlix} Fontán Balestra, Carlos, op. cit., 1505/001405 : [25 pantallas]
- ^l Ure, Ernesto J. El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, 2ª ed. actualizada. Buenos Aires : Abeledo Perrot; 1973, pág. 41; Cuello Calón, Eugenio. El delito de abandono de familia, n° 27, Barcelona : Hispano Europea, 1948, pág. 80; CÁMARA DEL CRIMEN DE LA CAPITAL, "La Ley", 25/07/67 y 23/08/67; Fontán Balestra, Carlos, op. cit., 1505/001405 : [22 pantallas]
- ^{li} Código Penal Argentino, Zavalía 2001, Ley N° 13.944, Art. 3°.
- ^{lii} Ure, Ernesto J. op. cit., pág. 28.
- ^{liii} CAMARA DE APELACIONES CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, in re Aloise, 13/11/42, "Fallos" Tomo II, pág. 119 a 133.
- ^{liii} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala I, in re Rubio, César E., 17/11/89, "La Ley" 1990-B-243.
- ^{liii} CAMARA PENAL DE VENADO TUERTO, in re C., D. E., 08/08/01, "La Ley" (Litoral), 2001-1260.
- ^{liii} CAMARA NACIONAL CIVIL, Sala F, "La Ley", 1981-C, 116.
- ^{liii} CAMARA PENAL DE VENADO TUERTO, in re P., M. A. s/ incumplimentote los deberes de asistencia familiar, 30/04/93. Colección Zeus, 63-J-26.
- ^{liii} CAMARA PENAL DE ROSARIO, Sala IV, in re I., C. s/ incumplimiento de deberes de asistencia familiar, 23/09/96. Colección Zeus, 76-R-21.
- ^{liii} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 80.
- ^{liii} Cuello Calón, Eugenio. op. cit., pág. 17.
- ^{liii} Ure, Ernesto J. op. cit., pág. 25 y 72.
- ^{liii} Marc Ancel, L'abandon de famille et ses sanctions, *Revue de Droit pénal et de Criminologie*, 1937, pág. 1124, cit. por Cuello Calón, Eugenio. op. cit., pág. 18.
- ^{liii} Ure, Ernesto J. op. cit., pág. 26 .
- ^{liii} Aloisi, Hugo "Rivista di Diritto penitenziario", 1934, pág. 247, cit. por Ure, Ernesto J. op. cit., pág. 26.
- ^{liii} Ure, Ernesto J. op. cit., págs. 27 y 28.
- ^{liii} ibídem, pág. 25.
- ^{liii} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 56.
- ^{liii} Fontán Balestra, Carlos, op. cit., 1505/001374 : [18 pantallas]
- ^{liii} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 47.
- ^{liii} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 48
- ^{liii} El Código del niño. Ley N° 17.823. República Oriental del Uruguay [Código en línea] 2004, septiembre; 26586: [6 pantallas]. Disponible desde: URL: www.inau.gub.uy/Biblioteca.
- ^{liii} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 48.
- ^{liii} ibídem.

-
- ^{lxxiv} ibidem, pág. 49.
- ^{lxxv} ibidem.
- ^{lxxvi} ibidem.
- ^{lxxvii} ibidem, pág. 50.
- ^{lxxviii} ibidem.
- ^{lxxix} Código Penal Argentino, Zavallia 2001, Ley N° 13.944, Art. 1 y 2.
- ^{lxxx} Laje Anaya, Justo, op. cit., págs. 192 y 193; CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala V, in re Martín, Diego y otros, 09/06/2005, “Jurisprudencia Argentina” 2005-IV-6, págs. 93 y 94.
- ^{lxxxii} CAMARA PENAL DE ROSARIO, Sala III, 01/11/01, 2004 Agosto, Disponible desde: URL: www.editorialjuris.com
- ^{lxxxiii} Código Civil, Título III: De la patria potestad, art. 265.
- ^{lxxxiv} Código Civil, Título III: De la patria potestad, art. 267.
- ^{lxxxv} Makianich de Basset, Lidia N., op. cit., pág. 910.
- ^{lxxxvi} Díaz de Guijarro, Enrique, La prueba en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar “Jurisprudencia Argentina” 1957-I-89.
- ^{lxxxvii} Ure, Ernesto J. op. cit., pág. 39; Lascano, Carlos, op. cit., pág. 22; Gómez, Eusebio. op. cit., pág. 504; Pessagno, Rodolfo G. Algunas novedades de la reciente legislación argentina en materia penal. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1952, pág. 63.
- ^{lxxxviii} Díaz de Guijarro, Enrique, en nota a fallo, “Jurisprudencia Argentina” 1951-IV-89.
- ^{lxxxix} Nuñez, Ricardo C. op. cit., págs. 32 y 33.
- ^{xc} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 97.
- ^{xc} Baigún David, op. cit., págs. 289 y ss.
- ^{xcii} Lascano, Carlos, op. cit., pág. 24 y 25; Laje Anaya, Justo, op. cit., pág. 435.
- ^{xcii} CAMARA DE APELACIONES CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, in re Aloise, 13/11/42, “Fallos” Tomo II, pág. 119 a 133.
- ^{xciii} CAMARA PENAL DE VENADO TUERTO, in re P., M. A. s/ incumplimiento deberes de asistencia familiar, 30/04/93, Colección Zeus 63-J-26.
- ^{xciv} Donna, Edgardo A., Derecho penal..., op. cit., pág. 425.
- ^{xcv} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 114.
- ^{xcvi} ibidem, pág. 97.
- ^{xcvii} G. MAGGIORE, Derecho penal, Bogotá, 1955, Vol. IV, pág. 233; G. LEONE, La violazione degli obblighi di assistenza familiare, Nápoles, 1931, p. 157; Cámara 1ª Penal de Tucumán, “La Ley” 18/07/66; cit. por Fontán Balestra, Carlos, op. cit., 1505/001405 : [26 pantallas]; Lascano, Carlos, op. cit., pág. 19.
- ^{xcviii} CAMARA PENAL DE VENADO TUERTO, in re C., D. E., 08/08/01, “La Ley” Litoral, 2001-1260.
- ^{xcix} Carrera, Daniel P. Capacidad económica del imputado de incumplimiento del deber asistencial. “Jurisprudencia Argentina” 1988-II-220; García Torres, Tristán. Una importante cuestión probatoria del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, “Doctrina Judicial” 1990-II, pág. 609 y siguientes.
- ^c OTTO, Harro. op. cit., pág. 326. Disponible desde: URL: <http://www.pgj.ma.gov.br>
- ^{ci} BGE 74 IV 156 y ss.; 79 IV 112 y ss; 101 IV 52; 121 IV 278, vid. STRATENWERTH, BT II, § 26 31. Disponible desde: URL: www.unifr.ch/derechopenal/articulos
- ^{cii} TRIBUNAL CRIMINAL DE NECOCHEA, Nro. I, in re Arriaga Martínez, Marcelino, 21/08/02, “La Ley” (Buenos Aires) 2003-136.
- ^{ciii} Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Derecho Penal, Parte General, 5ta edición, Valencia, 2002, pág. 237.
- ^{civ} CAMARA PENAL DE SANTA FE, SALA III, in re D., J. C. s/ incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, 12/11/86, Colección Zeus 45, Secc. Reseña N° 8424-R-12.
- ^{cv} Haberl, Helmut y Keplinger, Rudolf. Das österreichische Strafgesetzbuch, 15. Aufl., Selbstverlag, Graz, 2001, comentario del art. 198, pág. 319. Disponible desde: URL: www.unifr.ch/derechopenal/articulos
- ^{cvi} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 109.
- ^{cvii} ibidem.
- ^{cviii} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala VI, 27/10/88, “Doctrina Judicial”, 1989-41-117.
- ^{cix} Nuñez, Ricardo C. op. cit., Tomo VI, pág.32.
- ^{cx} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 110.
- ^{cxii} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala I, in re Goyenechea, M., 20/05/82, “La Ley” 1982-III-254; ibidem, Sala II, in re Sulas, J., 10/03/81, “La Ley” 1981-I-212.

-
- ^{cxii} BGE 114 IV págs. 124 y siguientes, vid. STRATENWERTH, BT II, § 26 31. Disponible desde: URL: www.unifr.ch/derechopenal/articulos.
- ^{cxiii} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala VII, in re M., O. y otra, 24/10/97, “La Ley”, 1999-D-749.
- ^{cxiv} CAMARA PENAL RAFAELA, in re T., N. s/ incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, 25/06/01. Colección Zeus, 87-J-308.
- ^{cxv} JUZGADO CORRECCIONAL DE SALTA DE LA 1ª. NOM., in re P., C. R., 20/04/05, “La Ley” (NOA), 2005 (noviembre), 1321.
- ^{cxvi} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 108 y ss., CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala VII, in re Bailon Galán, 21/8/81. “Jurisprudencia Argentina” 1982-I-78.
- ^{cxvii} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 111
- ^{cxviii} ibídem.
- ^{cxix} ibídem, pág. 112.
- ^{cxx} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala VII, in re Bailon Galán, 21/8/81. “Jurisprudencia Argentina” 1982-I-78.
- ^{cxxi} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, 24/04/37, DH 1937-429.
- ^{cxxii} Art. 12 Código Penal.
- ^{cxxiii} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 113.
- ^{cxxiv} Art. 11 Código Penal.
- ^{cxxv} CÁMARA DEL CRIMEN DE LA CAPITAL, Sala 6ª, causa n° 4735, in re Barbalato, N., del 7 de septiembre de 1971, cit. por Fontán Balestra, Carlos, op. cit., 1505/001405 : [23 pantallas].
- ^{cxxvi} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala II, in re Scieurano, J., 29/08/80, “La Ley” 1980-C-143.
- ^{cxxvii} Donna, Edgardo A. Derecho Penal... op. cit., pág. 423.
- ^{cxxviii} JUZGADO CORRECCIONAL DE MENORES DE CORDOBA DE LA 1ª. NOM. in re B., M. F., 22/02/99, “La Ley”, 1999-E-924.
- ^{cxxix} CAMARA PENAL DE VENADO TUERTO, in re C., D. E., 08/08/01, “La Ley” (Litoral), 2001-1260.
- ^{cxix} Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal, Parte General, Colombia : Temis, 1984, pág.227.
- ^{cxixi} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 115.
- ^{cxixii} Fontán Balestra, Carlos, op. cit., 1505/001405 : [24 pantallas]
- ^{cxixiii} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, in re Luna, Horacio L., 05/02/1989, “La Ley” 1990-B-619.
- ^{cxixiv} TRIBUNAL DE CASACION PENAL DE BUENOS AIRES, Sala I, in re M., M. F. s/rec. de casación, 19/02/04, “La Ley” (BA), 2004-719.
- ^{cxixv} CAMARA PENAL DE VENADO TUERTO, in re P., D. A. M., 18/04/2001, “La Ley” (Litoral), 2002-159.
- ^{cxixvi} CAMARA NACIONAL DE CASACION PENAL, Sala IV, in re D'A., R.L., C. 101.942, 03/03/2000. Voto de la Dra. Capolupo de Durañona y Vedia.
- ^{cxixvii} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 116.
- ^{cxixviii} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala V, in re I.F.E., 12/06/85, “La Ley”, 1985-D-273.
- ^{cxixix} Ure, Ernesto J. op. cit., pág. 46.
- ^{cxli} Código Civil, Título II: De la filiación, Capítulo III: Determinación de la paternidad matrimonial, art. 245.
- ^{cxli} Código Civil, Título II: De la filiación, Capítulo VI: Determinación y prueba de la filiación matrimonial, art. 246.
- ^{cxlii} JUZGADO CORRECCIONAL DE LA 8ª NOM. DE ROSARIO, in re G.O.M. s/ incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, res. N° 1329, 02/05/05, Causa N° 3045/02, fs. 80 y ss.
- ^{cxliiii} Fontán Balestra, Carlos, op. cit., 1505/001405 : [24 pantallas]
- ^{cxliv} Nuñez, Ricardo C. op. cit., págs. 32 y 33; Spota, op. cit. pág. 109.
- ^{cxlv} Código Civil, Título II: De la filiación, Capítulo II: Determinación de la maternidad, art. 242.
- ^{cxlvi} Nuñez, Manual de derecho penal, Parte especial, 2ª. ed., actualizada por Víctor F. Reinaldi, Lerner, 1999, pág. 197.
- ^{cxlvii} CAMARA DE GARANTIAS EN LO PENAL DE DOLORES, in re O., N. B., 18/11/81, “Jurisprudencia Argentina” 983-1-150.
- ^{cxlviii} Ure, Ernesto J. op. cit., pág. 46.
- ^{cxlix} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 80

-
- ^{cl} Ure, Ernesto J. op. cit., pág. 31, Fontán Balestra, Carlos, op. cit., 1505/001405 : [27 pantallas]; y Nuñez, Ricardo C. op. cit.
- ^{cli} Lascano, Carlos, op. cit., pág. 48.
- ^{clii} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 86
- ^{cliii} ibidem.
- ^{cliv} Ure, Ernesto J. op. cit., pág. 57.
- ^{clv} Lascano, Carlos, op. cit., pág. 55.
- ^{clvi} Ure, Ernesto J. op. cit., pág. 49.
- ^{clvii} Díaz de Guijarro, Enrique. Correlación entre la obligación alimentaria civil de alimentos y el delito de incumplimiento a los deberes de asistencia familiar, “Jurisprudencia Argentina” 1951-1, Secc. Doctrina, pág. 5; Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 86.
- ^{clviii} Código Civil, Título X: De la administración de la tutela, art. 416
- ^{clix} Ure, Ernesto J. op. cit., pág. 50; Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 87.
- ^{clx} Ure, Ernesto J. op. cit., pág. 51.
- ^{clxi} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala I, in re Nesvadba, Néstor G., 18/03/2002, La Ley 2002-B-112.
- ^{clxii} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala IV, causa n° 2073 “Héller, Daniel G.”, citado por González Garrido y Romero Villanueva, op. cit., p. 382.
- ^{clxiii} Hendler, Edmundo. op. cit., pág. 590.
- ^{clxiv} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala VII, in re Corsetti, Fernando, 16/08/05, “Doctrina Judicial”, 2005/12/28, 1273.
- ^{clxv} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala V, causa “Beviglia, Hugo A.”, rta. 26/11/2002, citado por González Garrido y Romero Villanueva, obra ya citada, p. 382.
- ^{clxvi} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala VII, in re Mansilla, Osvaldo s/ procesamiento, causa n° 7220, 24/10/97, “eDIAL” AA2EB7, ibidem Sala I in re Arenas, Pablo D., 15/10/2002, “eDIAL” AA4CD9
- ^{clxvii} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 151.
- ^{clxviii} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala III, in re X., E., 29/07/80. “La Ley” 1981-A-78.
- ^{clxix} CAMARA DE GARANTIAS EN LO PENAL DE DOLORES, in re O., N. E., 18/11/1981, “Jurisprudencia Argentina”, 983-1-150.
- ^{clxx} CAMARA PENAL SANTA FE, Sala III, in re P., S. R. s/incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Colección Zeus 65-J-165.
- ^{clxxi} CAMARA NACIONAL DE CASACION PENAL, Sala IV, in re D'A., R.L., C. 101.942, 03/03/2000. Voto de la Dra. Capolupo de Durañona y Vedia.
- ^{clxxii} Exposición motivos ley 13.944. Disponible en: URL: www.derechopenalonline.com
- ^{clxxiii} Nuñez, Ricardo. op. cit., Tomo I, pág. 197.
- ^{clxxiv} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 94
- ^{clxxv} Fontán Balestra, Carlos, op. cit., 1505/001405 : [23 pantallas]; Makianich de Basset, Lidia N. op. cit., págs. 911 y 912; Ure, Ernesto J. op. cit., pág. 55; y Laje Anaya, Justo, op. cit., pág. 447.
- ^{clxxvi} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, en pleno, in re Guersi, Néstor M., 31/07/81, “La Ley”, 1981-C-628.
- ^{clxxvii} Fontán Balestra, Carlos, op. cit., 1505/001405 : [23 pantallas]
- ^{clxxviii} CÁMARA DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE CAPITAL FEDERAL, “Fallos” III (volumen 1), págs. 182 a 210.
- ^{clxxix} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 144.
- ^{clxxx} ibidem, pág. 142.
- ^{clxxxI} Convención sobre los Derechos del Niño, Ley N° 23.849, arts. 3, 4, 24, incisos a, b, c, d y e, 27.
- ^{clxxxii} Convención sobre los Derechos del Niño, Ley N° 23.849, art. 3 apartado 1.
- ^{clxxxiii} Convención sobre los Derechos del Niño, Ley N° 23.849, art. 27 apartado 2.
- ^{clxxxiv} Convención sobre los Derechos del Niño, Ley N° 23.849, art. 27 apartado 4
- ^{clxxxv} Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley ° 23.054, artículo 19.
- ^{clxxxvi} Constitución Nacional, Capítulo IV: Atribuciones del Congreso, artículo 75 inciso 22 párrafo 2.
- ^{clxxxvii} ibidem, pág. 7.
- ^{clxxxviii} Suplemento diario “El Derecho”, 25/08/91, fallo 44466 : [7pantallas]. Disponible en: URL: www.diarioelderecho.com.ar.
- ^{clxxxix} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 7.
- ^{cx} Rodríguez Devesa, José María. Derecho Penal Español, parte general, 13ª ed. Madrid, 1990, págs. 368 y 369.

- ^{exci} Bellati, Carlos Alberto. "El delito de omisión." Junio, 2000. 200006 : [5 pantallas]. Disponible desde: <http://www.noticiasjuridicas.com>.
- ^{excii} ibidem.
- ^{exciii} Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho penal, T. III, 2ª ed., n° 1076 Bs. As. : Losada, 1959, pág. 446; Díaz de Guijarro, Enrique, Independencia del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar con respecto a la prestación alimentaria. "Jurisprudencia Argentina" 1951-IV, pág. 363, Pessagno, Rodolfo G., op. cit., pág. 91; Fontán Balestra, Carlos, op. cit., 1505/001405 : [25 pantallas]
- ^{exciv} Chiappini, Julio. op. cit., pág. 140.
- ^{exciv} OTTO, Harro. op. cit., pág. 326. Disponible en: URL: <http://www.pgj.ma.gov.br>
- ^{excvi} Bellati, Carlos Alberto. op. cit. Disponible desde: <http://www.noticiasjuridicas.com>.
- ^{excvi} Cerezo Mir, José. Curso de derecho penal español, Parte general, Tomo II, 6ª ed., Madrid : Tecnos, 1998, pág. 50.
- ^{excvi} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL Plenario N° 185, in re Gómez, Isabelino, 31/03/1993, "Fallos" 306:727.
- ^{excix} CAMARA CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, Sala I, c.42468, 20/03/90, "La Ley", 1990-C-520; Lascano, Carlos, op. cit., pág. 65; Donna, Edgardo A., Derecho Penal... op. cit., pág. 421, Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 61)
- ^{cc} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 63
- ^{cci} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 67, Ure, Ernesto J. op. cit., pág. 59; Lascano, Carlos, op. cit., pág. 67; Nuñez, Ricardo C. op. cit., Tomo VI, págs. 34 y 35, Fontán Balestra, Carlos, op. cit., 1505/001374 : [15 pantallas]
- ^{ccii} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL en pleno: in re Díaz, Pablo. "Fallos" 289:423; in re Pitchon, Alan, P., 15/09/1981, "La Ley" 1981-D-310.
- ^{cciii} Fontán Balestra, Carlos, op. cit., 1505/001405 : [22 pantallas]; CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala VII, in re Servente, Eduardo, 15/02/2005, "B.J.C.A.C.C.C.F.", 2005, n° 1, pág. 141.
- ^{cciv} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL en pleno, in re Pitchon, Alan, P., 15/09/1981, "La Ley" 1981-D-310.
- ^{ccv} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala VII, in re Servente, Eduardo, 15/02/2005, "B.J.C.A.C.C.C.F.", 2005, n° 1, pág. 141.
- ^{ccvi} CAMARA PENAL DE RAFAELA, in re O., H. O. s/ incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, 02/02/98, Colección Zeus, 77-J-377.
- ^{ccvii} Nuñez, Ricardo C. op. cit., Tomo I, pág. 257.
- ^{ccviii} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 69.
- ^{ccix} Código Penal Argentino, Zavalía 2001, Título 10: Extinción de acciones y de penas, Artículo 63.
- ^{ccx} ibidem, pág. 71.
- ^{ccxi} CÁMARA DEL CRIMEN DE LA CAPITAL FEDERAL, Sala I, in re Oliviera, Raúl S., 22/10/74. "La Ley", 1974/17/12; CÁMARA DEL CRIMEN DE LA CAPITAL FEDERAL, Sala IV, in re Cabeza, Manuel F., 11/11/77, "Jurisprudencia Argentina, 1978/10/05 con nota crítica de Daniel P. Carrera y José I. Cafferata Nores.
- ^{ccxii} CÁMARA DEL CRIMEN DE LA CAPITAL FEDERAL, Sala IV, in re Cabeza, Manuel F., 11/11/77, "Jurisprudencia Argentina, 1978/10/05 con nota crítica de Daniel P. Carrera y José I. Cafferata Nores.
- ^{ccxiii} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL en pleno, in re Pitchon, Alan, P., 15/09/1981, "La Ley" 1981-D-310.
- ^{ccxiv} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala I, in re Rubio, César, E., 1989/11/17. "La Ley" 1990-B-243.
- ^{ccxv} Fontán Balestra, Carlos, op. cit., 1505/001405 : [23 pantallas]
- ^{ccxvi} Zaffaroni, ibidem, pág. 54.
- ^{ccxvii} SC Buenos Aires, in re M.J.P., 13/08/85, "La Ley", 1985-E-77.
- ^{ccxviii} STRATENWERTH, BT II, § 26 33. Disponible desde: URL: www.unifr.ch/derechopenal/articulos
- ^{ccxix} Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 118.
- ^{ccxx} ibidem, pág. 121; CAMARA PENAL DE ROSARIO, Sala III, 30/09/82, "La Ley" 1983-D-141.
- ^{ccxxi} Donna, Edgardo A., Derecho penal... op. cit., pág. 425.
- ^{ccxxii} CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala I, in re Rubio, César, E., 1989/11/17. "La Ley" 1990-B-243.
- ^{ccxxiii} TRIBUNAL DE CASACION PENAL DE BUENOS AIRES, Sala I, in re S., E. R. s/ rec. de casación, 09/07/04. "La Ley" EA, 2005 (abril), 297

- ccxxiv CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala V I, in re R., M. A. s/ casación. 12/06/85 causa N° 20.712.. "La Ley" 1985-C-425.
- ccxxv CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala IV, in re Peláez, H., 25/08/81; ibidem, in re Sagredo, L., 05/03/82; ibidem, in re Franco, I., 18/03/82; Sala I, in re Bastino, Juan Francisco, 03/09/04, "B.J.C.N.A.C.C.C.F.", 2004, n° 3, pág. 604.
- ccxxvi BAIGÚN David, op. cit., págs. 312 y 313.
- ccxxvii TRIBUNAL ORAL CRIMINAL Nro. 1, in re T., J. A., 04/09/03 "La Ley", 2004-A-121.
- ccxxviii Donna, Edgardo A. Derecho penal... op. cit., pág. 418.
- ccxxix Escriba, Gregori. "Puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal", Barcelona, 1976.
- ccxxx Von Rohland, "Die Gefahr", p. 1, cit. por Caimmi y Desimone, op. cit., p. 145.
- ccxxxi Donna, Edgardo A. Teoría del delito y de la pena, Tomo II, Buenos Aires : Astrea, 1995, págs. 78 y ss.
- ccxxxii Donna, Edgardo A. Derecho penal... op. cit., pág. 418.
- ccxxxiii Soler, Sebastián. Derecho penal argentino, Tomo III, 11ª reimpression, actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, Buenos Aires : Tea; 2000, págs. 404 y 405.
- ccxxxiv Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, BGHSt. 12, 42. Disponible en: URL: <http://dialnet.unirioja.es>
- ccxxxv ibidem, BGHSt. 12, 42. Disponible en: URL: <http://dialnet.unirioja.es>
- ccxxxvi ibidem.
- ccxxxvii CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala II, in re Marc, M., 17/11/81, "La Ley" 1981-B-421.
- ccxxxviii "La Ley" 1993-C, 149, "Jurisprudencia Argentina" 1993-II, 453.
- ccxxxix Nuñez, Ricardo C. op. cit., Tomo V, Vol. I, pág. 28; Laje Anaya, Justo, op. cit., pág. 191.
- ccxl CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala VII C. 10.459, in re U., G. A. ley 13.944 procesamiento, 31/03/99, "La Ley" 1999-B-152.
- ccxli CÁMARA DEL CRIMEN DE LA CAPITAL, en plenario "La Ley", 108:831, 05/10/65; CÁMARA CRIMINAL DE CONCEPCIÓN DEL URUGUAY "Jurisprudencia Argentina", 1953-III-88; CÁMARA TERCERA EN LO CRIMINAL DE LA PLATA, "La Ley", Tomo 78, pág. 649.
- ccxlii Fontán Balestra, Carlos, op. cit., 1505/001405 : [23 pantallas]; CAMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL, Sala IV, in re D'A., R.L., 03/03/00, "Jurisprudencia Argentina", 2000-II-92, CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala III, in re X., E., 29/7/80, "La Ley" 1981-B-85.
- ccxliii TRIBUNAL ORAL CRIMINAL Nro. 1, in re T., J. A., 04/09/03 "La Ley", 2004-A-121.
- ccxliv CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, sala IV, "Ciancio, J.A.", 05/02/82. "Jurisprudencia Argentina" 1982, págs. 421 y ss.
- ccxlv CAMARA PENAL DE RAFAELA. in re C., A. s/ incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. 31/12/01. "Colección Zeus", Tomo 91-J-345
- ccxlvi CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala II, in re Padula, A., 26/08/80; Sala V, in re Notarfrancesco, Ángel F., 23/02/2005, "B.J.C.A.C.C.C.F.", 2005 n° 1, pág. 143; Sala IV, in re Sánchez, Américo O., 13/03/2005, "B.J.C.A.C.C.C.F.", 2005, n° 1, pág. 144.
- ccxlvii Donna, Edgardo. Derecho penal... op. cit., pág. 427.
- ccxlviii Fontán Balestra, Carlos, op. cit., 1505/001405 : [23 pantallas]
- ccxlix Ure, Ernesto J. op. cit., pág. 62; Lascano, Carlos, op. cit., pág. 69; Pessagno, Rodolfo G., op. cit., pág. 57, Laje Anaya, Justo, op. cit., pág. 192.
- cccl SNIC 2004 : [4 pantallas]. Disponible en URL: www.polcrim.jus.gov.ar.
- cccli Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 5.
- ccclii Jescheck, Tratado de Derecho Penal – Parte General, vol. 2, Barcelona : Bosch, 1981, pág. 883; Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 144.
- cccliii Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 144.
- cccliv Bacigalupo, Enrique, op. cit., pág. 235 y 236.
- ccclv Jescheck, op. cit., vol. 2, pág. 883.
- ccclvi Jescheck, op. cit., vol. 2, pág. 883.
- ccclvii Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 145.
- ccclviii Fontán Balestra, Carlos, op. cit., 1505/001405 : [25 pantallas].
- ccclix Ure, Ernesto J. op. cit., pág. 61.
- ccclx Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 17.
- ccclxi ibidem.
- ccclxii ibidem, pág. 140.
- ccclxiii ibidem, pág. 139.
- ccclxiv TRIBUNAL ORAL CRIMINAL Nro. 1, in re T., J. A., 04/09/03. "La Ley", 2004-A-121.
- ccclxv Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 137.

- cclxvi Soler, Sebastián, Tratado de Derecho Penal argentino, Buenos Aires : Tea; 1973, Tomo III, apart. II, pág. 172.
- cclxvii Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Barcelona, 1962, Tomo II, pág. 439, cit. por Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 137.
- cclxviii Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo IV, Buenos Aires : Ediar, 1996, pág. 557.
- cclxix ibidem
- cclxx Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 139.
- cclxxi Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 140.
- cclxxii CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, Sala V, in re R. H. s/inc. de nulidad, 18/04/96, "Jurisprudencia Argentina", 1996-I-41.
- cclxxiii CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, Sala V, in re R. H. s/inc. de nulidad, 18/04/96, "Jurisprudencia Argentina", 1996-I-41.
- cclxxiv "Fernández", 29/6/1960, Fallos, 247:207; ídem, 10/9/1974; ídem, 4/5/1976, "García", Fallos, 294:317, cit. por Albrecht, Paulina - Amadeo, José L., LexisNexis - Depalma, La Competencia Penal (derecho penal: parte especial) Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar 5011/000895 : [12 pantallas]; CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL en pleno: in re Díaz, Pablo. "Fallos" 289:423; in re Pitchon, Alan, P., 15/09/1981, "La Ley" 1981-D-310.
- cclxxv CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL en pleno: in re Díaz, Pablo. "Fallos" 289:423.
- cclxxvi 26/6/1984; ídem, 4/8/1988, "Martín", Fallos, 311:1330; cit. por ibidem Albrecht, Paulina - Amadeo, José L., CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL Plenario N° 185, in re Gómez, Isabelino, 31/03/1993, "Fallos" 306:727.
- cclxxvii "Pedelhez", 12/4/1988, Fallos, 311:487, 12/4/1988, cit. por ibidem Albrecht, Paulina - Amadeo, José L.
- cclxxviii "Tofolo", Fallos, 311:486, cit. por ibidem Albrecht, Paulina - Amadeo, José L.
- cclxxix "Heffesse", 23/12/1981, Fallos, 303:1991, cit. por ibidem Albrecht, Paulina - Amadeo, José L.
- cclxxx "Pedelhez", 12/4/1988, Fallos, 311:487; ídem, "Martín", 4/8/1988, Fallos, 311:1330; ídem, "Muzillo", 22/10/1981, Fallos, 303:1606; ídem, "Tofolo", 12/4/1988, Fallos, 311:486, cit. por ibidem Albrecht, Paulina - Amadeo, José L.
- cclxxxii CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, in re Tomasone, A 25/06/81 "La Ley" 1981-D-499.
- cclxxxiii CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, in re Alvarez D. 20/05/80 Fallos: 302:457
- cclxxxiiii CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, in re Lange de Godoy, 28/06/1984, Fallos, 306:758; in re Barreyro, 14/09/2000, Fallos, 323:2619.
- cclxxxv CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, in re Martín, 04/08/1988, Fallos, 311:1330, in re Díaz, 17/03/1998, Fallos, 321:598.
- cclxxxvi CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala VII C. 10.459, in re U., G. A. ley 13.944 procesamiento, 31/03/99, "La Ley" 1999-B-152.
- cclxxxvii CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL, Sala V, in re B. de G., H. M. A., 11/07/2002, "Doctrina Judicial 2002-7-204.
- cclxxxviii CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, Sala I, in re Pellegrinelli, Juan R. 2002/03/05 "Doctrina Judicial", 2002-2-506
- cclxxxix CAMARA PENAL ROSARIO, Sala III, in re C., E. J., 30/09/1982, "La Ley", 1983-D-140.
- cclxxxix CAMARA PENAL DE SANTA FE, Sala III, in re D., J. C. s/ incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, 12/11/86, Zeus Tomo 45, Secc. reseña (N° 8424), Pág. R-12.
- ccxc Díaz de Guijarro, Enrique. La prueba en el delito de incumplimiento de los deberes ..., pág. 118.
- ccxci Chiappini, Julio. op. cit., pág. 140.
- ccxcii CAMARA PENAL ROSARIO, Sala II, in re B., J. s/ incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, 21/05/04. Colección Zeus, 95-J-705.
- ccxciii 39.- Donna, Edgardo A. Derecho penal... op. cit., pág. 422.
- ccxciv "La Ley", 115-138; 115-559; "Jurisprudencia Argentina", 1965-II-542; 1966-II-49; "La Ley", 121-362; "La Ley, 1124-9; y C.N.Civ. Sala D, "Jurisprudencia Argentina", 3990, fallo del 13/03/71, Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 32.
- ccxcv Clariá Omedo, Jorge. Tratado de derecho Procesal Penal, Tomo III, Buenos Aires : Ediar S.A., pág. 306; Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 34
- ccxcvi Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 33.
- ccxcvii ibidem, pág. 34.

-
- ccxcviii ibidem, pág. 11.
- ccxcix ibidem.
- ccc ibidem, pág. 12.
- ccci ibidem, pág. 13.
- cccii ibidem.
- ccciiii Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 7.
- ccciv CAMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL Plenario N° 185, in re Gómez, Isabelino, 31/03/1993, “Fallos” 306:727.
- cccv Ulf Christian Eiras Nordenstahl. Mediación Penal, de la práctica a la teoría. Buenos Aires: Edit. Histórica de Emilio J. Perrot, 2005, pág. 133.
- cccvi ibidem.
- cccvii ibidem.
- cccviii Devoto, Eleonora. Mediación penal, Doctrina judicial, “La Ley”, 2 de abril de 2003, pág. 783 y ss.
- cccix Alberto Bovino, “ la suspensión del procedimiento penal a prueba en el código Penal argentino”
- cccix “Reglas de Tokio”, surgidas del “VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente”
- cccx Devoto, Eleonora, “Probation e institutos análogos”, 2ª Edición actualizada y ampliada, Ed. Hammurabi, 2005, pag.122.
- cccxii Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 205.
- cccxiii Fontán Balestra, Carlos, op. cit., 1505/001374 : [18 pantallas]
- cccxiv Fontán Balestra, Carlos, op. cit., 1505/001374 : [19 pantallas]
- cccxv ibidem.
- cccxvi Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 183.
- cccxvii ibidem, pág. 201.
- cccxviii ibidem, pág. 202.
- cccxix ibidem, pág. 205.
- cccxx ibidem, pág. 205.
- cccxxi ibidem, pág. 208.
- cccxxii ibidem, pág. 209.
- cccxxiii ibidem, pág. 210.
- cccxxiv Diario La Nación, “Deudores alimentarios: podrían sancionar también a los que incumplen parcialmente”, 20 de Agosto de 2005, Argentina.
- cccxxv Proyecto Diputados de la Nación. Bloque UCR. col.1: [15 pantallas] Disponible en: URL: <http://www.bloqueucr.gov.ar/> proyectos
- cccxxvi JUZGADO CORRECCIONAL DE LA 8ª NOM. DE ROSARIO, in re G.O.M. s/ incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, res. N° 1329, 02/05/05, Causa N° 3045/02, fs. 80 y ss.
- cccxxvii JUZGADO CORRECCIONAL N° 2, Fallo N° 27 /06, 24/04/2006 Nro. Expte: 3367 M. A., W. O. s/ incumplimiento de los deberes de asistencia familiar Disponible en: URL: www.derechopenalonline.com.ar
- cccxxviii Caimmi, Luis A. y Desimone, Guillermo P., op. cit., pág. 204.
- cccxxix ibidem
- cccxxx Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alternativas a la pena de prisión. Derecho penal. Inicio, Novedades, Debates, col.1:[2 pantallas] Disponible en: URL: <http://www.derechopenal.com.ar>

BIBLIOGRAFÍA

a) General

BACIGALUPO, Enrique, Manual de Derecho Penal, Parte General, Colombia : Temis, 1984.

DONNA, Edgardo A. Teoría del delito y de la pena, Tomo II, Buenos Aires : Astrea, 1995.

DONNA, Edgardo A., Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II A, Santa Fe : Rubinzal Culzoni; 2001.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. Delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar / Generalidades. Tratado de Derecho Penal (Parte Especial) [obra en línea]. 1996; Disponible desde: URL: www.lexisnexis.com.ar

JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho penal, T. III, 2ª ed., nº 1076 Bs. As. : Losada, 1959.

JESCHECK, Tratado de Derecho Penal – Parte General, vol. 2, Barcelona : Bosch, 1981.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal, Parte General, 5ta edición, Valencia, 2002.

NÚÑEZ, Ricardo C. Manual de derecho penal, Parte especial, 2ª. ed., actualizada por Víctor F. Reinaldi, Lerner, 1999.

NUÑEZ, Ricardo C. Tratado de derecho penal, Tomo V, Vol. I. Córdoba : Lerner; 1992.

SOLER, Sebastián. Derecho penal argentino, Tomo III, 11ª reimpresión, actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, Buenos Aires : Tea; 2000.

ZAFFARONI, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo IV, Buenos Aires : Ediar, 1996.

b) Especial

BAIGÚN, David. El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar a través de la teoría del delito, en Nuevo Pensamiento Penal, Año 3, Buenos Aires : Depalma, 1974.

BUOMPADRE, Jorge. La insolvencia fraudulenta. Buenos Aires, Astrea, 2005.

CAIMMI, Luis A. y DESIMONE, Guillermo P. Los delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires : Depalma; 1997.

CARRERA, Daniel P. Capacidad económica del imputado de incumplimiento del deber asistencial. "Jurisprudencia Argentina" 1988-II-220.

CUELLO CALÓN, Eugenio. El delito de abandono de familia, nº 27, Barcelona : Hispano Europea, 1948.

DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. La prueba en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar "Jurisprudencia Argentina" 1957-I.

DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. Correlación entre la obligación alimentaria civil de alimentos y el delito de incumplimiento a los deberes de asistencia familiar, “Jurisprudencia Argentina” 1951-I.

GARCÍA TORRES, Tristán. Una importante cuestión probatoria del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, “Doctrina Judicial” 1990-II.

GÓMEZ, Eusebio. Leyes penales anotadas, T. II. Buenos Aires : Ediar. 1952.

LAJE ANAYA, Justo, Delitos contra la familia, Córdoba : Advocatus, 1997.

LASCANO, Carlos. La ley 13.944 y el estado actual de la jurisprudencia, Córdoba : Lerner. 1964.

MAKIANICH DE BASSET, Lidia N. La obligación alimentaria y el delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar (ley 13.944) “La Ley” 1984-D-910.

PESSAGNO, Rodolfo G. Algunas novedades de la reciente legislación argentina en materia penal. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1952.

SAGRETTI, Héctor y Nacer Axel. El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. “La Ley” (Córdoba) 2001-A-123.

SPOTA, Los elementos materiales y psicológicos del delito de incumplimiento del deber de asistencia familiar. “Jurisprudencia Argentina”, 1953-III-109.

URE, Ernesto J. El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, 2ª ed. actualizada. Buenos Aires : Abeledo Perrot; 1973.

ANEXO I

06/2005

INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR LEY 13.944

Sanción: 15/IX/1950

Promulgación: 9/X/1950

Publicación: B.O. 3/XI/1950

Artículo 1. (multa conforme **ley 24.286**) Se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de setecientos cincuenta a veinticinco mil pesos 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.

Artículo 2. En las mismas penas del artículo anterior incurrirán, en caso de substraerse a prestar los medios indispensables para la subsistencia, aun sin mediar sentencia civil:

- a) El hijo, con respecto a los padres impedidos;
- b) El adoptante, con respecto al adoptado menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido; y el adoptado con respecto al adoptante impedido;
- c) El tutor, guardador o curador, con respecto al menor de dieciocho años o de más si estuviere impedido, o al incapaz, que se hallaren bajo su tutela, guarda o curatela;
- d) El cónyuge, con respecto al otro no separado legalmente por su culpa.

Artículo 2 bis. (incorporado por la ley 24.029) Será reprimido con la pena de uno a seis años de prisión, el que con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare, o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de dichas obligaciones.

Artículo 3. La responsabilidad de cada una de las personas mencionadas en los dos artículos anteriores no quedará excluida por la circunstancia de existir otras también obligadas a prestar los medios indispensables para la subsistencia.

Artículo 4. Agrégase al artículo 73 del Código Penal el siguiente inciso:

inc. 5: Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge.

Artículo 5. La presente ley se tendrá por incorporada al Código Penal.

ANEXO II

Tipo de Proyecto	Proyectos de ley
Fecha	29/03/06
Título	Patria potestad
Sumario	Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar -ley 13.944-. Modificaciones. Modificación del artículo 264 del Código Civil sobre patria potestad (reproducción Expte. 5.506-D-04).
Autor/Autores	LEYBA DE MARTI
Nro. Expediente	1135-D-06
Comisiones	Legislación Penal; Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia; Legislación General.

Seguimiento

Artículo 1º – En las disposiciones establecidas en los artículos 1º, 2º de la ley 13.944 y su modificatoria, al infractor de los deberes de Asistencia Familiar, el tribunal interviniente podrá aplicarle lo dispuesto por el artículo 76 bis del Código Penal de la Nación Argentina aun durante la instrucción, situación que no altera el debido cumplimiento del deber de asistencia familiar.

Art. 2º – Para los casos previstos por el artículo 2 bis de la ley 13.944 y su modificatoria, aun cuando la condena exceda los tres años de prisión, el tribunal interviniente podrá igualmente aplicarle al infractor lo preceptuado por el artículo 27 bis del Código Penal de la República Argentina, bajo la condición de asegurar el cumplimiento efectivo del deber de asistencia motivo del proceso.

Art. 3º – Incorpórase a la ley 13.944 y su modificatoria como artículo 2º ter el siguiente texto:

Artículo 2º ter: En caso de que el infractor fuera un trabajador en relación de dependencia y el empleador no diera cumplimiento a las retenciones dispuestas por el Tribunal interviniente, será solidariamente responsable por el importe de esas retenciones.

Igualmente, será reprimido con prisión de uno a seis años, el responsable, que con la finalidad de eludir el cumplimiento del deber de Asistencia Familiar de manera maliciosa, intencional y fraudulenta destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes muebles e inmuebles de su patrimonio dolosamente, participare en el ocultamiento o disminución del patrimonio del responsable del deber de asistencia familiar, frustrando de esta manera en todo o en parte el cumplimiento de dichas obligaciones.

Art. 4º – Incorpórase a la ley 13.944 y su modificatoria como artículo 2º quáter el siguiente texto:

Artículo 2º quáter: Se impondrá prisión de seis meses a tres años o una multa pecuniaria desde cinco mil a treinta mil pesos, a toda persona que conociere, participare, facilitare y/o coadyuvare al responsable de lo instituido por la ley 13.944 y sus modificatorias para que ocultare o disminuya su patrimonio y/o su valor, frustrando de esta manera en todo o en parte el cumplimiento de la obligación impuesta. Para

esta persona no será aplicable lo instituido en el artículo 27 bis del Código Penal de la República Argentina.

Artículo 5º – Incorpórase a la ley 13.944 y su modificatoria como artículo 6º el siguiente texto:

Artículo 6º: Facúltase al Poder Ejecutivo nacional para que por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto se promueva la suscripción de convenios internacionales de reciprocidad para los argentinos radicados en el extranjero, a efectos de asegurar la plena vigencia de la ley 13.944 y su modificatoria y, en consecuencia las sanciones que pudieran corresponder por su incumplimiento deberán ser aplicadas al infractor por las embajadas argentinas y/o consulares según corresponda, conforme lo establezca la reglamentación de esta norma.

Art. 6º – Los preceptos de esta ley son de orden público, de aplicación preferente, no pueden renunciarse ni desconocerse en modo alguno sus preceptos.

Art. 7º – Modifícase lo preceptuado en el artículo 264 del título 3º –De la patria potestad (ley 23.264)– del Código Civil de la República Argentina, por el siguiente texto:

Artículo 264: El progenitor que no conviviese con el menor y que hubiese evidenciado irresponsabilidad o, desinterés reiterado en el cumplimiento del deber de Asistencia Familiar y, contando con la capacidad económica para proveérselos, suspenderá o perderá el ejercicio del derecho a la patria potestad. El tribunal interviniente dispondrá la misma sin necesidad de interposición previa.

Art. 8º – El Poder Ejecutivo nacional deberá promover la redacción del texto ordenado de la ley 13.944 en un plazo de noventa días a contar de la publicación de esta ley.

Art. 9º – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

FUNDAMENTOS

Señor presidente:

En 1989 la República Argentina, al suscribir la Convención Internacional de los Derechos de los Niños, asumió el compromiso ante la comunidad internacional de adecuar su legislación para convertir en efectivos el pleno goce de los derechos enunciados en la misma. A partir del año 1989 se inició un proceso que llevó a profundas modificaciones de normas para proteger de manera integral a la persona humana y a sus derechos.

En el año 1990 mediante la ley 23.489 el Congreso de la Nación ratificó la convención y en la reforma constitucional del año 1994 los convencionales constituyentes mediante la incorporación del artículo 75, inciso 22, dieron jerarquía constitucional a los derechos contenidos en ese instrumento internacional. Con la incorporación de la convención al derecho interno a la Constitución, la Argentina tiene la obligación, debe adecuar su legislación a dicho instrumento jurídico y lograr el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en él consagrados, hasta el máximo de los recursos de que se disponga.

Dos ideas fuerzas recorren el contenido de la convención:

1. La consideración del niño y el adolescente como personas con necesidades de cuidados especiales, lo que supone que, por su condición particular de desarrollo, además de todos los derechos que disfrutaban los adultos, los niños tienen derechos especiales.

2. La necesidad de proporcionar al niño y al adolescente una protección esencial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1929 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos adoptados por la Asamblea General el 20 de noviembre del año 1959, y reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –en particular en los artículos 23 y 24–, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –en especial en el artículo 50– y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos y de las organizaciones que se interesen en el bienestar del niño. Reconocer el derecho de todo niño y adolescente a un nivel de vida adecuada para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico, social es, a todas luces, una obligación de la familia y del Estado.

Como argentinos nos debemos un conjunto de normas o de adecuaciones de las existentes, ya que la ley que estamos promoviendo que sea modificada data del año 1950 y a pesar de que se le han introducido modificaciones posteriores, observamos, no sin preocupación, que el cumplimiento del deber de asistencia familiar es en más de las veces un proceso que convierte al progenitor que tiene la guarda del menor en una verdadera letanía, por cuanto que debe mendigar en los pasillos de los tribunales las obligaciones del progenitor que incumple con el deber impuesto por una ley. Dentro de este marco, le cabe al Estado formular y perfeccionar las medidas conducentes que resulten apropiadas para asegurar el pago del deber de asistencia familiar para los padres que tengan la responsabilidad económico-financiera de hacerlo por su hijo/a, niño/a o adolescente.

La tarea iniciada no está aún concluida; resulta necesario seguir trabajando en pos de contar con un ordenamiento normativo metodológico y sistematizado que garantice la efectividad del compromiso contraído por el Estado argentino ante la comunidad internacional; pero también resulta necesario adecuar la normativa para dotar a los habitantes de nuestra Nación de instrumentos legales que, sin afectar ni menoscabar las potestades provinciales, disminuyan la existencia de normas contradictorias, superpuestas y "vacíos legales" que son, en definitiva, la razón más cruel del avasallamiento de los derechos más elementales que se pueden realizar en perjuicio de los niños/as y los adolescentes.

Sabemos que burlar la norma, incumplir con sus preceptos, es una práctica en nuestras conductas sociales, pero resulta necesario, si queremos modificar nuestra sociedad, imponer nuevas leyes, no sólo que conlleven sanciones privativas de la libertad o punibles, sino también que a los fines de que el progenitor infractor no caiga en estado de insolvencia y en consecuencia, encuentre más de una razón para no observar su obligación, el Estado, a través de los tribunales intervinientes, le imponga el instituto del *ad probationem* como una alternativa para hacer efectiva sus obligaciones y cumplir en tiempo y forma con el deber de asistencia familiar.

Por estas razones, se impone la necesidad de introducir las modificaciones propuestas, dado que resulta imperioso asegurar que el responsable del deber de asistencia cumpla con las obligaciones impuestas para lograr así la plena realización de los derechos del niño/a y de los adolescentes.

La desatención ejercida sobre la infancia y la adolescencia encuentra su génesis muchas veces en el abandono de sus progenitores. La familia, como medio natural de desarrollo de los niños y adolescentes, se ve afectada cuando los responsables de la manutención de sus hijos incurren en el incumplimiento de la misma. El incumplimiento del deber de asistencia familiar que recae sobre el cónyuge separado o divorciado responsable de cumplimentar con el deber de asistencia familiar por sentencia firme o convenio homologado, constituye no sólo un incumplimiento a una norma, sino que también constituye un abandono a las personas bajo su responsabilidad económico-financiera, por ello se impone la necesidad de resguardar, en cuanto sea posible, al niño/a y al adolescente como sujetos plenos de derechos y por tanto merecedores de respeto a su dignidad, libertad e integridad, porque a nadie escapa que los niños/as y los adolescentes son las víctimas más indefensas de la pobreza y del abandono, del tráfico de droga, del abuso, de la explotación infantil y de la negligencia que hacen de la calle su espacio de lucha por la supervivencia. En esta perspectiva la protección integral es asegurar a todos los niños y adolescentes sin excepción alguna, su supervivencia, desarrollo personal y social y su integridad física, psicológica y moral.

Como el propósito principal de este tipo de norma debe ser el garantizar el resguardo del bien jurídico protegido, es decir, la subsistencia del ofendido, puede subordinarse el dictado de la sentencia o el efectivo cumplimiento de la pena a la satisfacción puntual de la obligación alimentaria, poniendo así al derecho penal también al servicio de la solución real del conflicto.

Si el infractor persistiera o reiterase el incumplimiento, el tribunal podrá revocar la condicionalidad de la condena. El condenado deberá entonces cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en la sentencia.

Asimismo, es necesario ampliar el universo de quienes faciliten la inobservancia del deber de asistencia para lo cual se prevé que los empleadores resulten solidariamente responsables por el importe de las retenciones que deberían haberse cumplimentado, todo lo cual, seguramente, modificará las actitudes de quienes protegen al infractor en desmedro de los derechos que les caben a los niños y adolescentes. Por otra parte, se impone también la necesidad de ampliar la responsabilidad sancionando severamente a quienes amparen a sabiendas al infractor a través del ocultamiento o disminución de su patrimonio, para quienes es necesario, dado su

conducta dolosa, imponer una pena que consistirá en una prisión de uno a tres años. Por último, resulta necesario que la Argentina, para lograr el cumplimiento de los derechos económicos, sociales del niño y del adolescente, promueva, hasta el máximo de los recursos de que disponga, convenios internacionales de reciprocidad para dar cumplimiento de las sanciones dispuestas por los tribunales intervinientes, a quienes habiendo abandonado el país transgredan el deber de asistencia familiar. Este proyecto procura que la familia y el Estado asuman como cuestión prioritaria la protección integral del menor, sea este niño/a y/o adolescente; por cuanto que debe interpretarse siempre en él, la protección superior del menor. Para lo cual es necesario, con independencia a las conductas que asuman los adultos progenitores, garantizar y resguardar el vínculo filial del progenitor cohabite o no con el menor.

El resguardo del vínculo familiar genera un conjunto de derechos y obligaciones propias de las relaciones parentales, aunque es de reconocer que hay más de un progenitor que sólo asume lo relativo a cuestiones vinculadas a la Patria Potestad, pero no está de más decir que al momento de su sanción la misma se pensó en el respeto de la personalidad del hijo/a y siempre en beneficio de éste, por ello es personalísima, irrenunciable y su ejercicio es indivisible.

Por ello esta norma prevé que "al progenitor que no conviviese con el niño y/o adolescente y que hubiese evidenciado irresponsabilidad, negligencia o desinterés en los asuntos de su hijo, se le suspende o pierde el derecho a reclamo por las decisiones tomadas por aquel progenitor que ejerciese responsablemente la guarda" ya que es, en definitiva, quien asume la protección y amparo del niño/a y del adolescente con el fin de procurar su desarrollo armónico.

Es que la guarda de los hijos menores es una potestad natural y originaria de los padres y, aun cuando fuese ejercida por uno solo de ellos, no libera al otro del deber de asistencia que le es inherente.

La potestad de asistencia comprende la de formación, educación y alimentos; ésta abarca: la manutención, vestimenta, habitación, salud y enfermedad del hijo, como así también los gastos que demande su educación.

"...el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento..." (Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959). Lo cierto es que compete al Estado en el logro de sus fines, la promoción y el fortalecimiento de la persona, éstas no pueden ser sólo de carácter enunciativo, deben estar expresadas en normas positivas de cumplimiento obligatorio, pues es la única alternativa para garantizar la operatividad de la protección integral del niño/a y del adolescente.

Pero lo cierto es que, los alcances que la norma confiere a la representación parental se proyectan sobre aquellos que regulan el derecho de deber de asistencia, de corrección, vigilancia, etcétera, siempre en beneficio del menor.

La necesidad subjetiva como concepto es inseparable de la propia personalidad evolutiva de los menores, y como pieza central de una filosofía jurídica de menores, no puede aislarse de la objetividad del derecho de menores.

Por tanto, las potestades, funciones que la norma reconoce a cargo de los padres para su ejercicio indelegable, en el interés prevalente del hijo, constituyen una carga que opera en garantía y resguardo de la función social que se confiere a la potestad parental entendida como un servicio.

Lo que tienen los padres sobre los hijos como potestad, función indelegable, es el presupuesto que posibilita el apropiado cumplimiento de las restantes funciones paternas de educación, asistencia, vigilancia, orientación, corrección y representación. Este redimensionamiento de la guarda, importa establecer con precisión los alcances del respeto por los derechos de la familia que se impone al Estado, en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, por ello el incumplimiento deliberado o la reincidencia, producto de una actitud irresponsable del progenitor infractor, adquiere en este proyecto el carácter de falta grave e importa en sus efectos, un límite al derecho de reclamo que se le reconoce en la Legislación Civil, cual es la pérdida o suspensión del ejercicio de la Patria Potestad. Por las razones expuestas, solicito la aprobación del presente proyecto de ley.

Disponible desde: <http://www.bloqueucr.gov.ar>

ANEXO III

Categoría: DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL

Nro de Fallo: 27/06

Tribunal: Juzgado Correccional N° 2, "M. A., W. O. S/ INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR"

Fecha: 24/04/2006

Protocolo: 27 /06

Tipo Resolución: Sentencias

Carátula: "M. A., W. O. S/ INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR"

Nro. Expte: 3367 Año 2004

Voces: Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Prisión efectiva.

Neuquén, 24 de abril de 2006.-

AUTOS Y VISTOS: Para dictar sentencia en éstos autos caratulados "M. A., W. O. S/ INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR", expte. N° 3367/4, del registro de la Secretaría Unica de éste Juzgado en lo Correccional Nro. Dos, seguida contra W. O. M. A., hijo de O. E. y de N. E. A., de nacionalidad argentina, nacido el 28 de mayo de 1973 en Neuquén, de ocupación instructor de esqui, identificado con D.N.I. nro. ..., domiciliado en... de la ciudad de Centenario, Provincia del Neuquén.-

Y RESULTANDO: Que al momento de los alegatos tanto la Fiscalía, como la parte querellante tuvieron por demostrada la materialidad objetiva del suceso como así la autoría penalmente responsable de W. O. M. A., calificando su conducta como constitutiva del delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar en los términos del art 1° de la ley 13.944, y solicitaron se le imponga la pena de nueve mes de prisión y costas procesales.

La Defensa no cuestionó tal materialidad, centrando sus argumentos en la falta de dolo o intención, del por qué no efectuó los aportes necesarios para la subsistencia de su hijo, encontrándose tales alegatos, sintéticamente consignados en el acta de debate a la cual me remito en honor a la brevedad.-

Y CONSIDERANDO: Que en autos viene acusado W.O.M.A., de haberse sustraído de prestar los medios indispensables para la subsistencia de su

hijo W. S. M. R. desde el mes de octubre del año 1999 al 27 de noviembre del año 2003, ello sin perjuicio de lo ordenado por la titular del Juzgado Civil N° 4 de esta ciudad, en los autos caratulados "R. G. A. c/ M. A., W.O. S/ DIVORCIO VINCULAR", Expte N° 236826/0 del registro de ese Juzgado.-

Que el hecho fue calificado, en los sendos requerimientos de elevación a juicio (art 312 del C.P.P.), como constitutivo del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (Art 1° de la ley 13.944), hipótesis que fue sostenida al momento de la conclusión del debate, luego de escuchada y leída que fuera la prueba, por ambas partes acusadoras, considerando acreditado el hecho de cargo, instando el reproche penal en nueve meses de prisión y las costas del proceso.-

Que el acusado al momento de ejercer su defensa material (art 343 del C.P.P.C.), admitió haberse desempeñado en el término consignado en la intimación como instructor de esquí, durante la temporada invernal de nuestro país, en la ciudad de Bariloche en distintas escuelas, como ser "Escuela Alto Catedral", "Alta Patagonia", "Mountain Club", mientras que también lo hizo en España y en Estados Unidos de Norteamérica, como instructor durante la temporada invernal de tales países. Manifestó que en Bariloche le abonaban \$14 la hora, en un promedio de tres o cuatro horas diarias, por noventa días, mientras que en España hacía temporada también por cuatro meses, de tres horas los días de semana y cuatro horas los fines de semana cobrando doce euros la hora, desempeñándose en tal lugar los años 1999, 2000, 2001 y 2002. Por su parte, en EEUU lo hizo durante los años 2003 y 2004, teniendo un régimen laboral de cinco días por semana, y se le abonaba unos ocho dólares estadounidenses la hora, con similar horario laboral. Agregó que no recibía en ningún lugar alojamiento, sólo la indumentaria o uniforme de cada escuela y que los viajes al exterior los pagaba con préstamos o ahorros. Reconoció que no visitó a su hijo en ninguna oportunidad desde que se separó, pero que ello fue por oposición de la madre. Asimismo, dijo que tiene otro hijo en el exterior, al que en algunas oportunidades le efectúa aportes económicos, cuando puede. Además, manifestó que trabajó en el local bailable TKT de esta ciudad, recibiendo un pago no menor a \$150 mensuales.

Asimismo, dijo que fue instructor de M.A., que era un cuadripléjico, cree que en el año 2001, preparándolo para las olimpiadas especiales en EEUU, pero no percibiendo suma alguna como instructor, solo alojamiento y comida. Actualmente tiene una empresa para traer turistas del exterior, aunque todavía no ha tenido ganancias, habiendo efectuado seis aportes para la manutención de su hijo, en los meses de diciembre del 2003, agosto y octubre de 2004 y marzo, mayo y septiembre del 2005. Señaló que no tiene impedimentos físicos para trabajar, ni planes sociales. Que en Bariloche cobraba menos de 1000 pesos por mes, mientras que en el hemisferio norte cobraba unos setecientos dólares estadounidenses que los gastaba en pasajes, alojamiento y comida. Sólo efectuaba aportes jubilatorios. Adujo que tiene intenciones de radicarse en Neuquén, para buscar un trabajo fijo e intentar ver a su hijo. Que en el mes de diciembre del año pasado viajó a Brasil, y se desempeñó como ayudante en una posada en Ferragurem y luego a EEUU, como instructor.

La asistencia técnica, al momento de los alegatos solicitó la absolución de su asistido por entender que este delito exige dolo y que el mismo no fue demostrado, pues no pretendió sustraerse de sus obligaciones de padre, más no pudo por dificultades laborales. Que cuando se casó, su defendido ejercía la profesión de instructor y tenía ingresos inciertos. Que quiso conocer a su hijo pero se lo impidieron. Que el delito requiere la no intención de pasar alimentos, y no tuvo posibilidad de cumplir. Por el contrario sí pago cuando pudo y también a su otro hijo. Que sólo trabajo en su profesión, y que ahora piensa conseguir trabajo estable y tratará de relacionarse con su hijo. Que actualmente vive en la casa de sus padres. Que invitado el imputado en los términos del art 358 "in fine" del C.P.P.C, previo recordársele sus derechos, manifestó no tener nada más que agregar.-

Que respecto del cuerpo del delito ninguna duda cabe que W. S. M.R., es el hijo del encausado, conforme el acta de nacimiento obrante a fs. 2, como también, que en los autos "R.,G. A. c/ M.A., W. O. S/ DIVORCIO VINCULAR", Expte N° 236826/0, del Juzgado Civil N° 4, con fecha 16 de marzo de 2000, se le fijó una cuota alimentaria provisoria de \$300, el que fuera confirmado por la Excma. Cámara Civil Sala II, con fecha 8 de febrero de 2001 (fs. 5, 15/16 y 67), de lo que se encontraba debidamente notificado y tan es así, que ejerció su defensa tanto en esa sede como en ésta. Todo ello se encuentra corroborado por las vicisitudes respecto de la separación de la pareja, que culminaría en un divorcio vincular y el intento infructuoso de contacto de la madre del niño con su padre, tal como lo relatará la Sra. R. en la audiencia de debate.-

Por más que el propio encartado y su defensa admiten no haber efectuado aporte alguno durante el período que se le reprocha, aunque alegan que no podía porque no le alcanzaba el sueldo que percibía, debe resaltarse el contenido del informe bancario de fs. 211 del cual surge que al mes de noviembre de 2003 no había cuenta bancaria abierta vinculada al expediente civil. Que en relación a la autoría penalmente responsable del encartado, entiendo que con los elementos producidos en la audiencia y los incorporados por lectura, se encuentra debidamente acreditada con la certeza necesaria que se exige en esta etapa del proceso penal y más allá de toda duda razonable.-

Así se ha demostrado, por las constancias obrantes en el expediente civil, que conocía su obligación de aportar, al menos, la suma de 300\$ en concepto de cuota alimentaria, lo que oportunamente cuestiono en tal sede, teniendo una confirmación por la alzada respecto de esa suma. Por otra parte, se acreditó en la audiencia, por los propios dichos del encartado y con la prueba producida a lo largo de la investigación, que el incuso trabajó, al menos durante las temporadas invernales del hemisferio sur y norte, como instructor de esquí en diferentes escuelas, tanto en la ciudad de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, como en España y en los Estados Unidos de Norteamérica. Aunque también han sido infructuosas todas las diligencias necesarias para demostrar sus efectivos ingresos durante esa temporadas (en tal sentido testimoniales e informes de fs. 79, 81, 94, 99/100, 156 y 203), contándose solamente con un informe de la firma "Ticket Neuquen S.R.L." (fs. 151), en que se consigna que durante los meses marzo y abril de 2002 percibió la suma de ciento cincuenta pesos por mes, y el informe de fs 192, del

comisionado de la Comisaría 27 de San Carlos de Bariloche, en que se consigna que se desempeñaba como coordinador de esquiadores para el empresa "Alta Patagonia", en el mes de agosto de 2003, con un sueldo de 750\$.

Corresponde poner de resalto también, lo manifestado por el testigo D.S., director del "Mountain Club" del refugio Saint Moritz, de Bariloche, quien conocía al encartado por ser instructor de ski en la Escuela "Alta Patagonia", y refirió que los instructores cobraban entre 15 a 30 \$ la hora, de acuerdo a su capacitación.

Asimismo, se ha demostrado no solo por el descargo efectuado por el propio imputado, sino también por el informe de la Dirección Nacional de Migraciones, sus continuas salidas y entradas al país durante el período consignado.

Por ello, conforme las pautas de la sana crítica racional, nos encontramos ante una persona, que se nos intenta presentar casi como un indigente, a la par de Diógenes- el filósofo griego, y uno de los miembros más destacados de la escuela cínica-, lo cual resulta inverosímil, ya que se ha demostrado que habitaba y se desempeñaba como instructor de esquí, en las denominadas temporadas de mayor trabajo, en centros invernales de gran confluencia de público, no solo en este país, sino también en España y EEUU; y que contaba con dinero, tanto para abonar los pasajes a Europa y América del Norte, como así también a Brasil, tal como lo hizo el año pasado, aunque no se encuentra en el periodo de juzgamiento, todo lo cual va de suyo que resultan onerosos para el ciudadano común. Más aún, contaba con los medios necesarios para oblar el alojamiento, estadía y comida, en localidades que comúnmente registran un alza de precio, por el gran poder adquisitivo de las personas que concurren en los períodos en que se practica el deporte en que da clases el incuso, como así el equipamiento deportivo y accesorios -que es altamente competitivo y oneroso-, sobre todo si, como dice el encartado, vive de esa profesión, circunstancias todas estas que resultan hechos ordinarios, y no extraordinarios que necesitan ser debidamente probados. Máxime también, si tenemos en cuenta que conforme el recorte periodístico de la revista "Gente" (fs. 48/49), se desempeñó como instructor de M. A., para los juegos paraolímpicos de Invierno de Sal Lake City, encontrándose "sponsoreado" por empresas como "Telefónica", "Skandinavian", "Dermaglos" y "Jery", por lo que resulta poco creíble y serio que solo lo hiciera por alojamiento y comida.

Es así que por los principios de la recta razón y las normas de la lógica y de experiencia común, me permiten suponer fundadamente, que si podía abonar tales gastos, aún con los pocos ingresos por él mencionados, aunque no se han podido demostrar otros mayores, por lo que en este aspecto he de aplicar el favor rei, bien podía aportar mínimamente los medios indispensables para la subsistencia de su hijo, y de lo cual estaba debidamente notificado, más allá del desarraigo emocional, que se trasunta de los hechos ventilados, ya sea ahorrando o "sacrificando" alguna comodidad, de los emolumentos que recibía.-

Por lo expuesto, se han de desechar los argumentos de la defensa, por cuanto nos encontramos claramente en un delito que impone un mandato específico de acción, habiendo el encartado infringido la norma con el dolo que la figura requiere, esto es, con conocimiento y voluntad de no

realizar los aportes, cuando mínimamente podía efectuarlos, teniendo, tal como acertadamente es señalado por la querrela, la posibilidad de hacerlo, no teniendo ningún impedimento físico como para no realizarlos, encontrándonos además como lo señalan ambos acusadores ante un delito de peligro abstracto, en que no resulta necesario verificar la existencia de un resultado. Por cuanto en este caso concreto, aún ante la ausencia de los aportes de la cuota alimentaria por parte del encarcelado, el niño M.R. igual subsistió, pero claro está que lo fue por el esfuerzo de la madre.-

En atención a lo desarrollado y habiéndose acreditado que M. A. no efectuó ningún pago, ni en dinero o especies, ni tuvo voluntad de hacerlo, descartando por ende sus explicaciones ensayadas en el sentido que violó el mandato impuesto por problemas laborales, en el período de octubre del año 1999 al 27 de noviembre de 2003, considero que su conducta encuadra en el delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar en los términos del art 1° de la ley 13.944.-

Habiéndose desestimado la pretensión absolutoria alegada, corresponde ingresar en el tratamiento de la sanción penal a aplicar. Teniendo en cuenta las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del C.P., como atenuante valoro su falta de antecedentes penales; y como agravantes, su grado de cultura que le permitía una clara capacidad de reconocer la antijuridicidad del hecho, la edad del menor desde que empezó a incumplir sus aportes, esto es al mes de nacer; su total desapego por el desarrollo del niño, al que pese a sus declamaciones en su descargo en el sentido que intento verlo, poco le importó e hizo para lograrlo; la extensión del daño causado, esto es, el nulo aporte económico por el término de cuatro años, la deplorable impresión personal que me causó en la audiencia en razón de la indolencia demostrada ante los hechos que se estaban juzgando, como así su reiterada contumacia demostrada a lo largo del proceso, es que estimo justo y equitativo imponer a W. O. M. A. la pena de NUEVE MESES DE PRISIÓN de efectivo cumplimiento.- Atento al resultado arribado, corresponde al condenado cargar con las costas procesales.-

Asimismo, teniendo en cuenta su actitud reiteradamente contumaz a lo largo del proceso, conforme las constancias obrantes a fs. 39, 112, 155, 175, 226, 285, 307 y 327, en que obran reiterados cambios de domicilio sin que antes anoticiara al tribunal, como así que ya fue declarado rebelde en tres oportunidades, y que deliberadamente no cumplió con ninguna de las obligaciones impuestas en el incidente de eximición de prisión en que se le impusieron las condiciones de presentarse una vez por mes y de comunicar cualquier viaje al extranjero con anterioridad a realizarlo, como así en atención al término de la pena impuesta, al sólo efecto de intentar salvaguardar su eventual cumplimiento, es que corresponde imponerle como ampliación de lo resuelto en el incidente de mención, la prohibición de abandonar el país hasta tanto el presente fallo se encuentre firme, debiendo ser comunicada tal circunstancia a la Dirección General de Migraciones, Policía Federal, Policía Aeronáutica Nacional, Gendarmería Nacional y Prefectura Naval Argentina, ello de conformidad con lo normado en el art 285 del C.P.P.C.-

Resultan aplicables al caso, los arts 1° de la ley 13.944, 40 y 41 del C.P., 368, 492 y ccdtes del C.P.P.C.-

Por ello, oídas que fueron las partes, es que;

FALLO:

I.- CONDENANDO a W. O.M. A., cuya filiación fuera ya indicada, como autor penalmente responsable del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar por hechos que ocurrieran entre octubre de 1999 al 27 de noviembre de 2003, en perjuicio del menor W. S. M. R., a la pena de NUEVE MESES DE PRISIÓN DE EFECTIVO CUMPLIMIENTO, con mas las costas del proceso (Art 1° ley 13.944 y 492 y cctes del C.P.P.C.).-

II.- DISPONER como obligación ampliatoria de lo resuelto en el incidente de eximisión de prisión, la prohibición de salir del país, al nombrado y hasta tanto el presente se encuentre firme, debiendo comunicarse tal circunstancia a la Dirección General de Migraciones, Policía Federal, Policía Aeronáutica Nacional, Gendarmería Nacional y Prefectura Naval Argentina, a tal líbrense los correspondientes oficios (Art 285 del C.P.P.C.).-

III.- Regístrese, tómese razón, devuélvase al Juzgado de Origen el expediente civil solicitado y firme que sea, practíquese planilla de costas y cómputo de pena por Secretaría y efectúense las comunicaciones del caso.-

Fdo.

DR. MARCELO GERMAN MUÑOZ. JUEZ.

Dra. María Luisa Andrada. Secretaria Sugrogante.

REG. SENTENCIA: 27 /06.-

Disponible desde: www.derechopenalonline.com

ANEXO IV

Fallo: “G.O.M. s/ Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar”

AUTOS Y VISTOS

Los presentes obrados registrados bajo el número **3045** del año **2002**, que por la eventual comisión del delito de **INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR (Artículo.1ero Ley 13.944 del Código Penal)**, se les siguen a **G. O. M**, Argentino, divorciado, nacido el de Julio de 1965, hijo de M. R y de Y. J. D, con estudios secundarios, domiciliado en calle San Juan dpto. 1 de Rosario, de ocupación . Titular del Documento Nacional de Identidad Número. Prontuario número de la U.R.II de policía de Rosario; y que se tramitan por ante éste **Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Penal Correccional de la Octava Nominación de Rosario**; y de los que;

RESULTA

El 08 de Noviembre del 2002 S. N. S formuló ante La Fiscalía Nro. 10 en turno la siguiente denuncia: Que estuvo casada con G. O. M., que de dicha unión tuvieron una hija, C. S., de la cual fue controvertida la paternidad. Que en Abril de 1996 se acordó por primera vez una cuota alimentaria de \$ 250 (pesos doscientos cincuenta) y la realización de estudios necesarios a fin de determinar dicha paternidad. Que en Febrero de 1997, la denunciante intimó por primera vez el cumplimiento de lo pactado, recibiendo contestación en marzo de ese mismo año, en donde M. dejó la cuota propuesta y propuso convenio de pago de las atrasadas, a lo que la denunciante no opuso reparos. Que en Agosto de 1997 se celebró un nuevo convenio, ratificando lo acordado anteriormente, supeditado a los resultados de los citados análisis. Que no obstante ello la actitud de M. no cambió, motivo por el cual se denunció otra vez el incumplimiento. Que en Septiembre del 2002 se celebró un nuevo acuerdo, en donde el denunciado se comprometió a iniciar todos los trámites pertinentes para el reconocimiento de la menor si del resultado de la pericia daba su paternidad. Que realizado el estudio su resultado fue que la menor tenía un 99,99 % de probabilidad de ser hija del denunciado. Que notificado de tal resultado, aún así M. no cumplió con pasar lo indispensable para la manutención de su hija. Que es la primera denuncia que realiza.-

A fs. 3 obra pedido de copia de la causa n° 267/97 tramitada ante el Tribunal Colegiado de Familia N° 3 caratulada “S. S. N. C/ M. G. S/ ALIMENTOS”.-

En la **Testimonial** a fs. 5/6 S. N. S. manifestó: Que se afirma y ratifica del contenido de la declaración prestada oportunamente en la Fiscalía. Que M. debe abonar todas las cuotas alimentarias que le debe a su hija desde antes de hacerse el estudio de paternidad y luego del mismo. Que desde el año 1996 hasta la fecha hizo un solo deposito que fue en el año 1997 de \$ 250 pesos. Que el denunciante le dijo que había puesto todos sus bienes a nombre de un socio y de un hermano porque tenía miedo que la disidente le reclamara algo.-

En la **Indagatoria** a fs.9/10 G. O. M. declaró: Que nunca supo que C. S. era su hija, sino hasta el año 2002. Que pidió en varias oportunidades el estudio de paternidad (ADN), el cual el mismo abonó. Que en el año 1996 como producto de que S. S le iniciara un juicio de alimentos por la menor, el declarante solicitó un examen de ADN, el cual fue negado en varias oportunidades por S. S, logrando recién que se hiciera el estudio en el año 2002. Que luego de separarse de S. los tres meses se enteró por la madre de ésta que se encontraba embarazada. Que

luego de separarse no volvió a ver a S.; y que por tal motivo le surgió la duda acerca de la paternidad de la menor. Que a partir de conocer el resultado del ADN comenzó a tramitar por el Colegiado Nro. 3 la inscripción del apellido paterno para solucionar el tema de los alimentos y el régimen de visitas. Que S. postergó todos los trámites y le reclama por todos los años que tiene la menor. Que los reclamos que realizó la misma son desde que la niña llevaba el apellido de ésta. Que en el año 1996 comenzó a depositar la cuota alimentaria. Que en la audiencia se pactó la realización del análisis de ADN y que como síntoma de buena voluntad el disidente comenzó a pagar los alimentos durante 5 o 6 meses; y que como ésta no se hacía los análisis comenzó a sospechar de que no era su hija. Que el depósito que realizó fue de \$ 250 por mes. Que es su deseo que todo se solucione.-

Dispuesto el Procesamiento de G. O. M. por la eventual comisión del delito de **Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar (Art. 1ero Ley 13.944 del Código Penal)**, se corre traslado al **Agente Fiscal** que en su **Requisitoria** a fs.28 considera como acreditada la materialidad del hecho investigado y su responsabilidad en el mismo en base a : Denuncia a fs.2, testimonial de la madre de la menor a fs. 5, Indagatoria a fs. 9 y copia de la causa Nro. 267/96 caratulada (S. S. N. C/ M. G. O. S/ ALIMENTOS).-

A fs. 38/39 **La Defensa** se opone al avance de la acción impetrada por el Ministerio Público. Que su asistido no incurrió en conducta delictiva alguna. Que fue la denunciante quien en forma deliberada y con total mala fe, indujo a éste tribunal para que procesaran a su asistido. Que S. abandonó el que fuera su hogar conyugal y se ausentó durante largos meses sin dar noticias de su paradero, para luego solicitarle a su asistido la inscripción de la niña en el Registro Civil pertinente. Que la denunciante fue quien ocultó maliciosamente su situación civil (casada), inscribiendo en la libreta de matrimonio (seguramente ocultando datos) a su hija con el apellido de soltero. Que los alimentos acordados estaban condicionados a que el grupo familiar se hiciera lo mas rápido posible los estudios científicos que permitieran determinar con certeza la paternidad de su defendido. Que M. comenzó a abonar su cuota alimentaria en forma regular, no encontrando respuestas razonables de quien fuera su esposa, quien sistemáticamente impidió o dilató los estudios pertinentes sin justificativo alguno y pretendió seguir percibiendo la cuota alimentaria correspondiente. Que su asistido dice absolutamente la verdad y que siempre ha sido S. quien obstaculizó la regularización de la cuestión familiar. Que la Fiscalía solo analiza los dichos del imputado desde un punto de vista subjetivamente condenatorio, no poniendo atención a los inconvenientes generados por la propia S. Que no correspondería la tipificación invocada en el Art. 1 de la Ley 13.944, ya que la paternidad estuvo cuestionada y en dudas (M desconocía que la niña fuese su hija). Solicitando entonces la absolución de su defendido de toda culpa y cargo.-

Abierta la causa a prueba por el término de Ley, obra agregado a cuerda el expediente civil como prueba **documental**; en el cual se encuentra a fs.1 Certificado de nacimiento de C. S. S ocurrido en septiembre de 1993, a fs. 93 Acta de nacimiento de la misma a fs. 2 se agrega Certificado de Matrimonio entre G. O. M. y S. N. S., celebrado en febrero de 1992; a fs. 5/7 se adjunta escrito promoviendo la acción por alimentos iniciada por la actora, como medida cautelar previa al divorcio contencioso, a fs 10 obra acuerdo homologado en sede judicial con fecha de abril de 1996 en el cual, a pesar de que el demandado ha planteado duda acerca de su paternidad sobre la menor, acuerdan practicar estudio de Histocompatibilidad – HLA, con el costo a cargo exclusivo del demandado y que

mientras dure esta situación se fija una cuota alimentaria a cargo del mismo de \$250 a partir de dicho mes, a fs.15 de dicho expediente se agrega un escrito en el cual la denunciante en fecha de febrero de 1997 manifiesta que el demandado adeuda las cuotas que corresponden a los meses de mayo de 1996 a febrero de 1997; a fs.21 se adjunta escrito por la parte demandada en el cual acepta como definitiva la cuota de \$250, y efectúa una propuesta de pago por las cuotas atrasadas con fecha de marzo de 1997. A fs. 34 se encuentra nuevo acuerdo homologado, con fecha de julio de 1997 en el cual el demandado se mantiene en el compromiso asumido de fs.10 referido a la cuota alimentaria, sin perjuicio de que se esté en dicha materia a los resultados de las pruebas de histocompatibilidad, que mientras se lleva a cabo el diligenciamiento necesario para la obtención del informe pericial, el demandado en alimentos se compromete al pago del 1° al 10 de cada mes de una cuota mensual de \$250 la que se considerará provisional y meramente temporal; y hasta tanto sean rendidos en autos los informes periciales respectivos: dicha suma se imputará – en principio y a las resultas del pleito correspondiente – a eventuales alimentos a favor de la menor de autos; a fs.42 se acompaña un informe en el cual se deja constancia que en el día fijado para la realización del estudio, compareció el demandado a quien se le extrae la muestra de sangre y la demandante sin su hija debido a que ésta se encontraba enferma de varicela por lo cual se acompaña certificado, se fija nueva fecha para la realización del mismo; a fs.59 obra nuevo acuerdo con fecha de septiembre de 2001 homologado, en donde las partes ratifican en un todo lo acordado en fecha de julio de 1997 y en el cual M. asume el compromiso para el caso que el resultado de la pericia de Histocompatibilidad surgiera su indubitable paternidad respecto de C. S., de realizar a la mayor brevedad posible todos los trámites y gestiones que fueren menester para su reconocimiento ante las autoridades del Registro Civil; a fs.71/73 se adjunta estudio de Histocompatibilidad que indica que la niña C. S. tiene una probabilidad mayor del 99,99 % de ser hija del señor G. O. M. y de la señora S. N. S. ; a fs.77 se encuentra Resolución Judicial en la cual se dispone notificar por cédula en domicilio real y legal del demandado las conclusiones periciales, y otorgarle al Sr. M. cinco días a partir de la última notificación, para dar cumplimiento a todos los trámites y gestiones para el reconocimiento de la paternidad, y/o indicar en su caso su actitud frente al compromiso asumido a fs.59 y que fuera homologado con fuerza de sentencia judicial con fecha de marzo de 2002.-

A fs. 48 en la **Ampliación Testimonial** S. N. S. manifestó: Que se remite a lo dicho precedentemente. Que el imputado tiene una imprenta llamada M y M Impresos sito en calle Mendoza , pero que la misma está a nombre de su hermano, el llamado S. R. M. Que el pago de la cuota alimentaria no estaba condicionado al examen de paternidad. Que al mes que se separaron la declarante se enteró que se encontraba embarazada y que por ese motivo el imputado negó que la niña fuese su hija. Que cuando le solicitó al imputado la cuota alimentaria, el mismo estuvo de acuerdo en el pago y le pasó dos veces; y que luego exigió hacerse el ADN. Que éste le comunicó que hasta que no se hicieran los exámenes no le pasaría dinero y que luego de conocer los resultados del mismo le prometió comenzar a pagar la cuota e ir adelantando lo atrasado, pero que nunca le dio nada, inclusive nunca fue al registro civil a darle el apellido a la menor.-

En la **Testimonial** a fs. 49 M. G. M, madre de la denunciante, manifestó: Que la cuota alimentaria no estaba condicionada al examen de paternidad. Que hace como 6 o más años el imputado firmó en tribunales hacerse cargo de la menor, pasando entre \$ 250 a \$ 300 y que después hizo el planteo de ADN. Que en el

2003 al comienzo de clases el imputado le llevó a la menor útiles escolares y dinero para zapatillas y guardapolvo; y que en ese momento éste le comunico a su hija que como estaba cansado de los abogados, arreglaran entre ellos y que se olvidara de lo atrasado. Que éste nunca más aportó nada.-

En la **Testimonial** a fs. 50 S. R. M., anterior apoderada de la denunciante, manifestó: Que cuando comenzó en el caso como se trataba de un menor que era hijo de un matrimonio, presumió que el padre era el cónyuge, motivo por el cual comenzó pidiendo la cuota alimentaria. Que una vez que ésta se fijara el Dr. B., abogado de M., presentó un escrito diciendo que la cuota estaba condicionada al examen de paternidad. Que inclusive se realizó una audiencia para ponerse de acuerdo en la forma de realización del examen de ADN, pero como no había colaboración de las partes y habían pasado varios meses sin que se resolviera nada renunció al cargo.-

En la **Testimonial** a fs. 54 D. N. S., anterior apoderado de la denunciante, manifestó: Que no recuerda si el pago de la cuota alimentaria estaba condicionada al examen de paternidad. Que se remite a las actuaciones del Juzgado de Familia.-

En la **Testimonial** a fs. 57 S. E. G. B., Bioquímica encargada de la realización del examen de paternidad, manifestó: Que no conocía a los pacientes con anterioridad. Que se fijó una sola fecha con anterioridad a la realización del examen, el 14 de Septiembre del año 2001 y que en esa oportunidad solo compareció el Sr. M., no haciéndolo la Sra. S. y la menor, motivo por el cual el mismo se suspendió. Que la segunda vez que se fijó fecha para la pericia ésta se realizó.-

Clausurado el término de prueba, producida la ofrecida, informó el actuario que el imputado **G. O. M.** no registra testimonios de sentencias condenatorias anteriores, como asimismo que en la presente causa **no** existen efectos secuestrados a disposición de éste tribunal.-

En sus **Conclusiones** a fs. 69 El **Ministerio Fiscal** reitera su postura incriminante. Que ha quedado demostrado fehacientemente que el imputado ha sido el autor del delito enrostrado a través de las testimoniales rendidas en el plenario. Que son falsas las afirmaciones de la Defensa en cuanto a que el pago estaba sujeto a los análisis de ADN, ya que la resolución de fs. 34 del expediente Civil no dice eso, lo mismo con la obstaculización del examen, ya que la Bioquímica a fs. 57 manifestó que solo hubo una fecha anterior a la realización del mismo, no pudiendo considerar que una vez que no se presentara obstaculizaría el examen. Solicitando que se condene a **G. O. M.** como autor penalmente responsable del delito de **Incumplimiento a los deberes de asistencia familiar (art. 1 ley 13.944 del C.P)** al cumplimiento de una pena de **UN AÑO DE PRISION**, con costas (art. 29 inc. 3 C.P).-

En sus **Conclusiones** a fs. 73/74 La **Defensa** reitera lo expuesto en el libelo defensivo. Que lo manifestado por su asistido en la Indagatoria de autos se encuentra convalidado por las declaraciones de los testigos que fueran ofrecidos por esa parte en orden a las trabas impuestas por la denunciante respecto del estudio de ADN solicitado por el mismo. Que la actitud remisa de la denunciante respecto del estudio solicitado por su asistido sembró profundas dudas en éste respecto de una paternidad controvertida desde un principio. Que en un primer momento su asistido ofreció pagar los alimentos de la menor con la condición lógica que la progenitora la sometiera a los estudios pertinentes para determinar la filiación, depositando durante 5 o 6 meses los alimentos hasta que advirtió que la denunciante no colaboraba en la realización de los análisis. Que su pupilo siempre quiso que las cosas se resolvieran de la mejor manera. Solicitando entonces que se

desestime la acusación de la Fiscalía de condenar a su asistido a la pena de un año de prisión con costas, por la supuesta autoría del delito de Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, pidiendo que se absuelva al mismo de toda culpa y cargo con la consiguiente imposición de costas a la denunciante, quien ocasionó un desgaste jurisdiccional más que suficiente y sin motivo alguno.-

Habiendo tomado conocimiento personal el suscripto sobre el imputado en oportunidad de prestar la correspondiente declaración Indagatoria de autos, téngase por cumplimentada con las previsiones del art. 40 del C.P. y 505 del C.P.P. Se produce el llamamiento de **autos para sentencia**, se notifican los mismos y firmes que estuvieran quedan los presentes en estado de tomar resolución definitiva.-

Y CONSIDERANDO

1.- Que a juicio del Suscripto, en autos se encuentra debidamente acreditada la **materialidad** del ilícito investigado en cabeza del justiciable.-

En efecto, con la Denuncia formulada ante la Fiscalía N° 10 de fs.2, su posterior ratificación mediante declaración Testimonial de fs.5, Indagatoria de G. O. M. de fs.9; Testimonial de S. N. S de fs.48, Testimonial de M. G M. de fs.49, Testimonial de S. R. M. de fs 50, Testimonial de D. N. S. de fs.54, Testimonial de S. E. G. B. de fs.57, Fotocopias de la causa N° 267/96 caratulada (S. S. N. C/ M. O. S/ Alimentos) en la cual se encuentra a fs.2 y 93 Certificado y Acta de nacimiento respectivamente de la menor C. S. S. de fecha de septiembre de 1993; Certificado de Matrimonio entre la denunciante y G. O. M. en febrero de 1992 de fs.3, escrito de promoción de acción por alimentos de fs.5/7, acuerdo homologado en sede judicial en 1996 de fs.10, nuevo acuerdo homologado con fecha de julio de 1997 a fs.34, informe a fs.42, acuerdo homologado en fecha de septiembre de 2001, estudio de Histocompatibilidad de fs.71/73, Resolución Judicial de fs.77; amén del resto de los elementos obrantes en el expediente que conforman el acervo probatorio; de todo ello podemos decir sin lugar a dudas que el día 8 de Noviembre de 2002 S. N S formuló ante la Fiscalía Nro.10 una denuncia en la cual manifiesta que estuvo casada con G. O. M., que de dicha unión tuvieron una hija, que en el año 1996 se acordó una cuota alimentaria de \$250 y la realización de estudios necesarios para determinar su paternidad, que en febrero de 1997 lo intimó para el cumplimiento de lo pactado donde el imputado reconoce la cuota pactada y abona una sola, y propone convenio de pagos por las atrasadas; que en septiembre de 2002 se celebra un nuevo acuerdo en el cual el denunciado se comprometió a iniciar todos los trámites pertinentes para el reconocimiento de la menor si el resultado de la pericia daba su paternidad, que realizado dicho estudio, éste arrojó que la menor tiene un 99,99 % de probabilidad de ser hija del denunciado, que notificado de tal resultado, aún así M. no cumplió con pasar lo indispensable para la manutención.-

2.- Con respecto a la **autoría**, cabe señalar que considero a la misma acreditada, ya que el imputado es sin lugar a dudas el padre de la menor C. S - pese a las supuestas dudas del mismo- ; y digo ello porque por medio de la Partida de nacimiento se acredita que la niña nació el 30 de septiembre de 1993; y según surge del Certificado de Matrimonio entre la denunciante y el encartado, este fue llevado a cabo 21 de febrero del año 1992. Es por ello que en base a estos dos extremos probados, juegan las presunciones del Código Civil en los artículos **245** el cual refiere expresamente: “ la ley presume que los hijos concebidos por la madre, durante el matrimonio, tienen por padre al marido”, y la del artículo **246**

que dice “ Son hijos legítimos los nacidos después de ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio, y dentro de los trescientos siguientes a su disolución, si no se probase que había sido imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento”.-

Cotejando las respectivas fechas de ambos elementos probatorios, no cabría duda de la legitimidad de la filiación de la menor; pero aún así habiéndose controvertido dicha paternidad, ésta resulta totalmente indubitable con el resultado de Histocompatibilidad que arrojó una probabilidad mayor al 99,99% de ser hija del imputado.-

El propio G. O. M. en su acto de defensa material reconoce que estuvo casado con la denunciante durante diez meses; que luego se separaron, y que a los tres meses de estar separados se entera por la madre de ésta que S. estaba embarazada; lo cual indica que por lo menos desde esa fecha tuvo conocimiento del paradero de ésta, más allá si fue la denunciante la que haya obrado en forma maliciosa ocultándose; o por el contrario fue el imputado el que dejó del hogar conyugal; tema éste que es motivo de análisis en otra sede.-

Se parte de una premisa totalmente equivocada cuando se pretende que la obligación alimentaria hacia un hijo, queda librada al capricho de su reconocimiento biológico-científico, pues resultaría muy fácil y cómodo para una persona casada, negar la paternidad y luego estar a las resultas de un análisis de Histocompatibilidad, mientras tanto ese hijo no tiene para las mas elementales necesidades de supervivencia.-

Lo que se deja supeditado al análisis de Histocompatibilidad (en virtud de que M. niega su paternidad biológica) es la confirmación de esa paternidad, la que en el caso de autos se ha producido, y en donde se confunde entonces el carácter de padre legal con el biológico, confirmándose entonces aquella obligación alimentaria fijada en la primera de las audiencias por ante el Tribunal de Familia.- Cuando la ley determina desde cuando se reputa que una persona es el “padre” de alguien, es una presunción **juris tantum**, y es desde allí cuando nace esa reciprocidad en donde el niño adquiere el carácter de “hijo” y el padre tiene la obligación de asistirlo, y los derechos que le confiere tal estado, esa presunción legal solamente puede ser destruida por prueba en contrario, pero hasta tanto ello ocurra, el padre legal tiene para con ese hijo la obligación alimentaria emergente de todas los derechos y obligaciones emergentes de tal carácter.-

El delito en análisis es de tipo **doloso**, porque la sustracción debe ser voluntaria; es de **omisión simple**, y por ende no requiere un dolo específico, sino que basta que el obligado se sustraiga voluntariamente a su deber, no siendo pues indispensable un deliberado propósito de incumplir; **especial** ya que de modo taxativo enumera las personas que pueden cometerlo; de **peligro abstracto** porque la mera realización de la conducta punible ya pone en situación de peligro el interés tutelado; y **permanente**, porque su consumación se produce y continúa en el tiempo, en el caso a estudio debemos decir que el delito se consuma instantáneamente con sustracción de lo que por ley le corresponde a la hija.-

3.- Que sentado ello, sólo resta establecer si en el comportamiento de G. O. M. existió o no **responsabilidad penal** en los términos exigidos por el Art. 1 de la ley 13.944, esto es Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar.-

Que en esta inteligencia, luego de un exhaustivo análisis del material que surte la causa, debe concluirse sin hesitación alguna, en que la conducta esgrimida por el procesado G. O. M. es pasible de reproche penal.-

Ello así, porque no existe en autos elemento probatorio alguno que acredite, tal como alegara la defensa técnica del encartado, que más allá de los períodos que la denunciante reconoce como que M. contribuyó a la manutención de su hijo, no resulta probado en autos el cumplimiento de la cuota alimentaria, que como padre “legal” le fue fijada en los distintos acuerdos homologados en sede civil.-

Toda la prueba ofrecida por la defensa en ningún momento logra desvirtuar los dichos de la denunciante, pues la misma está encaminada a intentar justificar su incumplimiento partiendo de aquella premisa falsa a la que ut supra se hacía referencia.-

Ha sostenido la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, en autos “Rodríguez, Carlos Alberto s/Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar”, Acuerdo n° 21 del 29-03-99, expte. n°1537/98, que “...el aspecto subjetivo de éste delito se integra con voluntad e inteligencia de concretar el hecho típico, esto es, saberse obligado al deber alimentario para con los hijos, el haber podido cumplirlo, y en cambio, el haberse sustraído a ese deber. En este aspecto se ha dicho que aún cuando la figura del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar es dolosa, no resulta necesario acreditar que el accionar omisivo está enderezado deliberadamente a sustraerse al cumplimiento, sino que es suficiente que se encuentre probado el elemento subjetivo consistente en la voluntad consciente de no pasar la prestación a que está obligado aunque sea en menor medida. También se sostuvo que la voluntariedad que supone el delito no requiere necesariamente un obrar malicioso; tampoco es indispensable que el autor obre deliberadamente, pues el delito se consuma aunque éste no lo haya premeditado o preordenado, cuando pudiendo satisfacer la obligación alimentaria, no lo hace, sin que tengan influencia en su dolo los motivos del sujeto...”.-

4.- En base a las pautas mensurativas que establecen los artículos 40 y 41 del Código Penal, y teniendo en cuenta la naturaleza de la acción, los medios empleados para la ejecución, el daño y el peligro causado, la edad, educación, los vínculos personales y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión; considero excesivo el pedimento Fiscal de Un Año de Prisión y Costas, siendo más razonable la aplicación de una condena de prisión efectiva y discontinua de Seis Meses, con las modalidades que se explicitarán a continuación.-

Debe destacarse que la prisión a que alude nuestro Código Penal es la de cumplimiento efectiva, siendo la condicionalidad del artículo 26 del código de fondo una excepción para los casos de primera condena que no exceda de tres años. Pero la aplicación de esta excepcionalidad es potestad del Tribunal, quien debe evaluar su aplicación efectiva o en suspenso; y en el caso traído a estudio creo que resultaría ejemplar dejar de lado este beneficio, ya que M. ha violado la normativa penal, perjudicando de tal forma a una hija que, concebida y nacida dentro del matrimonio, no tuvo de parte de su progenitor la más mínima asistencia, desentendiéndose de la menor.-

Sin embargo, y como una forma de protección de la niña y atendiendo a las necesidades de la misma, deberá posibilitarse que su padre tenga la libertad necesaria para desarrollar sus tareas laborales, y de esa manera ganarse el sustento que le permitirá cumplimentar con la cuota alimentaria que le fije el Tribunal de Familia que entiende en la causa.-

A tales efectos y según lo faculta la ley 24.660 se deberá contemplar la aplicación de una prisión efectiva y discontinua, mediante la permanencia del condenado en la Seccional Policial más próxima a su domicilio- acatando las normas de convivencia de la institución -el que deberá presentarse a las 18 hs. del día sábado, y recién podrá salir de la misma a las 6 de la mañana del día lunes siguiente.-

Para el caso que los días no laborables del encartado sean distintos a los fijados aquí como prisión discontinua, podrán reemplazarse los mismos a pedido del condenado.-

Por todo lo expuesto;

FALLO:

I.- CONDENANDO en la presente causa numero 3045/02 a **G. O. M.** – con datos de identidad consignados en autos – a la pena de **SEIS MESES DE PRISIÓN EFECTIVA Y COSTAS**; por hallarlo penalmente responsable del delito de **INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR (artículo 1º Ley 13.944)**, en base a los fundamentos ut supra mencionados.-

II.- Disponiendo que la pena aplicada se cumplimente de manera discontinua, mediante la permanencia del condenado en la Seccional Policial más próxima a su domicilio- acatando las normas de convivencia de la Institución -el que deberá presentarse a las 18 hs. del día sábado , y recién podrá salir de la misma a las 6 de la mañana del día lunes siguiente (ley 24.660 artículo 36) .-

III.- Para el caso que los días no laborables del encartado sean distintos a los fijados aquí como prisión discontinua, podrán reemplazarse los mismos a pedido del condenado.-

IV.- Por su actuación profesional en la defensa del imputado, regulo los honorarios del **Dr. O. E. B** en la suma de pesos **UN MIL QUINIENTOS (\$ 1500)** con noticia a la Caja Forense.-

Insértese, déjese copia en autos y hágase saber.-

Pagina web: Defensoría Pública Oficial de Pobres y Ausentes en lo Civil y Comercial N° 3

ÍNDICE

Capítulo I

LA LEY DE INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR

	Pág.
1.-Introducción.....	4
2.-La ley N° 13.944.....	5
3.-Antecedentes y ámbito histórico a la fecha de sanción.....	7
4.-Inclusión de la ley en el Código Penal.....	10
5.-Bien jurídico protegido.....	11
6.-Los deberes asistenciales.....	14
7.-Estado de necesidad de la víctima.....	16
8.-Sistemas.....	18
9.-Síntesis de la legislación comparada en los países latinoamericanos.....	20

Capítulo II

EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR

1.-Estructura típica.....	23
2.-El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.....	24
3.-Acción típica.....	24
3.1.-Alcance del verbo “sustraer”	25
3.2.-La expresión “medios indispensables”	25
3.3.-La capacidad económica del autor.....	28
4.-Causas de inexigibilidad de la conducta.....	29
4.1.-Falta de empleo.....	30
4.2.-Disminución de empleo por enfermedad.....	33
4.3.-Condena privativa de libertad.....	34
4.4.-Negativa a recibir asistencia.....	35
4.5.-Formación de una nueva familia.....	35
5.-Cumplimiento parcial.....	36

Capítulo III

SUJETOS DEL DELITO

1.-Sujetos del delito.....	40
2.-Sujetos Activos.....	41
2.1.-Los padres.....	41
2.2.-Los hijos	44
2.3.-Adoptante y adoptado.....	44
2.4.-El tutor, el curador y el guardador.....	45
2.5.-Los cónyuges.....	46
3.-Otras personas que prestan asistencia.....	47
4.-Sujeto Pasivo.....	48
5.-Derechos del niño	50

Capítulo IV

EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA COMO TIPO PENAL: SU CLASIFICACIÓN

1.-Delito de omisión impropia.....	53
1.1.-La posición de garante en el delito de omisión impropia.....	57
2.-Delito permanente	58
3.-Consideraciones en base al carácter permanente del delito.....	59
3.1.-Prescripción de la acción.....	59
3.2.-Incumplimiento posterior a la condena.....	59
4.-Delito Doloso.....	60
5.-Delito de peligro abstracto.....	62
6.-Delito especial.....	66
7.-La tentativa.....	66

Capítulo V

PUNIBILIDAD Y REGLAS SOBRE PARTICIPACION CRIMINAL Y CONCURSO DE DELITOS

1.-La pena.....	68
2.-Reglas sobre participación.....	69
2.1.-Coautores.....	70
2.2.-Cómplices e Instigadores.....	70
3.-Concurso de delitos.....	72
3.1.-Con otro tipo penal.....	72
3.2.-Con el delito de insolvencia alimentaria fraudulenta...	72
3.3.-Con el delito de abandono de persona.....	74
4.-Aspectos Procesales.....	77
4.1.-Delito de acción pública.....	77
4.2.-Competencia.....	79
4.3.-La sentencia civil como prueba.....	80
4.4.-Los testigos como prueba.....	81

Capítulo VI

POSIBLES SOLUCIONES AL CONFLICTO

1.-Acerca de la conveniencia o no de reprimir penalmente esta omisión.....	83
2.-Potenciales soluciones al conflicto.....	88
2.1.-Mediación.....	88
2.2.-Probation.....	90
3.-Proyectos de reforma al delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.....	93
3.1.-El Proyecto de 1960.....	93
3.2.-El Proyecto de 1979.....	94
3.3.-Proyecto de ley de 1995.....	94
3.4.-Proyecto de 2005.....	96
3.5.-Proyecto de ley de 2006.....	97
4.-¿Un fallo ejemplar?	97
5.-Lineamientos básicos para un futuro proyecto de reforma.....	101

6.-Proyecto de reforma del artículo 1° de la Ley 13.944.....	104
7.-Conclusiones personales.....	107

AGRADECIMIENTOS.....	1
AREA, TITULO TEMA, PROBLEMA.....	2
OBJETIVOS GENERALES Y ESPECÍFICOS.....	2
HIPOTESIS.....	2
RESUMEN.....	3
CONTENIDO.....	4
CITAS BIBLIOGRAFICAS.....	113
BIBLIOGRAFIA.....	123
ANEXOS.....	126
INDICE ANALITICO GENERAL.....	145