En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 19 días del mes de septiembre del año dos mil once, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros, Jorge Pfleger, Alejandro Javier Panizzi y Daniel Alejandro Rebagliati Russell, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"S., L. S. s/Incumplimiento de los deberes de Asistencia familiar"** (Expediente N° 21.844-F 163-Letra "S"-Año 2009).

Del sorteo resultó el siguiente orden para la emisión de los votos: Pfleger, Panizzi y Rebagliati Russell.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Breve reseña del caso.

La sentencia- La hipótesis del Ministerio Fiscal.

La cuestión que ha concitado la atención de esta Sala es la sentencia emitida por la Juez Correccional Subrogante de la ciudad de Esquel, quien, el cinco de octubre de dos mil nueve, condenó a L. S. S. a la pena de seis meses de prisión en suspenso, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de Incumplimiento de los deberes de asistencia

///

familiar, estatuido en el artículo 1° de la Ley 13.944, y le impuso como regla de conducta la obligación de fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato por el plazo de un año (inc. 1° del art. 27 bis del C.Penal), con costas (ver el texto en las hojas 262/264 y su registro: número 01, folio 1/3 , tomo único del año 2009).

Ella fue consecuencia del debate en cuyo decurso el Ministerio Fiscal levantó como hipótesis de cargo en cabeza del imputado el hecho de que se sustrajo "… a prestar los medios indispensables para la subsistencia de sus hijos menores L. A., J. B. y A. E. S. S. M., cuya paternidad fue declarada por resolución N° 359, tomo II, Folio 838/41 Año 2003, desde el 11 de febrero de 2003 hasta el 13 de octubre de 2005, fecha de la requisitoria, por no pagar la cuota alimentaria fijada en los autos "S. M. L. A. y otra s/S., L. S. s/ordinario" (Expte. 339/144/2002) de $ 450 que debía depositar del 1 al 10 de cada mes en la cuenta del Banco Provincia del Chubut S.A. N° **-**-*********, de lo que fue notificado el 15 de agosto de 2003. Ampliando la requisitoria anterior hasta ahora, ya que el delito continuó, no cesó nunca, continuó sustrayéndose al cumplimiento de sus obligaciones alimentarias respecto de sus tres

///

hijos menores, no obstante la condena impuesta el 28-08-08 en el Expte. N° 486/19/2007 S. M., M. D. C. c/S. s/alimentos, que originó el legajo N° 9013 con una nueva denuncia…" (las comillas encierran el texto de la sentencia al respecto).

El recurso

En desmedro de la decisión jurisdiccional, el abogado Defensor del acusado, doctor D. A. S., dedujo recurso de casación.

Su pretensión, sintetizada en el petitorio, epílogo del escrito que está numerado desde la hoja 266 a 272, es que esta Corte anule "… el veredicto atacado…" y absuelva a su asistido.

Para fundar el motivo casatorio, el Impugnante sostuvo que el Tribunal había incurrido en una inconsistente valoración de la prueba, y que el plexo probatorio reunido era equívoco, de lo que sobrevenía la irracional y arbitraria conclusión adoptada en el fallo.

Hizo mentas de la prueba de cargo y desde allí aseguró que para que se dieran todos los presupuestos del delito materia de adjudicación el autor debía tener la posibilidad de hacer lo que el mandato jurídico le imponía, cuestión que, en su opinión, había quedado descartada en la conducta de S. por las pruebas arrimadas al proceso.

///

Al respecto expresó: "*… S., en su conducta ha demostrado en la presente causa, sea esta en el período por cual fue llevado a juicio, cuanto aportó a sus hijos menores. Tal es así que al momento de dictarse el resolutivo donde le revoca el beneficio de la suspensión del juicio a prueba, se dice que se obligó a abonar la suma de pesos diez mil ochocientos ($ 10.800.-), en cuota de $ 450. Los que fueron abonados con crece* (sic) *puesto que, sin perjuicio que se señala en el resolutivo que se viene haciendo mención, que se abonó la suma de $ 8.988, también surge de los comprobantes que con fecha anterior al 31/07/2009- (fecha que se revocó el beneficio), el Sr. L. S. S. abonó el total previsto. Quedando a su favor un importe de aproximadamente $ 188.- Por ello, también se debe decir que la suma aportadas con posterioridad a esa fecha (31-07-2009) y antes de la fecha del juicio el Sr. S., aportó sumas aproximada de $4.000, los que tampoco han sido tenido en cuenta por VS al momento de sentenciar, piezas documentales que fueron incorporadas al momento de la celebración de la audiencia de debate. Esto es importante dado que en el contexto planteado del tipo de delito continuado, la Juez de Instancia, sanciona la conducta de S.. Como si el delito hubiere sido*

///

hasta el día mismo de la sentencia, es decir el día 05 de octubre de 2009…” (las comillas embretan parte del contenido del escrito recursivo).

Remarcó que había quedado evidenciado que el elemento volitivo requerido en el tipo penal –“sustraerse a dar alimento”- no se había “cumplido” (sic); que, muy por el contrario, el padre (S.) quiso dar siempre alimentos a sus hijos menores y de hecho lo hizo.

Señaló que el reproche que se le hizo fue de no haber hecho los depósitos en forma sistemática, pero que, a pesar de que no sucedió mensualmente, formalizó pagos por sumas de significación que a veces representaban varias cuotas juntas.

Dijo el apelante que si se lo condenó por esa supuesta irregularidad, ello significó apartarse de la previsión normativa y constituyó una arbitrariedad.

En otro apartado de su discurso, llamó la atención sobre la circunstancia de que en la sentencia, se habló de la capacidad económica que poseía el alimentante, pero que del análisis no surgía que S. tuviera ingresos superiores a los dos mil pesos ($ 2.000.-) y que, pese a los términos en que se refirió el Fiscal respecto de

///

la empresa “S. e hijos SRL” a la que describió como “… una pujante empresa de la zona…”, esa afirmación carecía de sustento probatorio alguno.

Sobre el tema, alegó que debería tenerse presente que el negocio tuvo que afrontar un concurso preventivo que si bien no se aportó como prueba al expediente, fue una circunstancia de conocimiento público en la zona.

En la última parte, con citas variadas de jurisprudencia y doctrina se explayó sobre lo injusto de la pena impuesta porque la conducta base de la imputación no encuadraba –en su opinión- en el tipo penal escogido, calificando a la sentencia de arbitraria por responder solo a la íntima convicción del Juez.

Hizo reserva del caso federal.

II. El tratamiento del asunto

a. Una vez que se ha dado fin a la relación o semblanza de cuanto se ha traído a la instancia expondré la opción que resulta de su análisis.

En efecto, en los párrafos que siguen me referiré a los fundamentos de mi posición, proclive a confirmar el fallo.

La sentencia, y va a modo de anticipo, aparece al control correctamente confeccionada en su doble faz: fáctica y jurídica.

///

De su lectura se puede verificar, sin esfuerzo, la razón por la que la Magistrado "a quo" acogió la hipótesis del Ministerio Fiscal y estableció con fuerza de verdad legal todas las circunstancias que, en el transcurso del tiempo, expusieron la manera en que el incuso se sustrajo de cumplir con las obligaciones alimentarias emergentes de la paternidad. También resulta plausible la forma en que realizó la faena de determinación jurídica, causa fuente de la condena.

Pero antes de penetrar en el terreno concreto, brindaré algunas precisiones respecto de la figura legal que ha campeado en la especie.

En principio, dos aspectos aparecen como relevantes a la hora de ponderar la conducta del autor. Por un lado la situación que genera el deber de actuar; en la otra mano la posibilidad real y efectiva de cumplir con la conducta debida.

Veamos cada uno de estos presupuestos.

La situación que genera el deber de actuar refiere al vínculo familiar, biológico o jurídico, entre el autor y la víctima que impone la realización de ciertas obligaciones que se omiten.

///

La posibilidad real y efectiva de cumplir con el mandato legal (la conducta debida) implica que no se den en los hechos las circunstancias que eventualmente pueden obliterar el cumplimiento; por caso y básicamente la ausencia de recursos económicos (vgr. falta de trabajo del obligado, o la disminución de su capacidad laboral con desmedro a su patrimonio).

La figura describe una omisión con contenido doloso y, dentro de las categorías elaboradas por la teoría del delito, constituye una infracción de peligro abstracto, que se consuma con el mero hecho de no suministrar los medios indispensables para la subsistencia a quien corresponde (por ejemplo, un hijo menor de edad).

En suma, tratándose de un delito de omisión doloso ha menester que: a. exista el nexo biológico o jurídico entre los sujetos activo y pasivo, respectivamente, que actúa como situación generadora del deber de actuar signado por la norma penal, b. se plasme acabadamente la omisión o no realización de la conducta que es impuesta c. el sujeto conozca la obligación y se sustraiga a ella deliberadamente, y d. exista un poder de hecho –capacidad- para cumplir con la acción mandada.

///

II. b. La Juez de Grado, al construir su decisión, paso revista, con tino, a los documentos generadores de la obligación que luego estimó incumplida en los términos de la Ley 13.944.

Es que, efectivamente, y como lo señaló la Magistrado, en el Expediente "S. M. , L. A. y otra c/S., S. s/ordinario" (Expte. 339-144-2002) sustanciado ante el Juzgado de Familia N° 1 de Esquel (sentencia del 11 de febrero de 2003), se impuso sobre la testa del hoy condenado una cuota provisional de alimentos, fijada en la suma de cuatrocientos cincuenta pesos mensuales ($ 450), a pagar del 1 al 10 de cada mes, en la cuenta que se abriría en el Banco de la Provincia del Chubut S.A, a nombre de ese Tribunal "… para ser retirada a su sola presentación en ventanilla…" por M. D. C. S. M. (ver las constancias que en copia están añadidas bajo el foliado 18).

En igual legajo, y por sentencia del 25 de septiembre de 2003, se hizo lugar a la demanda de filiación en su contra y se declaró que L. A. S. M., J. B. S. M. y A. E. S. M. eran sus hijos. Esa expresión estatal fue confirmada por la Cámara de Apelaciones del Oeste del Chubut (Léanse al respecto los textos de las hojas 33 a 36 y 41 a 45)

///

En los autos caratulados "S. M., M. D. C. c/ S., L. S. s/ alimentos" (Expte. N° 486-19-2007), y ya el 28 de agosto de 2008, se fijó, por la Juez de Familia de Esquel, una cuota alimentaría de novecientos pesos ($ 900.) a pagar del 1 al 5 de cada mes por adelantado, a la que se añadió otra cifra "… en concepto de cuota suplementaria…"

Todos estos antecedentes que constituyeron de forma expresa y concreta la carga de depositar cifras determinadas en concepto de alimentos, fueron considerados, como ya lo señalé, por el Tribunal del juicio.

Y no es posible objeción alguna a esas evidencias que nutren parcialmente los extremos de la figura de la condena, que he remarcado también.

Tampoco resulta objetable, como se pretende, la existencia de pagos parciales, esporádicos, fuera de tiempo, y lejos de los expresos mandatos que, en el fuero pertinente, fueron emitidos.

Al respecto, cabe evocar el criterio acertado de la Juez de grado quién, luego de considerar lo que se ha referido antes, dejó consignado que: "… *su obligación alimentaria surge de los deberes de la patria potestad conforme las disposiciones del Código Civil y tiene la posición de garante*

///

frente a sus hijos menores, de brindarles lo necesario en cuanto a alimentación adecuada, vestimenta y educación para que puedan desarrollarse plenamente en la sociedad, extremos que tuve por probados, y que no es necesario llegar a la indigencia o a poner en peligro la salud, en esos casos extremos estaríamos hablando de abandono de persona. La necesidad alimentaria es urgente, no puede esperar, sustraerse implica un no hacer oportuno cuando se estaba en condiciones de hacerlo, el cumplimiento parcial y tardío es poner en peligro concreto el bienestar (de) *su familia, el delito se consuma cuando efectuado el reclamo, no cumplió. Tengo por acreditado que obró con dolo, es decir con conocimiento pleno de su obligación y con voluntad de no hacerlo, evidenciada además con actos positivos para evitar la ejecución de sentencias de alimentos, carece de bienes a su nombre, no es titular de ninguna cuenta bancaria, no recibe sueldo ni dividendos en la empresa en la que participa y paga cuando quiere y como quiere …".*

Dije atinado, pues, amén de estar comprobada la absoluta indigencia de la prole a causa de la situación económica de la madre, resulta perceptible la capacidad de S. de

///

contribuir al sustento y, en contrario, su conducta remisa a cumplir el mandato.

Se ha acreditado en la causa que, en el transcurso del lapso del incumplimiento, el imputado ha sido uno de los propietarios de la firma constructora que lleva su nombre, en la que según certificación de la AFIP adunada a la causa, contaba con una camioneta y un camión de gran porte, bienes que justifican el predicado expuesto.

El propio imputado a través de su defensa Técnica ha admitido que ganaba no más de dos mil pesos al mes y esa es una suma que debió compartir solidariamente con los hijos, como lo estatuye la ley civil cuando regula el ejercicio de la patria potestad e impone la obligación alimentaria; tópico que, como puede leerse en la sentencia, se trató con prolijidad, tal fue trascripto arriba.

Creo, como creyó la Juez, que la conducta de S. a lo largo del tiempo ha sido denotativa de desapego e indiferencia respecto de los hijos concebidos con la S. M..

Sólo afrontó sus obligaciones cuando se encontraba en ciernes alguna resolución judicial cuyo imperativo podía compelerlo.

///

Por esa razón resultan inaceptables los argumentos que intentan descalificar la sentencia bajo el argumento de que el atribuido realizó depósitos de dinero en los años 2007, 2008 y 2009, cuando la realidad acreditada al respecto nos muestra que, durante el lapso que va desde el 2003 al 2009, los hijos de S. tuvieron que sobrevivir del aporte estatal y del favor de terceros.

En lo que a esto toca, el Tribunal evaluó la situación en que se encontraban los hijos menores del incuso y para ello tuvo en cuenta el informe de la Licenciada S. B. de S., agregado en la hoja 83 del legajo, que pinta un cuadro de situación sobre la forma de vida de aquellos, quienes para mayo de 2005 vivían junto a su madre en una sola habitación cedida por la familia de origen de S. M., construida en el patio de la casa familiar.

En términos económicos, metálicos por usar una palabra, los ingresos del grupo fueron siempre magros, y básicamente provinieron de ayuda estatal.

Al momento del informe referido, consistían en la suma dada a través del Plan Jefa de Hogar y de una Tarjeta social por valor de cincuenta

///

pesos ($ 50) entregada en la escuela, siempre en calidad de aporte público.

Cuando la sentencia que se discute, la madre de los menores, para su manutención, recibía los importes de una tarjeta Social de $ 300.- y el Plan Familia de $ 240, y ha de creérsele, como así sucedió en la que se inspecciona, que la mujer trabaja en labores domésticas y que los cuatro párvulos y ella misma duermen en un solo recinto, datos que la juez apontocó con los testimonios que fueron reseñados: Y. L. P. y M. R., profesionales del sistema estatal de protección de vulnerables y L. S. S., hijo del imputado.

Deseo señalar, por último, que la existencia de un concurso preventivo no importa, por la naturaleza del instituto que tiende a reformular las deudas en una situación de crisis empresarial, un impedimento para sustraerse de las obligaciones del tenor de las que aquí se han considerado.

Como bien ha dicho el señor Defensor General de la Provincia, la Ley Argentina ya no distingue categorías de hijos. Y el padre ha de cumplir, en la medida de sus posibilidades, con la manutención de todos los que engendra, asumiendo

///

el deber proveniente de la paternidad sin distingos.

III. De la subsunción y la pena.

La norma seleccionada por la Juez es la correcta.

El confronte de ella con los hechos protagonizados por el imputado arroja el encaje de ambos términos, del modo en que lo exige el principio de legalidad sustantiva.

La sanción aplicada es proporcionada al grado de reprochabilidad que el causante merece. La Juez de la inspeccionada ha actuado con apego a las reglas de los arts. 40 y 41 del C.P., computando como agravantes la modalidad de los hechos que damnificaron a tres hijos de corta edad durante cinco años como mínimo, con total desconsideración a las necesidades padecidas por ese grupo. Fue desapegado respecto del vínculo paterno filial y su conducta no se condijo con la posición social destacada en la comunidad de Esquel.

Como atenuante es acertado consignar su falta de antecedentes y su edad avanzada.

En definitiva, la sentencia bajo examen es una resolución fundada, correctamente compuesta y adecuada al derecho, por lo que propicio su confirmación con costas.

///

IV) Asimismo, en atención a la labor realizada por el abogado Defensor propongo se regule como honorarios profesionales, la suma de quinientos pesos ($ 500.-)

Así me expido y voto.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. Los antecedentes del caso y la reseña de los agravios blandidos por el recurrente han sido minuciosamente establecidos por el profesor Pfleger en el primer sufragio, lo cual, me excusa de una repetición ociosa.

II. En cuanto a la solución del caso, habré de coincidir por completo con la propuesta del ministro nombrado.

III. Para considerar probada la conducta atribuida, la a quo valoró pormenorizadamente la prueba documental, informativa y testimonial arrimada al debate.

En primer lugar consideró que mediante sentencia N° 43/2003 dictada en los autos "*S. M., L. A. y Otra c/ S., S. s/ Ordinario*" (Expte. N° 339-144-2002) se había fijado una cuota de alimentos provisorios de PESOS CUATROCIENTOS CINCUENTA ($ 450.-) mensuales, pagaderos del 1° al 10 de cada mes, en una cuenta del Banco del Chubut S.A.; que en ese mismo legajo se había hecho lugar a la demanda de filiación, declarándose que L. A., J. B. y A. E. S. M. eran hijos del encartado y, que en los actuados "*S. M., M. D. C. c/ S., L. S. s/ Alimentos*" (Expte.

///

N° 486-19-2007), se había estipulado una cuota alimentaria de PESOS NOVECIENTOS ($ 900.-), pagadera del 1° al 5 de cada mes, por adelantado.

Luego, a partir de los datos proporcionados por el Banco Chubut S.A., los recibos incorporados al expediente y el reconocimiento en debate efectuado por M. D. C. S. M. y su madre, M. V., tuvo por probados los pagos parciales realizados por el imputado a cuenta de alimentos.

Sobre la base de esa prueba, la magistrada pudo corroborar que los importes depositados tardía y esporádicamente, sólo cubrían con escacez la obligación alimentaria impuesta judicialmente.

En otro orden, la sentenciadora meritó el informe de la Licenciada en Sociología S. B. de S. (hoja 83 y vuelta), que dio cuenta no sólo de la necesidad de los menores, sino también de las condiciones precarias en las que vivían y de los ingresos que percibía la madre producto del asistencialismo gubermanetal.

Esas circunstancias también fueron corroborados con las declaraciones de L. A. S., hijo del imputado, de la Trabajadora Comunitaria en Salud y de la Licenciada en Trabajo Social, Y. L. P. y M. M. R., respectivamente.

///

La capacidad económica del alimentante se estableció por medio de sus propias manifestaciones realizadas en el debate, con certificaciones de la AFIP que exhibieron que el imputado era integrante de la sociedad “S. e H. E. C. y D. O. V. S.R.L.” y, mediante un informe policial del que surgió un ingreso mensual del atribuido del orden de los PESOS DOS MIL ($ 2000.-).

En suma, valiéndose de esos extremos la sentenciadora tuvo por probada las necesidades y carencias sufridas por los menores, las obligaciones alimentarias del encartado para con sus hijos y su capacidad económica. Demostró también que el imputado deliberadamente no prestó los medios indispensables para la manutención de los niños, pese a conocer sus penurias y privaciones.

En definitiva, la labor desplegada por la jueza para señalar que S. se sustrajo intencionadamente de sus obligaciones de sustento respecto de su prole, teniendo la posibilidad de satisfacerlas, no merece ninguna objeción de mi parte.

IV. La tipificación legal en la que la magistrada subsumió la conducta desplegada por el encartado es la correcta.

S. eludió su obligación de hacer frente a las prestaciones impuestas judicialmente, poniendo en grave peligro la subsistencia de sus hijos.

V. La medida de la pena aplicada también es acertada, desde que la a quo se ciñó a las reglas de los artículos 40 y 41 del Código Penal, meritando como circunstancias agravantes la modalidad de los

///

hechos que perjudicaron a tres niños de corta edad, durante largos cinco años, con total desconsideración y desprecio por el vínculo que los unía; la puesta en peligro del desarrollo de su prole y su posición social destacada en la comunidad de Esquel. Como atenuantes estimó la falta de antecedentes del acusado y su avanzada edad.

VI. Por las razones expuestas, corresponde rechazar el recurso impetrado y confirmar la sentencia bajo examen.

VII. Adhiero a la regulación de emolumentos profesionales propiciada en el voto del Ministro Pfleger, por considerarla ajustada a la labor desarrollada (artículos 7° de la ley XIII – 4 [antes Dto. Ley N° 2200] y 3° de la ley XIII – 15).

Así voto.

El Juez **Daniel Alejandro Rebagliati Russell** dijo:

Con los sufragios coincidentes de los doctores Jorge Pfleger y Alejandro Javier Panizzi, existe mayoría de votos para conformar la voluntad del Superior Tribunal de Justicia; de modo que haré uso de la facultad que prevé el C.P.P., art. 357 -texto según ley 4550, art. 7- .----------

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

---------- S E N T E N C I A ----------

1°) Declarar improcedente la casación interpuesta a fs. 266/272, con costas.

2°) Confirmar la sentencia de fojas 262/264 vta., protocolizada con el número 01/2009.

3°) Regular los honorarios profesionales del doctor D. A. S., en la suma de quinientos pesos ($

///

500.-) (artículos 7° de la ley XIII – 4 [antes Dto. Ley N° 2200] y 3° de la ley XIII – 15).

4°) Protolícese y notifíquese.

///