CAUSA: "PROVINCIA DEL CHUBUT c/O., L. - Esquel" (Carp.OFIJU Esquel NIC N°3239 - Leg.Fiscal NUF N°30263/14).

En la Ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a los veinticuatro dias del mes de junio de dos mil dieciséis, la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, integrada por la Sra. Juez de Cámara, **Carina Paola ESTEFANÍA**, en su carácter de Presidenta, y los Sres. Jueces de Cámara **Dres. Nelly GARCIA y Alejandro DEFRANCO**, dictan sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco de las Causa caratulada: **"PROVINCIA DEL CHUBUT c/O., L. - Esquel" (Carp.OFIJU Esquel NIC N°3239 - Leg. Fiscal NUF N° 30263/14)**, en la que tuvieron debida participación el Sr. Fiscal General, **Dr. Oscar ORO**, en representación del Ministerio Público Fiscal, la Abogada Adjunta de la Defensa Pública, **Dra P. B.**, y el imputado **L. O.**.

---------- Y CONSIDERANDO: ----------

Que se celebró la audiencia que prescribe el art. 385 del C.P.P., el día 16 de junio del corriente año, en la que la Dra. P. B., en su calidad de defensora de L. O., sostuvo y ratificó en todas sus partes el escrito de impugnación ordinaria interpuesto oportunamente, contra la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Unipersonal de Juicio a cargo del Dr. Martin O'Connor, de fecha 12- de .... de 2016, registrada bajo el número 550, del Año 2016, en la que condenó a L. O. a la pena de un mes de prisión de ejecución condicional, por ser autor penalmente responsable del delito de incumplimiento de los' deberes de asistencia familiar (art. I° de la ley 13.944, 26 y 45 del C. Penal, por el hecho ocurrido en Cholila, entre el mes de noviembre de 2.012 y el 25 de septiembre de 2014, en perjuicio de su hijo menor R. W. O. T.

La Dra. P. B., en su escrito impugnatorio, hizo la reseña del caso y sostuvo que la sentencia carece de motivación suficiente, que condenó basándose en los dichos de la madre del menor y en sus convicciones morales.

Alegó que en el punto A, en los hechos no controvertidos, afirmó que O. tiene un auto Fiat Uno de su propiedad que lo utiliza para trabajar. Afirmó que sin embargo no se probó de quien es el auto, que no es de O., que podria ser de la familia o de los suegros, y que en caso contrario el Juzgado de Familia lo hubiera embargado.

Aclaró que en su alegato cuestionó la intervención del defensor civil porque tuvo en cuenta el expediente de familia, el que fue ofrecido como prueba pero no se introdujo al debate porque el fiscal omitió ofrecer los testigos. Manifestó que en ese expediente O. se comprometió a abonar $500 mensuales declarando falsamente que trabajaba en la empresa F. CONSTRUCCIONES, ya que al responder al oficio informó que O. nunca trabajó en dicha empresa.

Cuestionó que el magistrado considere que no es necesario probar la necesidad del alimentado para que se configure el tipo, y que ésta circunstancia contradice los fundamentos del plenario que cita.

Destacó que la Sra. T. cuando habló de las necesidades del menor, dijo que no se trataba tanto del aporte económico sino que lo que espera de este proceso es que el niño se vuelva a vincular con el padre, pero que la condena no soluciona el conflicto.

Consideró que no se probó absolutamente nada, que la madre acompañó una factura de un par de botas del año 2011, que el niño necesitaba para bailar.

Por último dijo que no está probado el dolo, y resaltó que el magistrado sostuvo que O. no cumplió porque no quiso, pero que ello no cuenta con respaldo probatorio, es producto de su psiquis y no de la prueba. La esposa y la suegra de O. manifestaron que no tiene capacidad económica para pagar lo solicitado y agregó que a fin de acreditar ello, se acompañó un informe objetivo realizado por una profesional habilitada. Esa además ha sido la postura del Ministerio Público Fiscal en el legajo 21933/12 donde ordenó el archivo.

Hizo reserva de caso federal y solicitó que se anule la sentencia cuestionada y se absuelva a su defendido.

En la audiencia ratificó el escrito donde formuló los agravios, explicó y amplió argumentos.

El representante del Ministerio Fiscal no contestó el traslado ni asistió a la audiencia.

Tampoco asistieron el imputado y la víctima.

---------- Y CONSIDERANDO: ----------

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa contra sentencia?, en su caso ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo correspondiente, surgió el siguiente orden de votación: Estefanía - Garcia- Defranco.

La Dra. Estefanía dijo:

Para dar respuesta a la impugnación ordinaria interpuesta por la Abogada Adjunta de la Defensa Pública, Dra. P. B. comenzaré expidiéndome sobre algunas cuestiones, que si bien fueron planteadas en forma genérica, por la recurrente, merecen una respuesta por parte de este Tribunal.

En primer lugar, la Defensora ha esbozado una suerte de queja con relación a la intervención de la Asesoría Civil de Menores e Incapaces -por la representación promiscua de la victima menor de edad conforme el art. 103 inc. b del Código Civil y Comercial de la Nación-, que calificó de *"sui generis".* Especialmente, rechazó la decisión del Magistrado de permitir al representante de la Asesoría interrogar al testigo cuando no es una parte del proceso.

Durante el debate, en la oportunidad en que el Dr. Contreras comenzó a preguntar, la defensa se opuso a tal intervención, lo cual fue rechazado correctamente por el Magistrado, quien por aplicación del último párrafo del art. 31 del CPP habilitó el interrogatorio. Sin perjuicio de ello, vale aclarar que las respuestas a dichas preguntas no resultaron relevantes para el esclarecimiento del hecho.

Con relación a los hechos, que el Juez ha considerado no controvertidos, en primer lugar corresponde aclarar que el MPF, acredita la obligación de pago con el acuerdo alcanzado en el Fuero de Familia (Ev. d, con fecha 5-9-12) y luego la falta de pago de las cuotas alimentarias previamente pactadas con el testimonio de la madre del menor quien radicó la denuncia penal correspondiente, la que fuera reconocida en audiencia, (ev. A)

Por su parte, la Defensa Técnica, tal cual lo adelantó al presentar su caso, mediante el cual adujo que se trataba de un caso de atipicidad por falta de dolo y por no encontrarse acreditada la "necesidad" de la cuota conforme lo requiere la figura penal aplicada, la defensa reconoció el incumplimiento. Tal reconocimiento, no se trata de una cuestión de buena procesal, sino de elección del caso.

De allí, que la recurrente no puede ahora, agraviarse de la decisión del magistrado de tener por acreditado el incumplimiento, cuando tal conclusión deriva del análisis de la prueba y de la postura sostenida por esa parte.

Se queja luego de la decisión del Dr. Martín O'Connor de tener como un hecho no controvertido que el imputado tiene un auto (Fiat Uno)

Analizadas las pruebas producidas en el debate, se verifica que tal circunstancia ha sida extraída del informe social ofrecido por la parte recurrente, realizado por la Lic. J. G., integrante del Servicio Social de la Defensa Pública, incorporado por lectura, (a pedido de la propia defensora y con la anuencia del MPF). Dicho informe da cuenta que "La familia posee un vehículo Fiat Uno, modelo 1994, el cual es utilizado para los traslados a El Maitén y para trabajar".

También se expidió sobre este punto la esposa del imputado, C. A., quien preguntada por el Fiscal si tenían un vehículo contestó que si, que era para trabajar y que era un Fiat Uno, modelo 1994

Vale aclarar, que no ha sido el MPF quien aportó tal dato, sino la propia Defensa, con el informe social y que el MPF simplemente se limitó a corroborarlo, interrogando a la esposa del imputado sobre este aspecto, quien confirmó que efectivamente tienen un auto que utilizan para trabajar. La testigo no dijo que el auto fuera de sus padres.

Agrego además, que no le asiste razón a la defensa cuando sostiene que el magistrado no valoró tal informe social, el que fue utilizado tanto para considerar los bajos ingresos económicos de la familia, como para tener por acreditado la tenencia de un vehiculo automotor.

Debe tenerse en cuenta que dicho informe social simplemente se basa en una narración de lo observado por la Lic. G. al concurrir al domicilio del imputado -en cuanto a características de la vivienda- y luego a transcribir lo que le fuera relatado por el imputado y la esposa en una entrevista.

En consecuencia, corresponde rechazar la pretensión de la defensa, en cuanto tacha de arbitraria la conclusión arribada por el magistrado con relación a la propiedad del vehículo, o por errónea valoración de prueba que a su criterio resulta dirimente para la resolución del caso.

A continuación, paso a analizar el agravio principal de la defensa, cual fue que la conducta resultaba atipica, por falta de dolo. Señaló que el incumplimiento no era intencional sino por falta de los medios económicos, situación que se deriva directamente de la imposibilidad de conseguir un trabajo estable.

Resulta evidente - analizada la totalidad de la prueba producida- (declaración de la esposa, la suegra y el informe

social) que el imputado no tiene una buena posición económica, por el contrario, sus ingresos son bajos y esporádicos, en virtud de no tener un trabajo estable. Se desempeña como albañil y su ocupación laboral aumenta o disminuye en las distintas temporadas del año.

Sin embargo, no surge de dicho cuadro probatorio, que la imposibilidad de cumplimiento, haya sido permanente. Durante todos estos años, ha obtenido ingresos, que le permitían, cumplir total o parcialmente la obligación asumida, (mediante un acuerdo), la cual, no se ha probado, como sugiere la defensora, que haya sido tomada por desconocimiento o por falta de un asesoramiento jurídico adecuado.

Sobre este punto, de haber existido alguna de esas circunstancias, el medio de prueba idóneo para acreditarlo hubiera sido el Expediente del Juzgado de Familia, cuya incorporación fue rechazada por la propia defensa en el entendimiento que el MPF no habia ofrecido un órgano de prueba que habilite su incorporación. Vale aclarar, que cuando se trata de prueba documental, como lo es un Expediente Judicial, no es necesario para su incorporación que se ofrezca un testigo para que exponga sobre su contenido. Si, es de buena práctica, que la parte que lo ofrece señale cuales son las fojas que le interesa incorporar, para proceder a su lectura sólo de aquello que resulte de interés. Luego, como es sabido, lo que no fuera leido en el debate, no podrá ser valorado por el Tribunal de Juicio ni por la Alzada.

Es probable que la venta del automóvil -utilizado para trabajar- sugerida por el magistrado en su sentencia, como una posibilidad para obtener los medios necesarios para afrontar el pago de la cuota, no sea la mejor solución, pues podria obstaculizar la obtención de futuros empleos. Sin embargo, la existencia de tal bien, da cuenta que el imputado ha tenido capacidad para cumplir con su deber sin poner en peligro la satisfacción de sus propias necesidades básicas.

Agrego en este mismo sentido que disiento con la Defensa, en cuanto a que el cumplimiento parcial sea irrelevante a la hora de analizar la existencia o no del dolo. Por el contrario, considero que el pago parcial, en la medida de las posibilidades del imputado, elimina el dolo, pues estarla dando cuenta de la intencionalidad de cumplir con su obligación.

El caso mencionado por la defensa, en su alocución durante la audiencia ante este Tribunal es diferente, pues

el pago parcial no elimina el dolo, cuando se acredita que el imputado tiene medios para solventar el pago total. En ese supuesto, el pago parcial da cuenta de la voluntad de pagar cuanto y cuando quiere y no de pagar lo que debe.

"Por el contrario, el incumplimiento parcial de los deberes asistenciales como consecuencia de la merma laboral que sufrió el obligado no configura la omisión dolosa en estudio" (CAIMMI y DESIMONI, *Los delitos de incumplimiento de los deberes* . .., pág. 108 y siguientes. CNCrim. y Corree., sala VII, "Bailón Galán", rta. 21/8/81)

Respecto de la falta de acreditación de la necesidad del niño de contar con la asistencia del padre para cubrir sus necesidades básicas, la madre del menor, explicó con precisión y claridad, que si bien a su hijo no le ha faltado la comida, si que en muchas ocasiones tuvo que recurrir a la ayuda de sus padres, de amigos e incluso del Municipio, para comprar medicamentos o vestimenta, e incluso que en muchas veces, no ha podido solventarlas, como ocurre con el tratamiento odontológico de ortodoncia que necesita el niño, cuyo costo a la fecha del juicio ' habia ascendido a los catorce mil pesos. Incluso agregó, que no puede siquiera adquirir un préstamo, porque sus ingresos no son suficientes para poder responder por el mismo. Dicho tratamiento, conforme lo explicara la madre, ni siquiera responde a una cuestión estrictamente estética, sino médica pues la deformación del paladar estarla afectando el sentido del habla. Circunstancia que no ha sido controvertida por la Defensa.

Cabe señalar que la madre del menor también es una persona con ingresos bajos, con un total de cuatro hijos, que ha podido subsistir y brindar la asistencia minima a su hijo, muchas veces insuficiente, con diversos ingresos, producto de varios trabajos y de aportes del Estado, mediante el otorgamiento de asignaciones familiares o subsidios.

Tampoco le asiste razón a la defensa cuando sostiene que la pretensión de la señora T. en este juicio sea que su hijo- se vincule con el padre, pues ha sido clara y contundente, al explicar porqué tomó la decisión de realizar la denuncia penal y que espera que en el futuro el imputado pague la cuota alimentaria que por derecho le corresponde a su hijo. Incluso fue interrogada sobre el conocimiento del tipo penal investigado, pudiendo la victima, dar una respuesta acertada, desde su conocimiento lego.

En definitiva, considero, contrariamente a lo pretendido por la parte recurrente, que no solo se acreditó en el caso el incumplimiento - además reconocido por el propio imputado- sino también la intencionalidad del imputado de sustraerse de la obligación asistencial y alimentaria de manera sostenida e interrumpida, durante años, incluso con posterioridad a la denuncia. También se demostró que durante todo este tiempo el imputado ha tenido la posibilidad de cumplir total o parcialmente con el pago de la cuota alimentaria, sin poner en riesgo su subsistencia ni la de su familia. Por último, como ya lo dije, quedó acreditado que el niño convive con su madre, también con ingresos económicos mínimos, insuficientes para cubrir todas las necesidades básicas del menor, que incluyen alimentos, medicamentos, tratamientos médicos, vestimenta, útiles escolares, medios de transporte para acceder a la educación, entre otros.

Por lo expuesto debe confirmarse en todos sus términos la condena del señor L. O., por la comisión del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar . por el hecho ocurrido en Cholila, entre el mes de noviembre de 2012 y el 25 de septiembre de 2014 en perjuicio de su hijo menor R. W. O. T., con costas.

Deberán regularse los honorarios de la Defensa pública en un treinta (30%) por ciento de lo que se fijaran en el punto 3) de la sentencia de primera instancia. Asi voto.

La Dra. Nelly Garcia dijo: Que como agravio genérico la Dra. P. B. sostiene que la sentencia carece de motivación suficiente, que el Juzgador condenó en base a los dichos de la madre del menor y sus convicciones morales.

En primer lugar no comparto dicha afirmación, el Juez Martin O'Connor en la primer parte de la sentencia, titulada "Resultando" realizó una pormenorizada reseña de lo ocurrido durante el debate, el contenido de las testimoniales, la prueba documental incorporada y los alegatos de las partes.

En segundo lugar, bajo el titulo "Y considerando" comienza la argumentación y como hecho no controvertido, sostiene que L. O. no tiene trabajo estable desde el nacimiento de su hijo R., que realiza changas en el ámbito de la construcción, que está atrasado en el pago de las cuotas del terreno y que tiene un auto un Fiat Uno, de su propiedad y que lo utiliza para ir a trabajar.

Advierto que el dato del auto, lo trajo la Defensa y está mencionado en el informe social de la Lic. G., que se introdujo por lectura, donde se lee: "la familia posee un vehículo Fiat Uno, modelo 1994, el cual es utilizado para los traslados a El Maitén y para trabajar". La familia es la integrada por L. O. y C. A. Además fue reconocido por C. A. en su declaración testimonial. Entonces la Defensa no puede en esta instancia alegar que el hecho es falso, ya que es su prueba y no interesa, si tiene la transferencia a su nombre o no, técnicamente es el poseedor.

Además, la Dra. B. cuestiona que no se introdujo el expediente de familia como estaba ofrecido por deficiencias de la Fiscalía y que ello no le permitió cuestionar el acuerdo homologado sobre la cuota alimentaria. Sin embargo, surge de la grabación del debate, que fue ella la que se opuso a su incorporación y entonces el Fiscal, señaló las actas que específicamente le interesaba introducir, por lo que no corresponde que cuestione el acuerdo de cuota alimentaria, fijada en $500 el 5 de septiembre de 2012, que quedó firme y tuvo principio de ejecución porque pagó una cuota.

Asi, las cosas, son correctas las dos aclaraciones que formula el magistrado y las conclusiones, que es válido el acuerdo homologado y que el imputado abonó la primer cuota de $500 y que con posterioridad a esa fecha no hizo ningún aporte material más.

Asimismo, la Sra. V. T., madre del menor R., al prestar declaración contó sus peripecias para criar a su hijo, estudiar y trabajar, con sólo quince años de edad, reconoció que siempre recibió ayuda de su familia, pero que como necesitaba la ayuda del padre acudió a Tribunales, que el primer paso fue que lo reconozca, logrado en 2003, que en' aquellos años se había comprometido a aportar ropa para el niño, que nunca cumplió y recién el 5 de septiembre de 2012 logró que se fije una .cuota alimentaria y abrió una cuenta en caja de ahorro para que deposite y sólo pagó una cuota.

Explicó que siempre fue un padre ausente, ni siquiera tuvo contacto con su hijo, que ella lo llamaba y le pedia que vaya a verlo, que lo lleve *á* jugar a la plaza, aunque no le lleve dinero o cosas, pero las pocas veces que el niño fue a Epuyén fue porque ella lo llevó.

Que R. ahora ya es grande, no quiere saber nada de su padre, le molesta hasta el apellido y no quiere ir a vivir con él.

Agregó que después del convenio, cuando le reclamaba que pague decía que no tenía plata y recuerda que una vez le dijo, que tampoco le mandaba alimentos, porque si le mandaba fideos los iba a compartir con sus otras hijas. Le respondió a la defensora, que como no consiguió nada por la parte civil, se decidió a hacer la denuncia penal, con la que espera que se cumplan los derechos de su hijo, que se llegue a un acuerdo que le convenga a ella y a su hijo, ya es grande y tiene otras necesidades, que si tiene que volver a la parte civil volverá.

También refirió todos los esfuerzos que ha realizado para trabajar y darle de comer a sus hijos, que comida no les faltó, que trabaja en la Brigada de Incendios, en una radio y limpia casas, su marido también trabaja, su madre le cuida las nenas, sus ingresos son mínimos y tiene dos hijas de 12 y 5 años y una bebé de un mes.

Después de los alegatos del Fiscal y del Asesor de Familia, manifestó que O. está en condiciones físicas adecuadas para trabajar, no es una excusa que no tiene trabajo, puede conseguir, ella ha tomado hasta tres trabajos en un día, para mantener a sus hijos.

V. T., fue sincera y clara al prestar declaración testimonial. No dijo que sólo quería que se restablezca el vínculo afectivo con el padre. No hay un desistimiento tácito de la acción. Tampoco tendría relevancia ya que es un delito de acción pública y es irrenunciable el derecho del hijo.

Tampoco advierto cómo podría lograrse una revinculación, con un padre que nunca tuvo contacto y nunca aportó nada, como punto de inicio es menester poner las cosas en su lugar.

Las testigos propuestas por la Defensa para probar la imposibilidad de pagar, son la suegra M. P., quien dijo que ella los ayuda, les compra la ropa, que saca de Cáritas, que le compraron una hormigonera para que trabaje porque su hermano le cobraba $100 diarios, que trabaja de albañil y hace changas, que cobra muy poco. Y la esposa C. A., quien dijo que ella no trabaja que vive de la tarjeta social de $500 y de la asignación universal por hijo de $1.000, sobreviven día a día. Reconoció que tienen un auto y no coincide con su madre dijo que la hormigonera se la prestó su papá.

Cuestionó la Defensa que el Juez no tuvo en cuenta el informe social de la Lic. J. G.

Aunque expresamente no lo mencione en la sentencia, en dicho dictamen la Licenciada volcó los dichos de O., C. A. y M. P., que los tuvo en cuenta el magistrado. Hizo referencia a la posesión de un vehículo y a que O. aduce que hizo aportes de ropa, comida y dinero anteriores al 2012, que surgen de ese dictamen.

La prueba fue correctamente valorada y no obvió prueba relevante.

Cuestionó también la intervención del Dr. Contreras como Asesor de Familia, que se le permitió interrogar testigos. El Dr. Contreras participó en la audiencia preliminar, esa era la oportunidad para que cuestione la forma de su intervención y el alcance del rol, pero no lo hizo. Y la oposición en el debate, el Juez lo resolvió, atendiendo los derechos del menor víctima.

En un segundo agravio, la Defensa cuestiona la tipicidad de la conducta, insiste en que es una cuestión civil y que no se puso en peligro la subsistencia del menor.

Con relación a la cuestión de derecho, el Juez sostuvo que se trata de un delito de pura omisión y de peligro abstracto, que la exigencia planteada por la defensa, que el niño carezca de medios de subsistencia, deviene insustanciosa, ya que no es típicamente relevante que el menor esté en situación de riesgo.

Esa es la postura mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia. Desde el viejo plenario Aloise, que citó el Dr. O'Connor hasta la fecha no ha cambiado, tan es asi que la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Sala II en el caso G.F.G /infr. Ley 13944 en sentencia del 22 de octubre de 2015 lo vuelve a citar.(MJ-JU-M-95513-ARfMJJ9513).

Y "la circunstancia que la madre, por si o con la ayuda de familiares, haya proveído a la asistencia de los menores no exime de responsabilidad al padre, porque el deber en cabeza del padre no se soslaya por la voluntad de una tercera parte, cuando se puede cumplir." (C. Nac.Crim y Corr. sala Iª.14/02/2002. Ventura, Gustavo H.) Romero Villanueva, Horacio. Código Penal Comentado. Ed. Abeledo Perrot.

Es la postura de nuestro Superior Tribunal de Justicia, plasmada en el caso "S., L. S. s/incumplimiento de los deberes de asistencia familiar" (Expte. N° 21844-F- 163- Letra S-Año 2009), donde el Dr. Jorge Pfleger en el primer voto, dijo: "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. que exista un poder de hecho –capacidad para cumplir con la acción mandada".

En el caso que nos ocupa, está probado el vínculo, el conocimiento de la obligación y la omisión.

La jurisprudencia que cita la Defensa, un fallo de Casación de la Provincia de Buenos Aires Sala Primera, caso M,M.F s/ recurso de casación, con los votos de los Jueces Piombo y Sal Llargués, citan a Donna, cuestionan que sea un delito de peligro abstracto y exigen un peligro concreto.

Entiendo que aunque se tome esta postura restrictiva, también está probada la necesidad de la ayuda paterna, la Sra. T. dijo que tanto ella como su marido trabajan, pero tienen cuatro hijos menores que asistir y sus ingresos son minimos para cubrir la canasta familiar, que han tenido que recurrir a la ayuda estatal y de los abuelos. Es evidente la necesidad del reclamo, ya que los trámites civiles para reclamar por alimentos se los hizo la Defensa Pública y en materia civil si tiene medios no asume la representación. Las dos familias son humildes.

El tipo exige como elemento objetivo que el autor aporte como mínimo lo necesario para la subsistencia; pero no que el sujeto pasivo se encuentre en la indigencia total o que esté en peligro su salud o su vida.

Por último, cuestiona que no está probado el dolo, que su defendido no cumple porque no puede.

El Juez O'Connor sostuvo que P. no contribuyó al sostenimiento de su hijo porque no quiso hacerlo, pudiendo realizarlo, al menos parcialmente. Llega a esa conclusión porque no hizo ni siquiera aportes parciales en época estival, cuando dijeron las testigos que trabaja más, de esa manera hubiera demostrado que lo hacía en la medida de sus posibilidades. Se comprometió a abonar una cuota de $500 en

el año 2012 y en lo sucesivo no probó ninguna situación extraordinaria que cambie su realidad económica. Le dijo a V. T., que no le daba comida porque la iba a compartir con sus otras hijas y ofrece llevárselo a vivir con él y su nueva familia, cuando dice que no puede mantenerlo.

Considero que efectivamente si se hubiera presentado en el Juzgado de Familia dando aviso de los inconvenientes suscitados, hubiera hecho pagos parciales en la medida de sus posibilidades, desaparecería el dolo.

En este caso el derecho penal es la última ratio, se necesita una sanción penal porque se han agotado todas las alternativas no penales para lograr la solución del conflicto.

Y por lo expuesto considero que la sentencia debe confirmarse en todas sus partes y así lo voto.

El juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1. - Breve será mi sufragio habida cuenta la exhaustividad de los que me preceden traídos al acuerdo de manos de mis eminentes colegas.

Excesivo sería que transcriba nuevamente los polegómenos del caso que nos convoca, pero sí, sintéticamente, repasaré los puntos centrales del agravio de la Sra. Defensora.

Ha dicho la abogada B. que *"la sentencia debe ser revocada a partir de que en el proceso: se arriban a conclusiones arbitrarias que no resultan ser el resultado del lógico curso del razonamiento, con cuanto considera probados hechos que no han sido acreditados de ninguna forma, carece de motivación suficiente"* (reverso de la hoja 1 del recurso).

Luego, en concreto, se agravia de la circunstancia que el Juez de la sentencia tuvo por acreditado que el imputado posee un vehículo de su propiedad, lo que en verdad, no se encuentra probado.

Refiere que se ha malinterpretado su alegato respecto a las actuaciones en el fuero de familia, dejando constancia que sólo quiso recalcar en su alegato que *"evidentemente O. no tenía dimensión de la obligación que asumía*".

Destaca asimismo, como un *"aspecto donde se produce una de las mayores discrepancias con el Juez interviniente"*, y es en relación al alcance de la expresión del tipo legal *"medios indispensables para la subsistencia"*. Contra lo manifestado por el magistrado, la letrada entiende *"que se*

debe probar la existencia de la necesidad efectivamente indispensable".

Por último, se agravia en el sentido que no ha sido acreditado el dolo en la conducta de su pupilo procesal.

2.- Puesto a resolver, debo principiar destacando que la recurrente se ha limitado a reproducir en esta instancia, en lo central, los ejes por donde transitó su defensa en el juicio.

No es que no pueda hacerlo; todo lo contrario. Empero, al leer cómo se han resuelto dichos planteos en la sentencia atacada se puede comprobar que el *a quo* ha desterrado los mismos en forma sólida, lógica y aferrado a las probanzas que ante él fueron producidas, por lo que la tarea de confirmar dicha pieza se hace mas sencilla.

En efecto, respecto a los puntos neurálgicos de la teoria del caso de la Defensa, ha explicado el Juez O'Connor en forma suficiente las razones por las cuales no adhiere a la postura defensista.

Concretamente, en punto al cuestionamiento respecto que al niño victima le hayan faltado efectivamente los medios para su subsistencia, ha dicho el juez de grado que "*tratándose... de un delito de pura omisión y de peligro abstracto, la exigencia planteada por la defensa deviene insustanciosa, ya que lo que debe valorarse es la sustracción de prestar los medios indispensables para la subsistencia*, *sin que sea relevante típicamente que el menor esté en situación de riesgo...".*

Y lleva razón el magistrado. Con cita del plenario "Aloise", de lectura obligatoria para el caso que nos ocupa a pesar de su antigüedad, da por cierta la teoria del caso de la Fiscalía, y da por acreditado el elemento objetivo del tipo cuestionado.

Es que en efecto, en la misma Exposición de Motivos de la ley se ha definido a los *medios indispensables para la subsistencia* como "el conjunto de los elementos vitales indispensables para subsistir materialmente", siendo la doctrina pacifica en entender por "medios indispensables para la subsistencia" a todas aquellas cosas materiales que resulten en verdad necesarias para que el sujeto pasivo mantenga su existencia fisica, y pueda desarrollarla con criterios de normalidad, no requiriéndose en el dispositivo legal que el sujeto pasivo se encuentre en efectiva miseria, prescindiendo de considerar la condiciones de vida o

sociales del alimentado, puesto que el tipo, reitero, solo pena *la* sustracción dolosa de aquella obligación.

4. - En lo que hace al segundo eje del alegato de la defensa, la ausencia de dolo en el imputado, ha considerado el a *quo* que lo encuentra acreditado a través de una serie de indicios.

Si bien puede descartarse como vinculante a esos fines el hecho que O. tenga o no un automotor de su propiedad, y la validez de tomar como prueba de cargo la supuesta carga que tendría de enajenarlo para cumplir su obligación, lo cierto es que las otras premisastenidas en cuenta por el magistrado sí pueden válidamente hacer presumir la voluntad realizadora del tipo objetivo.

Así, resulta acreditado -por la propia esposa del imputado- que en tiempos de verano los ingresos de O. aumentaban considerablemente, por lo que algún pago parcial, aunque insuficiente, hubiera permitido acreditar, al contrario, su voluntad de asumir su obligación legal.

También es válido presumir, con el Juez Penal, que la obligación de abonar 50 pesos mensuales ha sido voluntariamente aceptada, más allá de los cuestionamientos acerca de la no comprensión del alcance del mandato -que debió acreditar la defensa-, lo que, si bien no es una verdad apodíctica, al menos, sumado con otros indicios, permite presumir su falta de voluntad de cumplir.

Y a la sazón, también son indicios unívocos que se glosan a los referidos, los hechos traídos al debate por V. T. y por su actual esposa. La una, cuando afirmó, bajo juramento de ley, que el motivo de su sustracción a la manda de alimentar a su hijo radicaba en su recelo que ese dinero se comparta con sus otros hijos; la otra, al decir que el matrimonio había ofrecido que el niño fuera a vivir con ellos y así poder mantenerlo, de todo lo que se concluye, acertadamente, que existía la posibilidad de cumplir, mas voluntariamente se sustrajo durante un plazo más que dilatado.

5. - Por todo ello, en la inteligencia que la sentencia del Juez O'Connor cumple con los requisitos de logicidad, adecuada fundamentación y razonada explicación de los extremos de la teoría del caso fiscal que acepta como válida, mas la explicación plausible de los que nq ha considerado
atendibles de la defensa, es que voto por la confirmación

integra del fallo atacado debiendo rechazarse {salvo en lo que se ha dicho antes respecto a la propiedad del vehiculo del incuso) de plano el recurso impetrado por la Defensa.

6.- En punto a las costas y honorarios, adhiero a los votos de las colegas que me preceden en el acuerdo.

Por todo lo expuesto, la Excma. Cámara en lo Penal de la Ciudad de Esguel,

---------- **FALLA:** ----------

1. - Confirmar en todos sus términos la sentencia dictada por el Dr. Martin 0'Connor el 12 de abril de 2016 registrada bajo el Nro. 561-2016, mediante la cual se condena a L. O., nacido el 20 de enero de 1980 en EL Maitén, provincia del Chubut, hijo de J. P. y de C. R., titular del DNI NrO. XX.XXX.XXX con domicilio en Barrio A., Lote Nro. X Epuyen a la pena de un mes de prisión, de ejecución condicional por ser autor penalmente responsable del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. I° de la ley 139.44, 26 y 45 del Código Penal) por el hecho ocurrido en Cholila entre el mes de noviembre de 2012 y 25 de septiembre de 2014, en perjuicio de su hijo menor R. W. O. T., con costas.

2. - Regular los honorarios profesionales de la Dra. P. B., Abogada Adjunta de la Defensa Pública, en un treinta por ciento de los regulados en el punto 3 de la Sentencia de Primera Instancia. (Arts. 5, 6bis, 7, 49, 50
y
cc de la Ley XIII Nro. 4)

3. - Se deja constancia que el Dr. Alejandro De Franco ha remitido su voto por'correo electrónico con firma digital sin perjuicio de su firma material oportuna.

4. Notifiquese en .audiencia con entrega de copias a las partes. En caso de inasistencia a la audiencia, deberá notificarse a los Ministerios Públicos via correo electrónico y al imputado a su domicilio real en forma personal.

5.- Registrese.

6.- Vuelva a la OFIJU a sus efectos

Fdo.: Carina P. ESTEFANÍA. Nelly GARCIA. Alejandro DEFRANCO
REGISTRADO BAJO EL N° 1079 AÑO 2016.-