

AUTO NÚMERO: CUATROCIENTOS VEINTICUATRO.

Córdoba, cinco de septiembre de dos mil diecinueve.

VISTOS: Estos autos caratulados “**C., L. G. p.s.a infracción ley 13994**” (Expte. “C”-50/18, SACM N° XXXXXXXX), elevados por el Juzgado de Control n° 5 de esta ciudad de Córdoba con motivo del recurso de apelación interpuesto a fs. 101 de autos por el Asesor Letrado Penal de 16° Turno, en su carácter de defensor del imputado L. G. C., en contra del Auto n° 205 de fecha 01/08/2018, obrante a fs. 89/99 vta., en cuanto resuelve: D)- No hacer lugar a la oposición planteada por el Asesor Letrado Penal, Dr. L. A. Q. y confirmar el decreto de citación a juicio (...).”.

DE LOS QUE RESULTA: Que los vocales de esta Cámara de Acusación, reunidos con el objeto de dictar resolución en estos autos, disponen que emitirán sus votos en el siguiente orden: 1°) Patricia Alejandra Farías; 2°) Maximiliano Octavio Davies; 3) Carlos Alberto Salazar.

Y CONSIDERANDO: A) Que, conforme al orden que antecede, la vocal **Patricia Alejandra Farías** dijo: D) Con fecha 03/08/2017 el Sr. Fiscal de Instrucción del Distrito Judicial Dos Turno 6° dictó requerimiento de elevación a juicio (fs. 69/77 vta.) en contra del encartado L. G. C., por considerarlo supuesto autor responsable del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar continuado (Art. 1° Ley 13.944 del Código Penal); en perjuicio de su hija menor de edad. A dicho requerimiento se opuso la defensa del imputado, solicitando el sobreseimiento de su defendido atento a que la conducta desplegada por este -consistente en un cumplimiento irregular de las obligaciones alimentarias para con su hija menor de edad- no encuadra dentro de las previsiones de la norma por la cual se lo imputa, en tanto se encuentra ausente el elemento subjetivo requerido para la configuración del tipo penal -sustracción dolosa del deber de asistencia-; respondiendo únicamente su accionar a la precariedad laboral y a la imposibilidad económica de afrontar adecuadamente tal obligación (ver fs. 80/83).

II) En respuesta a tal oposición, el *a quo* dictó el referido auto n° 205, a través del cual resolvió rechazar la solicitud deducida y elevar la causa a juicio, exponiendo los fundamentos que motivaron su decisión.

El juez de control, en el decisorio apelado, comenzó recordando que para la configuración del tipo penal que se atribuye al imputado se requiere una omisión dolosa del deber alimentario, a través de la cual el progenitor que, estando en condiciones económicas de satisfacer las necesidades de su hijo, se sustrae al cumplimiento de dicha obligación. A continuación -partiendo de la denuncia efectuada por la madre de la menor- revisó la prueba colectada, concluyendo de su análisis que, durante los meses en los que se configuró el incumplimiento, se evidenció una ausencia de voluntad por parte del incoado para cumplir con la obligación alimentaria habiendo contado con los medios económicos para hacerle frente. A partir de tales elementos consideró comprobada una actitud indiferente constitutiva de la omisión dolosa requerida en la figura imputada, por lo que resolvió confirmar la acusación fiscal, y disponer la elevación de la presente causa a juicio. (fs. 89/99 vta.).

III) A fs. 101 de autos compareció ante el *a quo* el Asesor Letrado de 16° Turno, en su carácter de defensor del imputado L. G. C., e interpuso recurso de apelación en contra del auto arriba mencionado, manifestando que resulta agravante la resolución controvertida en tanto entiende que los elementos valorados por el magistrado permiten concluir que la conducta atribuida a su defendido no encuadra en el tipo penal por el cual se lo imputa, solicitando por ello el sobreseimiento total en la presente causa.

IV) Concedido el recurso (fs.102), radicados los autos ante este tribunal (fs. 104), y habiéndose impreso el debido trámite de ley mediante el decreto de fs. 105, se recibió el informe previsto en el art. 465 CPP (fs.107/109).

En dicho escrito, el defensor manifestó que su pretensión recursiva consiste en solicitar la revocación del auto atacado, disponiéndose el sobreseimiento de su defendido. En prieta síntesis, manifestó encontrarse agraviado por la resolución recurrida porque ella confirma la acusación fiscal

con base en una errónea valoración de los elementos de prueba obrantes en autos y en una equívoca interpretación de las normas que regulan el delito atribuido. Respecto al primer punto de agravio, expresó que el magistrado de control valoró la declaración del comisionado B. -quien constató la actividad que el imputado realiza en su taller mecánico- concluyendo de ella, erróneamente, la solvencia económica de su defendido y la consecuente falta de voluntad de cumplir con su deber de asistencia. Explicó que, por el contrario, de la declaración mencionada surge de manera evidente lo irregular de los ingresos del incoado, quien no cuenta con una clientela fija en el taller que ha montado en un predio prestado, y que realiza “changas” extras para lograr subsistir. En relación con el segundo punto de agravio mencionado, manifestó que resulta equivocada la subsunción de la conducta desplegada por C. dentro de las prescripciones de la norma imputada, toda vez que, no existiendo dolo en su accionar, nunca ha concurrido el elemento subjetivo necesario para completar el tipo penal. Advirtió que los incumplimientos denunciados han carecido de una intención omisiva, siendo consecuencia de impedimentos materiales que, de forma ajena a su voluntad, han obstado la satisfacción del deber que sobre él recae. Más aún, destacó que, según ha manifestado la propia denunciante, incluso frente a las limitaciones económicas que atraviesa, hizo entregas parciales durante diversos períodos, lo que demuestra su esfuerzo por mejorar su situación financiera y su voluntad de cumplimiento con las obligaciones asistenciales. Concluyó solicitando el sobreseimiento de su defendido en aplicación del art. 350 inc. 2 del CPP (atipicidad), en virtud de no haberse verificado el dolo -elemento subjetivo del tipo- en su conducta (omisión dolosa).

V) Ingresando de lleno al tratamiento de la apelación interpuesta, corresponde abordar el cuestionamiento defensivo, el cual queda circunscripto a analizar si a partir de la prueba receptada en autos puede afirmarse, con el grado de probabilidad requerido en esta etapa procesal, que el incoado posee capacidad económica suficiente para afrontar sus deberes alimentarios, y que ha evitado cumplir con ellos de manera dolosa, justificando así la subsunción de su conducta

en el tipo penal que se le imputa.

VI) Tras un detallado análisis de las cuestiones traídas a estudio puedo concluir que el recurso intentado debe ser rechazado.

En efecto, el apelante no brinda ningún argumento que demuestre el error de la valoración efectuada por el *a-quo*, sino que se limita a realizar una serie de manifestaciones que indican su propio punto de vista al respecto, pero que de ninguna manera ponen en crisis la argumentación del inferior, la cual, por lo demás, resulta correcta, pues constituye una derivación razonable tanto de las constancias de autos como del derecho aplicable, razón por la cual la comparto en su integridad y me remito a ella en homenaje a la brevedad.

Se observa, además, que el impugnante se ha limitado mayormente a reproducir por ante esta alzada los fundamentos que oportunamente expresara en su oposición a la resolución del ministerio público (conf. su escrito a fs. 80/83 de autos). Pues bien, dichos fundamentos ya han sido considerados por el juez de control -como queda claro en la resolución impugnada, en la que se hace referencia a los agravios del apelante- y han recibido por lo tanto una respuesta concreta por parte de la jurisdicción, que aquí, por lo demás y como ya se dijo, se considera acertada.

Es verdad que, con el argumento de que un tribunal superior en jerarquía puede valorar de distinta manera el mismo razonamiento expresado por el impugnante ante un inferior, bien puede fundarse válidamente la pretensión de que nada impide que se solicite en esta sede la revisión de una resolución anterior en función de argumentos impugnaticios ya utilizados. De allí que de ninguna manera debe entenderse que este tribunal pretende instituir a la novedad del argumento como una suerte de requisito formal de admisibilidad de un recurso de apelación. Simplemente se aduce que, en lo que respecta al acogimiento sustancial de un recurso ante esta sede, la experiencia indica que, en los hechos, si el apelante no ofrece nuevos argumentos, sólo en casos excepcionales resultará factible disentir desde esta alzada con lo ya resuelto al respecto por tribunales

que, como sucede con los juzgados de control, han tenido oportunidad de revisar minuciosamente toda la prueba colectada en autos.

Es por eso que, salvo supuestos de error en la valoración del inferior -lo cual no sucede en el caso *sub examine*-, la ausencia de argumentos sustancialmente nuevos en el recurso de apelación conduce, por regla, a su rechazo en esta sede, que es lo que de hecho corresponde que suceda en este caso. En tal sentido, no basta que el recurrente simplemente exprese, formalmente, que sus argumentos son nuevos, sino que dicha novedad debe poder inferirse objetivamente y en términos sustanciales del contraste entre las impugnaciones interpuestas, y ello es precisamente lo que no es posible concluir aquí. Pero fuera de ello, y como ya se adelantara, lo decisivo es que, más allá de ser sustancialmente nuevo, el argumento del recurso debe tener la eficacia señalada para lograr demostrar la equivocación del *a-quo*, y no es ello lo que ocurre en el presente caso.

Cabe realizar algunas consideraciones relevantes en cuanto al tipo penal en cuestión: a) **Falta de pago**: en el período comprendido entre abril de 2016 a febrero de 2017 no aparece efectivizada la cuota alimentaria oportunamente fijada en sede de Familia, no obstante ello tampoco observo un aporte que satisfaga las necesidades mínimas indispensable de la menor M. en tal período.

Tal distingo deviene necesario pues el deber alimentario emergente de las leyes penal y civil es independiente y autónomo. La extensión de la prestación exigida varía en una y otra, porque en la ley civil se tiene en cuenta también la atención de necesidades no indispensables a diferencia de la ley penal que sólo se limita a las mínimas indispensables. “La obligación surgida de la ley penal, sólo exige la prestación de aquellos ‘medios indispensables para la subsistencia’” (...) definido en la Exposición de Motivos de la ley, como “el conjunto de elementos vitales indispensables para subsistir materialmente”.

El C.C y Com. por su parte establece que “La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por

enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado.”-(Art. 659)- Por eso es que el incumplimiento de lo dispuesto en sede civil o lo que en dicha esfera sería una prestación parcial, no implica necesariamente el incumplimiento tipificado en la ley 13.944.

Consecuentemente quien aporte lo mínimo indispensable para la subsistencia de sus hijos menores (o discapacitados) no quedará inmerso dentro de la esfera penal aunque civilmente se le pueda reclamar la totalidad de lo fijado. Basta recordar que la ley citada específicamente refiere en su primer artículo –al que solo tomaremos aquí en razón del objeto de examen-, que cometerán este delito los padres que “aun sin mediar sentencia civil”, se sustrajeren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de 18 años, o más si estuviere impedido. Por lo tanto, el acuerdo de cuota alimentaria puede o no estar, no siendo condición necesaria para la comisión del delito en cuestión.

Ya Luis A. Caimmi y Guillermo P. Desimoni decían: “no se requiere para la incriminación de este delito la existencia de una sentencia civil previa, ejecutoriada o firme que imponga la obligación alimentaria. Se establece por lo tanto, en el plano legal, una independencia entre la obligación alimentaria civil y el deber impuesto por la norma penal. En consecuencia, no es cuestión prejudicial que se haya dictado en sede civil una resolución que impone una cuota alimentaria provisoria en favor del sujeto pasivo o una sentencia que reconozca su derecho a alimentos que homologue un convenio celebrado entre las partes. El particular damnificado por el delito –o su representante legal- puede querellar o formular la correspondiente denuncia, según el caso, aunque no hubiese efectuado reclamo judicial o extrajudicial previo alguno. Lo expuesto es altamente positivo, ya que de sujetarse el ejercicio de la acción civil, o de establecerse como cuestión prejudicial la existencia de una sentencia dictada en sede civil que reconozca la obligación alimentaria, se desnaturalizaría el carácter

de ‘peligro abstracto’ que, (...), ostenta el delito...” (“Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta”, Lema Editora SRL, marzo 1992, p. 72-73).

El extenso período enrostrado impide considerar este caso particular como un hecho aislado de incumplimiento, en efecto durante diez meses C. se habría desentendido de su obligación y si bien la colaboración que se exige al progenitor no conviviente para con su hijo debe ser –en principio- en dinero, cualquier otra que se realizara cubriendo tempestivamente las necesidades de los rubros mencionados, sería tomada en cuenta a los fines de analizar la tipicidad o no de la conducta endilgada.

Debería ser en dinero porque así se ha fijado en sede de familia, y cumpliendo de ese modo quedaría al margen de reclamo civil y penal. En cambio, si la entrega en especie hubiera cubierto todos los rubros, lo hubiese dejado–en tal hipótesis- al margen del delito, pero no habría cumplido civilmente lo que igualmente habilitaría el reclamo por esa vía.

Pero este no es el caso, puesto que C. no solo no habría entregado el dinero fijado como cuota alimentaria en sede de familia –**para lo cual solo es competente dicho tribunal** (para exigir su cumplimiento)- sino que y en lo que interesa aquí, tampoco habría entregado una cantidad acorde a sus posibilidades económicas, ni contribuido de otra manera a satisfacer las necesidades básicas para la subsistencia de su hija menor, solo se cuenta con su versión dada en el relevamiento, de que compraba ropa, de la que no obra constancia alguna que lo respalde. De todas maneras, en el hipotético caso que así hubiere sido, ese no es el único rubro a cubrir entre las necesidades indispensables que deben ser satisfechas respecto de la menor. Basta recordar que la vivienda donde vive la denunciante junto a su hija es proporcionada por sus tíos –es decir, por terceros no obligados-. Entonces, si C. ocasionalmente le compró alguna prenda de vestir a su hija no resulta dirimente pues es notorio que no hay una seria intención de cumplir de un modo integral. No debe soslayarse que las necesidades materiales de vivienda, alimentos, educación y vestimenta que tiene un menor deben ser

cubiertas diariamente y en caso de enfermedad los que derivan de la asistencia que requiera.

Adviértase que “Doctrina y jurisprudencia coinciden en que la prestación alimentaria, debe ser cumplida por el alimentante en forma ‘regular y suficiente’. El requisito de ‘regularidad’ implica la necesidad de constancia y ausencia de solución de continuidad en los cumplimientos alimentarios; ingresando a las previsiones de la norma aquellas prestaciones aisladas y esporádicas que implican desatender la naturaleza de permanente de las necesidades vitales. Quedan también comprendidas dentro del ilícito, aquellas ‘prestaciones extemporáneas o pagos tardíos’, toda vez que siendo la obligación alimentaria de auxilio económico, éste debe estar en poder del necesitado en el momento preciso. La prestación efectuada de esta manera, no va a borrar la ilicitud de la anterior conducta omisiva. Por ej. Si después de varios meses de un incumplimiento injustificado abona todo. El pago tardío o extemporáneo debe distinguirse de aquellos ‘meros retrasos’, penalmente atípicos, que a diferencia del anterior no dejan privado al alimentante por un largo tiempo de la cobertura esencial para su desarrollo vital. En cuanto al requisito de ‘suficiencia’, resultan asimismo configurativas del delito, tanto las prestaciones alimentarias ‘insuficientes’ como las ‘parciales’, es decir las que no permiten afrontar todo aquello necesario para el desarrollo de la vida, ya sea por no cubrir los rubros del concepto de alimento, o por ser cumplidas sólo respecto a alguno de los deudores alimentarios.” (José Alberto Romero, “Delitos contra la familia”, Editorial Mediterránea, junio 2001, p. 24/25, el resaltado me pertenece). “La obligación asistencial no queda satisfecha con cumplimientos parciales de cuotas alimentarias cuando ellos son insuficientes para asegurar los medios indispensables para la subsistencia del sujeto pasivo del delito.” (TSJ, S. n° 291 del 12/11/2012). Cabe agregar también que, “...si el obligado no brinda los elementos necesarios para la subsistencia –alimentos, vestimenta, etc.- pudiendo hacerlo, y por el contrario le aporta al sujeto pasivo bienes materiales costosos – viajes, alhajas, etc.-, estas últimas prestaciones serán consideradas como

liberalidades que no satisfacen las necesidades aludidas, y que por lo tanto no configuran la conducta debida.” (Carlos A. Mahiques, Leyes Penales Especiales, Fabián Di Plácido Editor, Tomo 1, marzo del 2004, p. 426) “La prestación por parte del obligado de todo aquello que exceda ‘ese marco de lo indispensable’, fijado por la ley penal, no podrá ser considerado un verdadero cumplimiento alimentario; pues admitir que se cumple con la obligación comprando a los hijos lo que se quiere y cuando se quiere, implicaría desnaturalizar completamente el verdadero objetivo del deber de protección impuesto por la ley penal” (José Alberto Romero, obra ya citada p. 21). “Incluso, la jurisprudencia ha dicho que es responsable por el delito que se trata, quien no depositó en el banco las cuotas establecidas, sino que satisfizo ciertas necesidades de sus hijas y les dio dinero directamente, pues aquél está obligado a entregarle el dinero al progenitor que detenta la tenencia para que lo administre de acuerdo a las necesidades más urgentes de los menores.” (Mahiques, obra ya citada, p. 426)”-TSJ de Cba. D.R.D. a. n° 323 del 09/10/2000-.

Es por ello que con la prueba recaba a esta altura, se encuentra acreditado el elemento objetivo es decir la falta de aportes de C. en el período de tiempo establecido en la plataforma fáctica, pues aún en el supuesto que con posterioridad hubiere cumplido con lo que la ley penal exige, el cumplimiento posterior, no borra la ilicitud y no lo convierte en un hecho aislado, como ya señalé, pues se configuró un verdadero estado de incumplimiento.

b) Otro ítem a analizar a los fines de determinar si se configura el delito es **la capacidad económica del obligado**. Doctrina que comparto expresa que “El deber alimentario tiene su fuente en una obligación legal- sea civil o penal- obligación, que para quien carece de bienes de fortuna, implica el deber irrenunciable de procurarse con su propio esfuerzo personal el poder económico para satisfacer la obligación alimentaria, siempre claro está que su capacidad física y psíquica se lo permita. Entender de otra manera, sería desvirtuar el sentido de la ley y hacer ilusoria la protección que esta dispensa a los sujetos protegidos.” (Carlos J. Lascano –Ley 13.944 y El Estado Actual de la

Jurisprudencia – El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar-, Lerner, 1964, p. 42). “Frente a una realidad social y económica insoslayable en nuestro país y gran parte del mundo, el aspecto referido a la falta de trabajo, amerita que cada situación sea analizada en cada caso concreto, atendiendo no sólo a dicha realidad imperante, sino también a las condiciones del sujeto activo. Así, circunstancias tales como la edad adulta, la falta de formación calificada en profesión u oficio, la existencia de defectos o enfermedades físicas o mentales, el deterioro propio de la edad, la falta de antecedentes laborales, etcétera, son situaciones que actualmente restan posibilidades de acceso al mercado laboral.” (Romero, obra ya citada, p. 47).

Como bien expresa el autor “restar” posibilidades no implica imposibilidad en sí misma de trabajar lo que demanda de la judicatura un análisis concienzudo en el caso concreto. Así este caso particular, el imputado al momento de la declaración contaba con treinta y dos años de edad, mecánico, no alegó ninguna enfermedad, es decir, se trata de un hombre joven, con un oficio, que puede trabajar. Y, aun cuando C. puede haber tenido una limitada capacidad económica, que no es lo mismo que carecer de ella, podía colaborar. En ese sentido, la jurisprudencia ha dicho “Sin perjuicio de la condición de desempleado del procesado, habría realizado trabajos por su cuenta a raíz de los cuales percibía una suma de dinero, circunstancia que permite inferir que al menos poseyó una limitada capacidad económica para cumplir su posición de garante. Por ello, corresponde confirmar el procesamiento del imputado en orden al delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.” (C.N.Crim. y Correc. Sala VII, Cicciaro, Piombo (Sec.: Sánchez). c. 29022_7PALELLA HERRERA, Walter M., rta. 6/04/06; <https://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00023/00021522.Pdf>).

“Así, si bien es cierto que no se sustrae a la obligación asistencial quien, por cusa ajena a su voluntad, no se encuentra en condiciones económicas de cumplir, sí incurre en tal omisión quien por despreocupación, holgazanería, vicio o disipación se ha puesto en ese estado. En estos casos, la omisión no se debe a

causas ajenas a su voluntad". (TSJ, S. n° 291 del 12/11/2012, "Bussolino") "La incapacidad económica debe ser: auténtica, total, insuperable, no provocada, y estar acompañada por la permanente exteriorización de la voluntad de cumplir" (TSJ, "Abatte Daga", a. n° 411, 18/12/2003). El ejercicio del derecho de no trabajar se torna abusivo y por ello ilegítimo, si la falta de poder económico es el resultado de ese ejercicio, porque en estos supuestos prevalece el deber de asistencia que, al respecto, el obligado, no es ajeno. (Laje Anaya, Delitos contra la familia, Advocatus 1997, p. 196). "El trabajo como medio para satisfacer la obligación asistencial es una obligación y no una simple facultad" (TSJ, "Abatte Daga", a. n° 411, 18/12/2003).

En base a lo detallado no surge que C. haya padecido dentro del lapso reprochado dificultades laborales y económicas que le hubieran impedido contribuir con lo mínimo indispensable para la subsistencia de su hija. Resulta atinado citar que "la pretendida excusa de carecer de trabajo o hallarse en dificultades económicas no obsta a la configuración del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar ni a su responsabilidad, pues salvo que el acusado se encontrara dentro de los límites del artículo 34 del Código Penal, por magros que sean sus ingresos, debe subvenir proporcionalmente las necesidades de sus hijos, tal como si conviviera con ellos" (CCC Pergamino, autos "E.P./incumplimiento de asistencia familiar", rta. El 31/5/1994, del voto del DR. Gesteira, obra ya citada Mahiques, p. 450).

Debe tenerse en cuenta también que la ley no impone una obligación de cumplimiento imposible, sino que la exigencia de proporcionar lo mínimo indispensable para la subsistencia se encuentra subordinada a la capacidad económica del obligado. En este caso es dable concluir que así como fue posible para la madre de la menor proporcionarle a ésta lo mínimo indispensable para la subsistencia también lo fue para el padre, pues como se verá éste se encontraba en mejor situación económica que la denunciante.

Por supuesto que no se desconoce la crisis económica que atraviesa nuestro país, por lo que en tal contexto el trabajo formal merma, y la

precarización laboral aumenta, cuestión ésta que afecta a todos los habitantes, hombres y mujeres por igual. Pero, pretender el imputado justificar su desentendimiento de obligaciones alimentarias hacia su hija, por no contar con una clientela fija en su taller y vivir con sus tíos, no resulta de recibo pues implicaría imponer la obligación de prestar los medios indispensables de la hija en común y que pesa sobre ambos progenitores, sobre la cabeza de solo uno de ellos, la denunciante.

A más de ello está comprobado que C. tenía un taller mecánico en el que trabajaba de manera independiente (lo dice la denunciante, el testigo P., el policía comisionado y también pueden verse fotografías en Facebook). No obstante, aún en el supuesto caso que no haya tenido una clientela permanente, se advierte que sus ingresos no provenían sólo de dicha actividad. Al respecto, P. declaró “que además es de oficio músico, anima fiestas, tiene equipos de sonido para alquilar para eventos” sumado a que la denunciante dijo que “sabe que C. es músico, que tiene una banda de Chamame con su padre y hermano, y cobran cada vez que se presentan en algún lado, que desconoce el nombre de la banda, cree que B. C. o algo así. Que además de esto él se dedica a poner música en eventos, también hace sonido a una banda de cuarteto que cree que se llama B. M.”. A su vez, tales manifestaciones resultan coincidentes con las exposiciones que hizo públicas el imputado en su perfil de la red social de Facebook. Por ejemplo, se lee “Queridos amigos quería dejarle Una invitación Para el baile el 14 de enero estará A. F. y B. del C....” (fs. 66). Y, previamente, en fs. 65 vta. se lee “vendo para entendidos” seguida de dos fotos, que al parecer son parlantes. Por lo tanto, es evidente que C. tenía ingresos provenientes de distintas actividades, incluida la de mecánico, que le permitían colaborar a la subsistencia de su hija, más aún cuando vive en la casa de sus tíos quienes, según la defensa, le proveen la comida cuando él percibía estimativamente \$ 7.000 al mes –según manifestó al momento de su declaración (16/05/2017 fs. 52).

Según INEDEP el Salario Mínimo Vital y Móvil (en adelante SMVM) era de \$ 8.060 a la época de su declaración (mayo de 2017) y la Canasta Básica

Alimentaria \$ 5.677,45 referida a un hogar compuesto por un varón de 35 años, una mujer de 31, una niña de 8 y un niño de 6. En este caso los ingresos de C. eran solo para su uso exclusivo, es más y como dato ilustrativo en el Juzgado de Familia se le fijó como cuota alimentaria el 41 % del SMVM lo que equivalía a esa fecha (26/04/2016) a la suma de \$ 2.484,6, la que el encartado no abonó.

Por otra parte, quiero aclarar que debido a los especiales conocimientos como mecánico que el imputado tiene, también podría haber trabajado en otro taller como empleado si es que el propio no le generaba las ganancias suficientes para su manutención y la de su hija. Al respecto esta Cámara –con distinta parcial integración- dijo que “los progenitores no deben ahorrar ningún tipo de energía –por cualquier medio lícito- para poder llevar a sus hijos lo necesario para su subsistencia, que en orden a la especie humana se conforma, como mínimo, de alimentos, vivienda, salud y abrigo –porque sin ellas, precisamente, no es posible que un niño subsista-.” (“Sarobe”, a. n° 38 del 03/04/2007).

Resulta de interés señalar que la denunciante a la fecha del informe 21/12/2016 trabajaba como empleada doméstica cinco horas por día de lunes a viernes, con un sueldo de \$3.900 al mes y cobrando una asignación universal por su hija de \$700 al mes, recibiendo la ayuda de sus tíos quienes colaboran dándole un lugar donde vivir, dado que la denunciante junto a su hija ocupan el living de la casa que usan como su habitación (fs. 22). Cuestión también descripta por el testigo P. “Que el dicente algunas veces le ha regalado calzado a la nena, que le cuesta mucho a S. hacerse cargo de todos los gastos de la niña, con su trabajo como empleada doméstica, ahora se tuvo que ir a vivir a la casa de una tía porque no podía pagar alquiler, no tiene donde ir con su hija.” (fs. 17)

Por ello, más allá de que la colaboración de C. es una obligación como progenitor de M.L.C., sin dudas es necesaria a los fines de la manutención de la niña atento la difícil situación económica de la denunciante. Es decir la precariedad laboral se verifica para ambos progenitores de la menor sin que por ello la madre haya desatendido las obligaciones mínimas de subsistencia para la niña. Desde esta perspectiva no se debe consentir un diferente nivel de

responsabilidad de los progenitores, si se contempla las posibilidades laborales del imputado (en función de su edad, capacidad económica, educación) y no se lo hace en igual sintonía con las de la mujer.

Este aparente privilegio para aceptar la situación del padre sin siquiera crítica alguna y en modo desigual con relación a la madre, coloca en un plano de desigualdad al hombre y mujer, lo cual está reñido con el deber de juzgar con perspectiva de género y más aún en este caso en que están llamados por igual a cumplir de modo ineluctable con las obligaciones que la ley tanto civil como penal les imprime como padres y en beneficio de la hija menor de edad, que en su condición de tal requiere del cuidado de ambos progenitores, dada la situación de vulnerabilidad que como sujeto en formación le impide satisfacer por sí misma las necesidades básicas, además de ser una obligación constitucional, “El cuidado y la educación de los hijos es un derecho y una obligación de los padres”, art. 34 C. Pcia de Cba. Todo ello sin dar valor –aunque lo tiene también desde lo económico, art. 660 del C.C. y C.- al tiempo de cuidado que tiene la conviviente con la menor, pues le restan posibilidad laboral y con ello posibilidades de mayores ingresos.

c) Por último corresponde verificar si **el elemento subjetivo del tipo penal** se encuentra presente en este caso. Al respecto se ha dicho que, “el delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar previsto en el art. 1º de la ley 13.944, consta de un aspecto objetivo (omisión propia) y otro subjetivo (dolo). El primero consiste en no dar o no contribuir a prestar total o parcialmente los medios indispensables para la subsistencia, es decir, omitir la obligación alimentaria, la que se encuentra supeditada, por cierto, al poder económico del obligado. El segundo requiere que el autor se sustraiga de realizar la conducta debida, ya sea con intención deliberada –dolo directo- o con conocimiento de los elementos del tipo objetivo y con desprecio al bien jurídico –dolo eventual-. Es decir, para la configuración del delito en su plano subjetivo no se requiere ningún “plus” en el autor, no se exige una intención específicamente dirigida a dejar en situación de riesgo al beneficiario.” (TSJ, “Martínez” S. n° 139 del 22/06/2011).

En doctrina, se dice que “No se requiere un accionar deliberado, preordenado ni malicioso (que lo haya hecho con maldad o perversidad), sino que basta que voluntariamente haya omitido el mandato imperativo de la ley.” (Romero, obra ya citada, p. 28). “Es suficiente, entonces, ‘el simple hecho de olvidarse de hacerlo por insensibilidad, indiferencia o interés en otros asuntos de la vida, para incurrir en dolo” (Caimmi y Desimone, obra ya citada, p. 157).

En el caso particular que se analiza, surge del informe bancario –pues solo es de algunos meses- y de los testimonios recabados que C. no habría colaborado pudiendo hacerlo -conforme su capacidad económica- con lo mínimo indispensable para la subsistencia de su hija M.L. sabiendo de su obligación. Tal conclusión resulta avalada por la partida de nacimiento (copia a fs. 04) y el conocimiento que tenía el imputado de la cuota que se había fijado en sede de familia, habiendo él expresado al momento del relevamiento psico social “que tiene clara conciencia de sus obligaciones y responsabilidades parentales” (fs. 24 vta.).

Abona también el dolo del imputado, el certificado de fs. 68 porque pone de manifiesto la indiferencia del encartado en el proceso civil –cuota alimentaria de su hija-. La primera audiencia fue el 19/04/2016 y no concurrió C. pese haber sido notificado, el 26/04/2016 se fijó una cuota provisoria y en el mes de octubre de 2016 se presentó la denunciante para poner en conocimiento de que C. no cumplió con la cuota alimentaria, por lo que el tribunal de familia lo emplazó mediante cédula para que se presente a fin de que acreditara el cumplimiento y hasta la fecha del certificado, esto es 03/08/2017 no había comparecido. Su indiferencia es evidente, no fue cuando se lo citó, ni antes de fijarse la cuota ni después pese a haber manifestado su postura en cuanto a que se le fijó una cuota elevada.

Observo entonces que la intervención del fuero penal a partir de la denuncia de la progenitora demuestra el difícil camino que ella tuvo que recorrer pues acudió a tribunales de familia en marzo de 2016 (fs. 06), lo hizo en abril para las audiencias y también en octubre (fs. 68) porque C. no cumplía.

Finalmente en noviembre de 2016 hizo la denuncia porque C. no contribuía con lo mínimo indispensable para la subsistencia de la hija en común.

Por todo lo expuesto, habiéndose acreditado el elemento objetivo (omisión absoluta de cumplimiento) por un período prolongado de tiempo, es decir no como un mero retraso, y el elemento subjetivo (con conocimiento de su obligación y con intención de sustraerse, pudiendo haber cumplido) es que corresponde elevar la causa a la etapa siguiente.

d) **Violencia económica**. La nueva visión que se tiene sobre los derechos humanos, a partir de la incorporación en la Constitución Nacional del art. 75 inc. 22, implica una revalorización de las relaciones humanas especialmente las que se dan en el seno de la familia. Con relación a las mujeres y niños se ha incorporado la Convención sobre eliminación de toda forma de discriminación contra las mujeres y la CDN, además de otros corpus protectorios al derecho de la mujer a una vida libre de violencia, lo que proporciona el prisma con que deben ser investigados y juzgados este tipo de delitos, el que debe enmarcarse como violencia económica.

En efecto, jurisprudencialmente se ha dicho al respecto “En esa línea, la ley 26.485 ha sido lo suficientemente ilustrativa y amplia para fijar los modos en los tipos de violencia se pueden manifestar en tanto prevé en su art. 5 (...) inc. 3-, económica y patrimonial -que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo, inc. 4-, simbólica -que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales,

naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad-.” (...) La mayoría de los episodios de violencia, como el que comentamos, son el resultado de una serie de condicionamientos que no se conforman con los estándares jurídicos clásicos sino que, según las directrices sentadas en los apartados anteriores, exigen una tarea más profunda por parte de los órganos judiciales que excede las clásicas categorías de dogmática jurídica, de modo tal que a partir de ella se logre escrudñar si el varón aprovecha su situación de poder de hecho restringiendo total o parcial de los derechos de la mujer de llevar adelante su proyecto de vida, en cualquiera de sus ámbitos o expresiones.” (...) Esta clase de desigualdad ha sido expresamente tomada en consideración en el preámbulo de la CEDAW en tanto que proyecta como ámbito especialmente protegido “el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto” (el resaltado nos pertenece). Tampoco debe perderse de vista que, tal como lo entiende el Comité, “la falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a permanecer en situaciones violentas. La negación de sus responsabilidades familiares por parte de los hombres puede ser una forma de violencia y coerción. Esta violencia compromete la salud de la mujer y entorpece su capacidad de participar en la vida familiar y en la vida pública en condiciones de igualdad” (Recomendación nº 19, cit., pto. 23). (...) Recordemos que la violencia de género no es un modo que se presenta solamente a través de daños o lesiones explícitas, sino que en muchos supuestos se requiere de una aguda sensibilidad para detectar los indicadores de desigualdad que colocan a la mujer en una situación de inferioridad.” (“Lizarralde” TSJ, S. nº 56 de fecha 09/03/2017).

Vale señalar que ya no se discute que el derecho alimentario se encuentra directamente vinculado a los derechos humanos y resulta derivación del derecho

a la vida (CIDH, “Casos de los niños de la calle” (Villa Gran Morales y otros c/Guatemala – 1999)” entendiéndoselo así como un derecho humano en sí mismo.

“...El incumplimiento de la cuota alimentaria, configura también, a más de la violación de un derecho elemental básico de los niños, un claro caso de violencia de género...la definición de violencia contenida en la ley 26.485...optó por una comprensión amplia, que coloca el eje en la víctima de la violencia...en función de la afectación de ciertos derechos...La definición entonces comprende la violencia: a) directa o indirecta, b) que ocurre en el ámbito público o privado y c) perpetrado por particulares o el estado o sus agentes...el reconocimiento de la violencia de género supone la relación desigual de poder entre varones y mujeres, resultado de una construcción socio-cultural...” (Chavez c/Pradena expediente 6696, Chipolletti 28/08/2018). En el mismo fallo el juez cita la resolución del Juzgado de Villa Constitución (Santa Fe) Sentencia 04/12/2017 compartiendo lo dicho por esta en el sentido que: “El incumplimiento alimentario en sus distintas variables (total, parcial, tardío, etc.) constituyen un modo particularmente insidioso de violencia de género en la familia, pues ocasiona un deterioro de la situación socioeconómica de la mujer que repercute negativamente al limitar los recursos destinados a satisfacer las necesidades que deben cubrirse y la priva de los medios imprescindibles para afrontar la vida con dignidad.”.

Por su parte el TSJ (en S. 325 del 21/12/2013 en Querrela presentada Heinzman...) expresó: “La tutela efectiva de la obligación alimentaria, a través del sistema penal, ha sido objeto de específico tratamiento en algunos de los tratados internacionales de Derechos Humanos que se encuentran incorporados al bloque de la constitucionalidad de nuestro país art. 75 inc. 22 –la Convención Americana sobre derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos y la Convención Belem do Para...- de su interpretación resulta claro que la privación de alimentos estando legalmente obligados a prestarlos, como en el caso, constituye una violencia contra la mujer que afecta un derecho humano a

ser respetada en su dignidad como persona. La ley 13.944 de antigua data al penalizar estos incumplimiento guarda congruencia con los derechos tutelados y constituye una amenaza que debe ejecutarse si se pretende rectificar conductas, de lo contrario, el proceso judicial habría resultado inútil.”

Cabe agregar que en la CDN en sus arts. 4 y 27 entre otros establece reglas específicas que deben aplicarse: el interés superior del niño tendrá consideración primordial en todas las decisiones concernientes a los niños y que los padres u otras personas encargadas del niño tienen la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos las condiciones de vida necesaria para el desarrollo del niño.

Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos si bien sienta la prohibición de la prisión por deudas expresa que ese principio “no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de los deberes alimentarios” (art. 7, séptimo). En igual sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la prohibición de prisión por incumplimiento de una obligación contractual (art. 11) el que evidentemente resulta de naturaleza distinta de la obligación alimentaria.

No olvido que el objeto de este proceso fue tramitado en sede civil, el que parece más adecuado para tal reclamo y no solamente por estar regulado específicamente en el código civil y comercial, pero si el principal responsable niega a la hija la satisfacción de un derecho básico como el alimentario y la jurisdicción se encuentra imposibilitada como en el presente caso de efectivizar la tutela judicial requiere que desde el derecho penal con la interpretación actual en la que se tienen en cuenta los derechos de un modo bilateral (acusado y víctima) no quede ajeno en supuestos como este en que tales extremos de la bilateralidad se encuentran los padres e hijos, no puede aceptarse un status protectorio inferior en el supuesto de incumplimiento de derechos de asistencia familiar con los de cualquier víctima de violencia familiar y/o violencia de género donde la mayoría son mujeres y niños garantizando así el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 1.1, 8.1 y 24 de la CDH) y el derecho a reclamar la

protección y reparación ante los tribunales penales en caso de encontrarse lesionada la víctima por un hecho criminal.

Sentado así que el presente es un caso de violencia familiar por violencia económica, corresponde la elevación a juicio de estos actuados. En tal sentido “este tribunal tiene dicho que ‘...no se adecua al sistema de la ley procesal vigente la pretensión de la impugnante, en virtud de la cual prácticamente parece exigir certeza positiva en sentido incriminante para que esta causa pueda ser elevada a juicio. El estándar probatorio de probabilidad que únicamente exige el CPP refleja justamente el ideario de que sea el juicio el que dirima posibles anfibologías subsistentes durante la investigación preliminar, en procura de obtener allí la certeza necesaria para condenar, debiéndose obviamente absolver al imputado si aquélla no se consigue...’ (conf. AI nº 249, del 30/11/06, en autos Bachetti’).

Más aún, dadas las particularidades de este tipo de delitos, resulta que tanto la consistencia o inconsistencia de las versiones de víctima e imputado deben necesariamente dilucidarse en la etapa del plenario, única que permite la discusión de la prueba aportada, de modo oral, continuo, con inmediación del juzgador, y contradictorio pleno, y que será lo que permita en definitiva, con certeza positiva tanto para condena como para absolución, o bien con certeza negativa o duda para también un pronunciamiento absolutorio, definir lo acontecido. Más aún cuando nuestro país se ha obligado en el orden internacional a actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, y sancionar la violencia contra la mujer, y a establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces -Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –‘Convención de Belem do Pará’ -, art 7 inc. ‘b’ y ‘g’, ley 24.632- (conf. A. nº 116, del 8/04/15, en autos ‘Peñaflor’), pues los vínculos violentos son un problema social, no pueden considerarse algo privado no sólo porque es un delito, sino porque sus

consecuencias repercuten en la comunidad, pues la debilitación de las defensas físicas o psíquica que genera en el agredido provoca trastornos de conducta, ausentismo laboral, reproducción del modelo violento aprendido, o agravamiento de las conductas violentas crónicas, por nombrar sólo alguno de sus efectos.” (C.A. “Machado”, a. n° 138 del 21/04/2015).

Por todo lo expuesto, considero que no corresponde hacer lugar a la pretensión defensiva, debiendo confirmarse la resolución recurrida, con costas (arts. 550 y 551 del CPP). Así voto.

B) Que el vocal **Maximiliano Octavio Davies**, dijo: Que adhiero al voto que me precede y, por ende, me pronuncio en el mismo sentido, con las salvedades por mí formuladas en autos “*Prato*” (Auto n° 574 del 12/10/16). Así voto.

C) Que el vocal **Carlos Alberto Salazar**, dijo: Que comparto lo sostenido por la vocal de primer voto, pronunciándome en el mismo sentido.

En consecuencia de la votación que antecede, este tribunal **RESUELVE:** Confirmar la resolución recurrida, con costas (arts. 550 y 551 CPP). **PROTOCOLÍCESE, NOTIFÍQUESE Y BAJEN.**