

UNIVERSIDAD DE BELGRANO

ESCUELA DE POSGRADO EN DERECHO

TESIS DE MAESTRIA EN DERECHO PENAL

***“EFICACIA DE LA LEY 13.944 DE
INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE
ASISTENCIA FAMILIAR”***

Tutora: Dra. Patricia Llerena.

Autor: Gustavo Saavedra.

Carrera: Maestría en Derecho Penal (1324).

Matrícula: 733/4.

Firma del alumno:

Fecha de presentación:

INDICE.

1. PLANTEO DEL PROBLEMA.

1.1. INTRODUCCION	Pág. 1
--------------------------------	---------------

2. MARCO TEORICO.

2.1. SISTEMA ADOPTADO PARA REPRIMIR EL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR	Pág. 2
--	---------------

2.2. TRATAMIENTO DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR EN LA LEGISLACION COMPARADA	Pág. 7
--	---------------

2.3. ANALISIS DE LA LEY 13.944

2.3.1. ANTECEDENTES NACIONALES DE LA LEY 13.944	Pág. 11
--	----------------

2.3.2. ACCION PUNIBLE	Pág. 13
------------------------------------	----------------

2.3.3 LA CAPACIDAD ECONOMICA COMO PRESUPUESTO DEL DELITO	Pág. 16
---	----------------

2.3.4. OBLIGACION ALIMENTARIA PENAL Y CIVIL	Pág. 18
--	----------------

2.3.5. INDEPENDENCIA DE LAS OBLIGACIONES	Pág. 20
---	----------------

2.3.6. BIEN PENALMENTE PROTEGIDO	Pág. 23
---	----------------

2.3.7. NATURALEZA JURIDICA	Pág. 28
---	----------------

2.3.8. ASPECTO SUBJETIVO: EL DOLO Y EL ERROR	Pág. 32
---	----------------

2.3.9. SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS	Pág. 34
2.3.10. ANTIJURICIDAD	Pág. 47
2.3.11. ATRIBUIBILIDAD	Pág. 50
2.3.12. AUTORIA Y PARTICIPACION	Pág. 53
2.3.13. PROCEDIMIENTO Y COMPETENCIA	Pág. 54
 3. PROBLEMAS VINCULADOS CON LA TIPICIDAD DEL DELITO DE	
 INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR	
3.1. RELACION SISTEMATICA CON OTROS TIPOS PENALES	Pág. 59
3.2. LA DOCTRINA DEL PLENARIO “GUERSI” Y LOS	
PROBLEMAS VINCULADOS CON LA REITERACION DELICTIVA	Pág. 66
3.3. AUTORIA Y PARTICIPACION CRIMINAL	Pág. 69
4. PROPUESTAS PARA MEJORAR LA EFICACIA DE LA LEY 13.944	Pág. 74
5. RESUMEN. CONCLUSIONES	Pág. 86
6. MARCO NORMATIVO	Pag. 90
7. BIBLIOGRAFIA	Pág. 92

1. PLANTEO DEL PROBLEMA.

1.1. INTRODUCCION.

El Código Penal argentino sancionado en 1921 y vigente desde 1922 no había previsto entre sus figuras delictivas el desamparo asistencial causado por los padres a sus hijos, o por un cónyuge al otro. Tales problemas quedaban librados a la solución prevista en la legislación civil.

Distintas razones contribuyeron a intensificar tales situaciones conflictivas y requirieron la intervención del Estado con el fin de disuadir a través de la amenaza penal la realización de este tipo de conductas. Es así como nace la Ley 13.944, que incrimina el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

Desde su entrada en vigencia -3 de noviembre de 1950- han pasado ya más de sesenta años, tiempo que ha permitido aplicarla en un buen número de procesos. Desde el punto de vista dogmático, la nueva figura penal provocó distintos análisis en nuestra doctrina y más de una dificultad jurisprudencial, a punto tal que sobre tan escueto texto legal se sucedieron varios fallos plenarios.

El objetivo principal de esta tesis consiste en responder al interrogante acerca de si familia como institución amparada por el Estado ha gozado de un amparo penal decididamente más eficaz y relevante que el brindado por el Derecho Civil.

2. MARCO TEORICO.

2.1. SISTEMA ADOPTADO PARA REPRIMIR EL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR.

En el derecho comparado se conocen tres sistemas para criminalizar dicha conducta: a) el franco-belga o indirecto; b) el italiano o directo; c) el polaco o también llamado mixto¹.

El primero de ellos condiciona su incriminación a la existencia de una decisión judicial previa que imponga la obligación alimentaria y a que se cumpla un determinado plazo sin que se satisfaga aquélla. Es de tendencia realista, porque atiende sólo al aspecto económico o material. El italiano es más amplio, ya que prevé además supuestos de abandono moral de la familia junto al de tipo económico y no exige pronunciamiento anterior del juez en lo civil, por eso conviene clasificarlo de "tipo directo" y de "tendencia idealista". Finalmente, el sistema polaco -que es una derivación del franco-belga- introduce una variante ecléctica de tendencia realista, comprendiendo a la vez al directo y al indirecto, catalogándolo Ure como de tipo "mixto"².

¹ URE Ernesto, *El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar*, Ideas, Buenos Aires, p. 25.

² URE, *Temas y casos de Derecho Penal*, ps. 23 y 27, Editorial Ideas, Bs. As., 1942, y su ob. cit., ps. 37 a 43.

Este último sistema divide a los sujetos involucrados en dos grupos:

1) Comprende a la esposa, hijos y padres. En estos casos, cuando el sujeto activo de la infracción se sustrajere maliciosamente a sus deberes de asistencia con respecto a ellos, la incriminación es independiente de la acción civil.

2) Comprende a los parientes no próximos. Aquí, como en el sistema indirecto, se requiere la existencia de una sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada o ejecutoriada que imponga la obligación alimentaria.

Ure critica al sistema polaco y, en general, al sistema indirecto, porque considera que la protección penal debe restringirse al núcleo familiar reducido³. Asimismo se ha considerado que en una futura reforma de la Ley 13.944 deberíamos acercarnos al sistema indirecto, no incorporando la exigencia de una sentencia civil previa que imponga la obligación alimentaria, sino simplemente ampliando el catálogo de posibles sujetos activos y pasivos de este ilícito⁴.

Ahora bien, como es sabido y resulta de la mera lectura del texto de nuestra ley, en el sistema adoptado por el legislador del año 1950 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 tanto, en el plano legal, una independencia entre la obligación alimentaria civil y el deber impuesto por la norma penal.

³ Ídem anterior.

⁴ CAIMMI - DESIMONE, *El delito de incumplimiento de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta*, 2a ed. actualizada, Depalma, Bs. As., 1997.

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 u homologue un convenio celebrado entre las partes. El particular damnificado por el delito -o su representante legal- puede querellar formular la correspondiente denuncia, según el caso, aunque no hubiese efectuado reclamo judicial o extrajudicial previo alguno⁵.

Lo expuesto es altamente positivo, ya que de sujetarse el ejercicio de la acción penal a la 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 objeto de este libro, ya que de no proveer un tercero la asistencia familiar mientras se sustancie el juicio alimentario, el sujeto pasivo muy posiblemente terminaría inmerso en una situación de indigencia o necesidad extrema, tornándose por tanto, decididamente ilusoria la protección penal cuyas barreras ha pretendido adelantar, al máximo, el legislador. Sobre todo, teniendo en cuenta que el proceso por alimentos en sede civil -a pesar del ponderable esfuerzo de los jueces de aquel fuero- se halla desnaturalizado en la práctica debido al cúmulo de tareas a que se ven sometidos los tribunales de la Capital Federal y de algunos departamentos judiciales de la Provincia de Bs. As., entre otras jurisdicciones, en los que no siempre la primera audiencia señalada (en la cual se puede arribar a la formalización de un convenio que reconozca el derecho alimentario y ponga fin al conflicto generado) se celebra dentro de los exiguos plazos establecidos en las normas procesales. Ni qué decir del largo lapso que transcurre entre la interposición de la correspondiente demanda y el dictado de la sentencia⁶.

⁵ C.C.C. Capital Federal, Sala V, diciembre 12/75, ídem diciembre 12/73; "La Ley", tomo 156-852, fallo 31.886-S; Sala 1, causa 27.586, rta. el 5/4/1984, Sala VII, causa 13.154, rta. 11/5/90; Sala 11, causa 30.732, rta. 19/6/1986; ídem, causa 30.551, rta. 8/5/86; LASCANO, Carlos, *La ley 13.944 y el estado actual de la jurisprudencia (El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familia)*, Ediciones Lerner, Córdoba, 1964.

p. 26, y LAJE ANAYA Justo, *Delitos contra la familia*, Advocatus, Córdoba, 1997. p. 435.

⁶ CAIMMI - DESIMONE, *El delito de incumplimiento de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta*, 2a ed. actualizada, Depalma, Bs. As., 1997.

En igual sentido, Ure sostiene que la Ley cuando alude a los "medios de subsistencia" está sugiriendo ya esta independencia, con relación a la institución civil de la prestación alimentaria, no siendo necesario, como surge de sus Arts. 1 y 2, que exista un fallo que imponga la obligación y determine su monto, criterio que el citado autor considera adecuado, "puesto que si la Ley tiende a reprimir las más trágicas y dolorosas formas de abandono económico de la familia su aplicabilidad no debe ser condicionada a un presupuesto que, al demorar su efectos, traicionaría su finalidad, que reside precisamente en la pronta represión del abandono económico"⁷.

Sin duda, cualquier nuevo sistema que se pueda estructurar en la materia, de sustituirse algún día la vieja Ley 13.944, deberá mantener esta independencia que la caracteriza.

Finalmente, y como otra consecuencia de la independencia analizada, la doctrina y la jurisprudencia señalan que el deber impuesto por la norma penal tiene menos extensión -o comprende menos rubros- que la noción de "alimentos" que se maneja en sede civil. Entre otros autores, Ure destaca que al decir la Ley "medios de subsistencia" se está refiriendo a lo indispensable para vivir sin tener en cuenta la condición social ni los hábitos de vida del alimentado, criticando a quienes sostienen que la obligación se extiende hasta mantener a la familia en la posición en que estaba cuando se generó el vínculo conyugal o de filiación, ya que estos supuestos -y otros- tienen solución con la acción civil, que toma en consideración, como se sabe, el caudal económico del alimentante y del alimentado⁸.

⁷ URE, *El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar*, ob. cit., ps. 47 y 48, con cita de GIOVANI LEONE.

⁸ Ídem anterior, ps. 48 y 49.

Cabe destacar que en la práctica no existe una independencia real o absoluta entre lo que ocurre en sede civil y el panorama que los jueces y abogados deben enfrentar en el proceso penal. Ya dijimos que muchas veces encara la acción penal como una continuación del proceso civil.

Pero además son muchas las circunstancias que generan una fuerte dependencia entre lo que ocurre en ambos fueros. En primer lugar, las constancias del juicio de alimentos siempre son agregadas como prueba instrumental a la causa penal, sea a pedido de la querella o de oficio por el juez, por lo que se constituyen en un antecedente fundamental para la instrucción del sumario.

Y, en segundo lugar, el cuántum de la cuota alimentaria fijada en sede civil se convierte en un parámetro ineludible que siempre se tiene en cuenta en el ámbito penal para valorar el comportamiento del imputado. De alguna manera, existe una tendencia bastante generalizada de sobreseer o absolver, según el caso, cuando se acredita que el imputado viene cumpliendo una buena parte o la totalidad de aquella cuota. Sin embargo, como muchas veces la cuota fijada está muy por debajo del real caudal económico del imputado y de las necesidades del sujeto pasivo, la noción de "medios indispensables" se distorsiona bastante. El imputado se ve, en consecuencia, doblemente beneficiado. Por un lado, se insolventa impunemente y restringe la cuantía de su aporte, e indirectamente elude la tipicidad, depositando mes a mes una cuota exigua o gran parte de ésta.

2.2. TRATAMIENTO DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR EN LA LEGISLACION COMPARADA.

Un rápido repaso a gran parte de la legislación americana comparada, revela una mayor preocupación por tipificar los comportamientos que encierra el incumplimiento doloso de los deberes de asistencia familiar y una mayor dosis de sentido común para brindar soluciones y mecanismos más colectivos y realistas en la prevención y control penal de estas conductas.

Sin pretender con ello agotar el análisis de estos antecedentes es preciso destacar que la legislación de importantes países de América Latina contempla expresamente aquellas situaciones en las que el sujeto activo oculta maliciosamente los bienes de su propiedad o crea deliberadamente un estado patrimonial falso, se coloca intencionalmente en cualquier situación de insolvencia, traspasa sus bienes a terceras personas o emplea estratagemas o pretextos, todo ello para eludir el cumplimiento de su obligación alimentaria. En cualquiera de estos supuestos se advierte cómo, además del tipo básico o fundamental, se estructura otro agravado, aumentándose sensiblemente las sanciones aplicables o incluso calificando directamente esas conductas como constitutivas del delito de estafa (legislaciones de Panamá, Costa Rica, México, Brasil y Uruguay).

Constituye también motivo de agravación específicamente tipificada, el retiro o renuncia voluntaria o injustificada del trabajo, empleo o función, cuando con ello se frustre o eluda el cumplimiento del deber alimentario (legislación de Venezuela, Costa Rica, Panamá y Brasil).

En igual sentido, se considera como constitutivo del delito de estafa y se reprime con igual pena que este último, la ocultación total o parcial de sueldos, jornales o habilitación por parte del padre, ampliándose sus alcances hasta el patrón o empresario que hubiere consentido o colaborado de cualquier modo con esa conducta (Art. 216 del Código del Niño de la República Oriental del Uruguay).

Algunas legislaciones mantienen como tipo básico una figura de peligro abstracto, tipificando junto a ésta, otra de peligro concreto o de resultado de lesión, agravándose en estos dos últimos casos y de manera considerable, la escala penal de aquel tipo básico. En efecto, el Art. 1 de la ley 13.096, promulgada el 24/1/1962 en el Perú, en su segundo párrafo, sanciona con pena de penitenciaría o prisión de hasta 6 años, si como consecuencia directa del estado de abandono familiar sobreviniere algún daño grave o la muerte de la persona desamparada. El Art. 339 del Código Penal mexicano establece que si del abandono de los hijos y el cónyuge a que se refieren los Arts. 335 y 336 resultare alguna lesión o la muerte, se las presumirá como premeditadas para los efectos de aplicar las sanciones que a estos delitos correspondan. Se advierte, claramente, la severidad de estas dos últimas previsiones legales.

Pero hay más todavía, el Art. 1 de la ya citada Ley 13.096 del Perú, deja a un lado nada más y nada menos que el principio de inocencia, garantía constitucional básica del derecho penal occidental y, en consecuencia, invierte la carga de la prueba en perjuicio del imputado al sostener que el incumplimiento de prestar alimentos se considera intencional, salvo prueba en contrario.

En general, se mantienen penas alternativas similares a las establecidas en nuestra Ley 13.944 (multa y prisión), con la salvedad de que en algunos ordenamientos legales la multa se impone en beneficio de los alimentados, como por ejemplo en la legislación peruana y, en especial, existe mayor severidad en la estructuración de los sistemas de reacción penal, incluso en la figura básica (hasta 5 años de prisión en algunos casos frente a los 2 de la legislación argentina), con más la privación de los derechos de familia y el pago de las cantidades no suministradas en su oportunidad, como reparación del daño ocasionado por el delito.

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

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

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

Se puede advertir con el breve repaso efectuado que la legislación argentina dista mucho de ser la ideal en tan delicada materia.

Las siguientes páginas de este trabajo se dedicarán, entonces, al desarrollo del delito que de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar siguiendo el esquema de nuestra Ley 13.944, la doctrina y la jurisprudencia que se han elaborado en torno de ella.

2.3. ANALISIS DE LA LEY 13.944.

2.3.1. Antecedentes nacionales de la Ley 13.944.

Señala Ernesto J. Ure⁹, que el primer antecedente del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar se encuentra en el Proyecto de Código penal redactado en el año 1937 por los doctores Coll y Gómez, cuyos Arts.148 y 149 lo tipificaban. Por su parte, el doctor Peco lo incorpora en su Proyecto del año 1941, estructurándolo en el Art. 211. Finalmente, el 15 de septiembre de 1950 se sancionó la Ley 13.944.

En el año 1942, precisamente, Ure desarrollo el primer análisis sistemático del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, en un estudio crítico del citado Proyecto del año 1937 y de las tendencias y sistemas del derecho comparado conocidos hasta entonces como modelos de técnicas legislativas en estas materia (sistemas franco-belga, italiano y polaco). En las obras de Ure se observan las importantes modificaciones propuestas al aludido Proyecto Coll y Gómez: la inclusión del hijo mayor impedido física o mentalmente entre los sujetos pasivos del delito; la exclusión de la mujer separada por su culpa y la equiparación de la sanción penal en los casos en que resultan perjudicados el hijo y la mujer, entre otras sugerencias.

⁹ URE Ernesto, *El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar*, Ideas, Buenos Aires, ps. 22 y 23.

Ya por entonces señalaba Ure, como elementos materiales destacables de este delito, el vínculo parental o legal existente entre los sujetos activos y pasivos y el estado de necesidad que debía existir y verificarse como condición de esta figura, en el damnificado. Sin duda, esta opinión de Ure condicionó a las interpretaciones jurisprudenciales posteriores y llevó a una ardua polémica en la jurisprudencia y la doctrina hasta que, por último, con el plenario dictado por la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en la causa "Aloise"¹⁰, se terminó resolviendo que, para la configuración del tipo en cuestión, no es necesario que exista un peligro concreto en el sujeto pasivo.

También señalaba Ure el carácter doloso de dicho delito y, en sus primeras obras, lo clasificaba entre los llamados de omisión impropia o de "comisión por omisión", modificando parcialmente este último criterio en trabajos posteriores¹¹, donde termina considerándolo como de "pura omisión".

La obra de Ure, ciertamente, fue fundamental para su época, hasta el punto que ya preocupaba al citado autor la falta de criminalización específica de aquellas conductas, mediante las cuales el sujeto activo de este delito se insolventa para cumplir con el mandato impuesto por la norma penal. Se advierte, con ello, el sentido crítico con el que, hace más de 60 años, abordaba Ure el tratamiento de este ilícito.

Una mención especial merece igualmente el interesante trabajo de David Baigún sobre el delito analizado, en el curso del cual se aborda por primera vez y con sentido dogmático el estudio de esta figura¹².

¹⁰ "Fallos" (Excma. Cámara Apel. Crim.y Correc. de la Cap. Fed.), tomo II, ps. 119 a 133, Bs. As., 1984.

¹¹ URE Ernesto, *El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar*, Ideas, Buenos Aires, 1950, p. 67.

¹² DAVID BAIGÚN, *El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar a través de la teoría del delito*, en "Nuevo Pensamiento Penal", Ediciones Depalma, p. 287, año 3, Bs. As., 1974.

2.3.2. Acción punible.

La Ley 13.944 sancionada el 9 de octubre de 1950 y publicada en el Boletín Oficial el 3 de noviembre del mismo año y sus reformas, tipifica el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, sancionando con pena de multa o prisión *“a los padres que aun sin mediar sentencia civil, se substraieren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de 18 años, o de más si estuviere impedido”*(Art. 1)¹³.

Por su parte la Ley 24.029 del año 1991, introdujo el Art. 2 bis, a la Ley 13.944, tipificando el delito de insolvencia alimentaria fraudulenta, que reprime con la pena de uno a seis años de prisión, a quien con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte el cumplimiento de dichas obligaciones.

La incorporación de la figura señalada a la legislación específica otorga una protección más amplia a la asistencia familiar, toda vez que no se circunscribe al curso de un proceso o después de una sentencia como lo hace el Art. 179 del CP (propuesta del proyecto de la diputada Roy del 31/5/90)¹⁴, sino que queda tipificada aunque no exista ningún proceso en trámite basta que se insolvente para no cumplir los deberes alimentarios, frustrando de esa forma el cumplimiento de dichas obligaciones.

¹³ Proyecto del diputado Menem, Carlos O., (4574-D-94, reproducido 805-0-96, Trámite Parlamentario N° 18,22/3/96, Cámara de Diputados de la Nación).

¹⁴ Proyecto de la diputada Roy, Irma (894-0-90, Trámite Parlamentario N° 25,31/5/90, Cámara de Diputados de la Nación).

Según el Art. 1° de la Ley 13.944 se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de setecientos cincuenta pesos como mínimo y veinticinco mil pesos como máximo a los padres que, aún sin mediar sentencia civil, se sustrajeren a prestar los medios indispensables para la subsistencia de su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido.

Luego, el Art. 2° establece que en las mismas penas del artículo anterior incurrirán en caso de sustraerse a prestar los medios indispensables para la subsistencia, aún sin mediar sentencia civil.

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

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

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

Además el Art. 4°. Agrega al Art. 73 del Código Penal el siguiente inciso:

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

La acción típica emergente del Art 1° consiste en *"sustraerse a prestar los medios indispensables para la subsistencia"*. Este "sustraerse" mencionado en la norma, significa concretamente: "Omitir prestar los recursos económicos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas del sujeto pasivo, desoyendo el deber emergente de la ley penal". Es decir, se substraee, quien omite, se aparta o se desentiende de su deber de proporcionar alimentos.

2.3.3. La capacidad económica como presupuesto del delito.

Cabe destacar en forma especial que, al no poder imponer el derecho deberes que son de cumplimiento imposible, la obligación de proporcionar alimentos se encuentra supeditada a la capacidad económica del alimentante, con lo cual no se dará el tipo delictivo, cuando la falta de cumplimiento del obligado se encuentre motivada en la carencia de poder económico para hacer frente al deber impuesto por la ley. Tal requisito como presupuesto de este delito, surge del propio mensaje de la ley, al expresar que "sólo caen dentro de las previsiones legales, aquellos que, además de encontrarse económicamente capacitados para cumplir, deciden adoptar una actitud esquivada o remisa, con pleno conocimiento de las circunstancias".

"De allí, que los textos proyectados, para evitar confusión no incriminan simplemente a los que no prestaren los medios de subsistencia, sino que se sustrajeren de prestarlos". En igual sentido se ha sostenido jurisprudencialmente que "la materialidad del delito consiste en dejar de hacer lo que puede hacerse" o "tener y no cumplir la obligación cuando se tiene".

Así, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Sala IV¹⁵, sostuvo que *“No configura el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, la conducta del imputado que omitió durante cierto tiempo cumplir con dicho deber, si éste ha podido acreditar la circunstancia de haber padecido, durante ese lapso, dificultades laborales y económicas, pues su comportamiento aparece ausente del dolo requerido por el delito atribuido, máxime cuando después de superar los problemas económicos, afrontó nuevamente sus obligaciones alimentarias, ello es así, toda vez que el incumplimiento asistencial contenido en el Art. 1° de la Ley 13.944, no se configura cuando quien se sustrae de prestar los medios indispensables para la subsistencia, se encuentra imposibilitado de satisfacerla, salvo que se haya colocado voluntariamente en situación de insolvencia, lo cual no se advierte en la especie”*.

En definitiva, nuestra legislación pune sólo la conducta omisiva del obligado alimentante que encontrándose económicamente capacitado omite dolosamente la prestación en dinero o en especies de aquellos medios indispensables para la subsistencia de sus acreedores alimentarios.

¹⁵ Sent. 44.815 del 8/10/1995.

2.3.4. Obligación alimentaria penal y civil.

Distinto alcance:

Existe coincidencia en doctrina, que la obligación alimentaria de los sujetos mencionados en los Arts. 1 y 2 de la Ley 13.944, emerge de la propia ley penal. Este deber emergente de la ley, posee una naturaleza eminentemente económica que difiere de la impuesta por la ley civil, no sólo en razón de las distintas fuentes de la que emanan (ley penal y ley civil), sino en cuanto a su extensión. Esto así, toda vez que la ley civil -más amplia- contempla también la atención de necesidades no indispensables, cuya estimación se efectúa en base a criterios ajenos a la ley penal, tales como los referidos a la capacidad económica del alimentante y del alimentado, el nivel de vida de que gozaba la familia antes de la interrupción de la convivencia, etcétera.

Medios indispensables para la subsistencia:

Contrariamente a lo expuesto, la obligación surgida de la ley penal, sólo exige la prestación de aquellos “*medios indispensables para la subsistencia*”. El significado y alcance de esta expresión han sido definidos en la Exposición de Motivos de la ley, como “el conjunto de los elementos vitales indispensables para subsistir materialmente”. Así, en tanto la prestación penal quedará cumplida al proveer el acreedor alimentario lo necesario para la satisfacción de las necesidades vitales primarias; la obligación civil rebasa ese límite fijado en la ley penal, comprendiendo además aquellas prestaciones a que tengan derecho los alimentados en proporción a los recursos del alimentante, aun cuando no fueren indispensables.

Como consecuencia de lo expresado, 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.

2.3.5. Independencia de las obligaciones.

Valor de la sentencia dictada en sede civil:

Coincidiendo con el pensamiento contenido en el Mensaje de la ley, doctrina y jurisprudencia no discrepan en relación a la independencia y autonomía del deber alimentario emergente de las leyes penal y civil¹⁶. Esta autonomía de la obligación alimentaria, aparte de lo expresado en cuanto a la extensión de la prestación, se pone de manifiesto en numerosos aspectos, tales como:

1. La configuración del delito no está subordinada a la ley civil, ni depende de la existencia previa de una sentencia dictada en dicha sede que imponga la prestación de alimentos (art. 1 de la ley).
2. En los supuestos de nulidad matrimonial, si bien civilmente subsisten algunas situaciones extremas en las que los que fueron cónyuges se deben prestación de alimentos, penalmente, después de la sentencia que declara la nulidad, el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar es imposible de configurarse, al haber desaparecido el carácter de cónyuges y por ende de sujetos activos de quienes alguna vez lo tuvieron.
3. Civilmente los tutores no poseen la obligación de solventar de sus propios bienes las necesidades de pupilos. Por el contrario los tutores, a partir del discernimiento de la tutela tienen penalmente la obligación de prestar, aun de su peculio, los medios indispensables para la subsistencia de los pupilos, pudiendo incurrir en el delito, cuando poseyendo poder económico no los proporcionan.

¹⁶ NÚÑEZ, R., *Tratado...*, t. VI; LASCANO, c., ob. cit.; URE, ERNESTO 1., *El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar*, Ideas, Bs. As., 1950; BALESTRA, E., *Tratado...*, t. IV, Mensaje de la ley, etcétera.

4. En caso de divorcio vincular, el Art. 209 del CC (Ley 23.515), dispone que en situaciones extremas cualquiera de los esposos, haya o no declaración de culpabilidad, si no tuviere recursos propios tendrá derecho a que el otro, si tuviere medios, le provea lo necesario para su subsistencia. Pese a dicho dispositivo civil, la incriminación penal del cónyuge en tal supuesto resultaría violatoria del principio de legalidad (Arts. 18 y 19 de la CN), al ampliar el círculo de posibles autores más allá de lo permitido por el tipo.

5. Como lo destaca Soler¹⁷, en algunos aspectos la ley penal es más amplia y en otro sentido más restringida que la ley civil, pues por una parte abarca al guardador y por la otra excluye grados de parentesco que por la ley civil generan deberes alimentarios (abuelos, hermanos, suegro y yerno).

6. El concepto de "alimentos" en la ley penal es más restringido que en la ley civil en lo que se refiere a los rubros que la comprenden¹⁸.

7. Como consecuencia de dicha independencia, el incumplimiento de lo dispuesto en sede civil no hace incurrir necesariamente al obligado en el tipo, en tanto éste cumpla con una prestación acorde a la exigida por la ley penal, es decir que sea permanente y que satisfaga las necesidades mínimas de subsistencia de los acreedores alimentarios. Por tal motivo la prestación parcial de lo ordenado en sede civil no implicará necesariamente la comisión del delito.

¹⁷ SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho penal argentino*, Tea, Bs. As., 1988, t. III, p. 403.

¹⁸ NÚÑEZ, *Tratado...* cit., p. 22.

Reafirmando este carácter autónomo de ambas obligaciones, se ha resuelto que “... *la causa criminal no es, ni puede ser el proceso ejecutivo de los alimentos debidos. Ambos procesos pueden coexistir, pero obedecen a distintos fines y siempre conservan su individualidad, porque tienen una naturaleza jurídica distinta, la una caracterizada por la tipicidad que constituye una garantía del reproche penal y la otra -la de la ley civil- que busca la obtención de un resarcimiento patrimonial originado en una obligación de dar*”¹⁹. “No se requiere la existencia de una sentencia condenatoria al pago de alimentos, pues la Ley 13.944 no tiende, necesariamente, a garantizar el cumplimiento de las obligaciones emergentes de una resolución de orden civil, ya que puede surgir una acción punible, sin dicha sentencia y aunque ésta exista, quien la elude puede no cometer el delito”²⁰.

Tales interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales en definitiva, no hacen sino resaltar que la disposición del texto legal, no se encuentra encaminada a convertirse en el proceso ejecutivo de los alimentos fijados en otra sede, sino que se debe analizar si las circunstancias fácticas acreditadas, se adecuan o no a la tipificación del hecho conforme se encuentra descrito por la ley penal.

Cabe señalar, no obstante lo dicho, que tampoco es de ningún valor *la existencia de una sentencia dictada en sede civil*, ya que el cumplimiento de la obligación alimentaria que ésta impone, aun cuando fuere por un monto irrisorio, obstará a la configuración del delito, pues lo contrario implicaría afirmar que el cumplimiento de una sentencia judicial ha sido tipificadora de una conducta delictiva²¹.

¹⁹ Cám. Nac. Crim y Correc., Sala V, diciembre 21-973 - JA, 197421-489.

²⁰ Idem, setiembre 4-935, LL 72-665.

²¹ VENTURA, AORIÁN - STILERMAN, MARTA, p. 202.

2.3.6. Bien penalmente protegido.

A partir de los fallos plenarios dictados en el ámbito de la jurisprudencia de la Capital Federal, en las causas "Aloise" y "Guersi"²², se sostiene pacíficamente que el bien jurídico *tutelado* en la Ley 13.944 es *la* familia, y no *las* personas concretamente afectadas como sujetos pasivos o víctimas del incumplimiento de *los* deberes de asistencia familiar. Esta afirmación, por cierto, de ninguna manera es una mera especulación teórica -no por nada se llegó al dictado de un plenario sobre este punto-. Al contrario, la noción de bien jurídico tutelado es esencial en la sistemática propia de la teoría del delito y, en especial, en el ámbito de la tipicidad.

Efectivamente, determinar la naturaleza y alcance del bien tutelado repercute necesariamente entre otras cuestiones, sobre los aspectos vinculados a las relaciones concursales entre delito de que se trate y las restantes figuras conexas y determina o condiciona, decididamente, la interpretación de la ley penal y el ámbito de los comportamientos que, se entiende, el legislador ha prohibido.

La exposición de motivos de la Ley 13.944²³ señala, al respecto, que el proyecto tuvo en mira "la protección del desamparado en cuanto miembro de la comunidad económica familiar, frente a quien se tiene deberes, fundados en elementales sentimientos de solidaridad, de atender a los medios para su subsistencia". Cabe agregar que la doctrina y, en especial, la jurisprudencia, dio una importancia decisiva a las manifestaciones vertidas en este y otros antecedentes de la ley, hasta el punto que en los primeros fallos sobre la materia se consideró que la nueva figura requería, como condición necesaria para su configuración, un estado de necesidad o indigencia en el sujeto pasivo.

²² Fallos (Excma. Cámara Apel.Crim.y Correc. de la Cap, Fed.), tomo II, ps. 119 a 133, Bs. As" 1984, y tomo III (volumen 1), ps. 182 a 210.

²³ ADLA, tomo X-A, p. 86.

Volviendo al tema del bien jurídico tutelado, ya hace tiempo Carlos J. Lascano sostuvo - precisamente, con fundamento en los términos del mensaje con el que acompañó a su Proyecto el Poder Ejecutivo, y en las opiniones vertidas en el debate parlamentario, previo a la sanción de la ley- que la finalidad de aquélla es tutelar a la familia, criticando su conceptualización como delito contra las personas, y concluyendo, con base en los fundamentos de aquel mensaje, que "si bien el delito se estructura a través de las personas señaladas en ella (Arts. 1 y 2) tal sucede en tanto formen parte de la comunidad económica familiar"²⁴.

Como en definitiva la Ley 13.944 terminó incorporándose al Código Penal y este último cuerpo legal, como se sabe, no contaba a la fecha de sanción de aquélla con preceptos dedicados a la protección de los miembros de la familia en su condición de tales, Fontán Balestra considera, con acierto, que es necesario "buscar el lugar sistemático más aproximado de este delito a través de otro u otros bienes jurídicos que directa, indirecta o subsidiariamente, sean también objeto de tutela penal"²⁵. De todos modos, Fontán Balestra parece indicar y coincidir, en general, con que el bien jurídico tutelado es la familia como célula de organización social y, por tanto, digna de ser protegida por la ley penal. Sin embargo, aclara el citado autor que lo que se incrimina específicamente en la ley es el incumplimiento de algunos de los deberes para con la familia, concretamente los que se refieren a la subsistencia de las personas mencionadas en aquélla mediante un aporte económico, reconociendo asimismo que la norma tutela intereses patrimoniales, "puesto que, en resumidas cuentas, lo que se omite es una prestación económica", con la salvedad de que "el fin de la ley es el de proteger a las personas en cuanto miembros del grupo familiar"²⁶.

²⁴ . LASCANO, *La ley 13.944 y el estado actual de la jurisprudencia (El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar)*, ps. 9 a 13, Ediciones Lerner, Córdoba, 1964.

²⁵ CARLOS FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo IV, ps. 369 y 373, Abeledo-Perrot, 1968.

²⁶ Ídem anterior.

Es interesante recordar, sin embargo, que los proyectos anteriores a la Ley 13.944, o bien ubicaban a este ilícito entre los "delitos contra las personas" (Proyecto Coll y Gómez del año 1937) o, en su caso, lo incorporaban junto a otros en un nuevo título bajo la denominación de "delitos contra la familia" (Proyecto Peco de 1941).

Por su parte, Ricardo C. Núñez opina que la posición prevaleciente en los proyectos legislativos, en los autores y en jurisprudencia, indica que este delito afecta a la familia como bien jurídico protegido²⁷.

Baigún no coincide con la doctrina mayoritaria. A su entender, el bien jurídico tutelado es "el derecho de asistencia que pertenece a una de las instancias de la organización familiar y ese derecho refleja intereses variados y pluridimensionales". No se puede hablar de la categoría jurídica de la familia, según Baigún, dado que ella no es tal en el ordenamiento nacional, como tampoco un sujeto de derecho²⁸. No compartimos esta última opinión. Para nosotros la familia existe como realidad material, biológica y jurídica y debe ser considerada una institución del derecho natural. Indudablemente, la Constitución nacional en el Art. 14 bis la señala como interés jurídico protegido en forma integral y, lo que es más decisivo todavía, el Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por la Ley 23.054 e incorporado ahora a nuestra Constitución nacional por vía del Art. 75, inc. 22, terminó introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico toda una serie de derechos y principios a partir de los cuales puede ensayarse un serio replanteo del bien jurídico aludido. En efecto, el Art. 17 de dicha Convención establece que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado"²⁹.

²⁷ RICARDO C. NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal argentino*, tomo VI, ps. 22 Y 23, Ediciones Lerner, Bs. As., 1971.

²⁸ BAIGÚN, ob. cit., p. 287.

²⁹ ley 23.054 en "Legislación Argentina", 1984-A-II.

Desde esta nueva óptica se puede partir para encarar una severa modificación, no sólo de la Ley 13.944, sino directamente del Derecho de Menores en su totalidad. En este sentido, el Art. 19 de la citada Convención, consecuentemente con lo dispuesto en su Art. 17, reconoce que todo niño "tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y el Estado"³⁰.

Tal vez, sería conveniente sistematizar alrededor de un nuevo título en una futura reforma del Código Penal todos los comportamientos que afectan directa o indirectamente al orden familiar³¹.

Como ejemplo, cabe recordar que un proyecto de reformas al Código Penal que llegó a contar con media sanción del Congreso de la Nación, incorporaba al ilícito que nos ocupa en un título, destinado a los allí llamados "delitos contra la familia"³².

En definitiva, la familia tiene categoría jurídica suficiente y puede ser considerada válidamente como bien tutelado por el Derecho Penal.

Pero es una cuestión distinta determinar si constituye o no el interés protegido por la Ley 13.944. Teniendo en cuenta cómo está construida la tipicidad y cómo funciona en su realidad operativa, el bien jurídico sólo puede ser entendido como la vocación alimentaria que la ley penal reconoce a quienes están vinculados al sujeto activo por un vínculo jurídico familiar, el que en la mayoría de los casos también existe desde el punto de vista biológico. Afirmar lisa y llanamente que la familia es el interés protegido es señalar, a nuestro modo de ver, una realidad que en rigor excede muchas de las situaciones típicas involucradas en la ley vigente.

³⁰ Ídem anterior.

³¹ CAIMMI DESIMONE, *El delito de incumplimiento de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta*, 2a ed. actualizada, Depalma, Bs. As., 1997.

³² Trámite Parlamentario n° 89 del 3/9/90 de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

En innumerables casos, la familia ya se ha desintegrado como tal, como ocurre en los supuestos de separación de hecho o de divorcio.

Una apreciación análoga se advierte en Lascano cuando señala que del articulado de la Ley 13.944 se desprende que "la familia no se refiere tan sólo a un determinado núcleo fundado puramente en relaciones parentales entre ciertos sujetos activos y pasivos, sino que se amplía ese círculo con núcleos determinados por relaciones de cuidado y dirección, sustitutivos de la relación familiar parental, como son los casos de las vinculaciones entre el tutor, curador y guardador con sus pupilos, incapaces y guardados, respectivamente".

2.3.7. Naturaleza jurídica.

El delito es doloso, de simple omisión, de peligro abstracto, permanente o continuo.

De *omisión propia* (o simple omisión), ya que su consumación se opera con el simple desconocimiento del mandato imperativo de la ley (la prestación de alimentos a los beneficiarios establecidos en la ley), y cuyo resultado es dejar el mundo exterior tal cual estaba antes de dicha conducta omisiva. Es decir, no se requiere ni una lesión efectiva, ni tampoco una situación de peligro concreto.

Sancionada la ley, en un primer momento la jurisprudencia y doctrina caracterizaron este delito como de resultado de lesión o de peligro concreto. Con tal carácter asignado, el delito sólo quedaba configurado cuando la omisión del autor había provocado o agravado una situación de necesidad o indigencia del sujeto pasivo, circunstancia que era de necesaria comprobación en juicio. Hoy, superado dicho criterio y establecida la naturaleza jurídica de este delito como de peligro abstracto, el ilícito queda configurado con la mera omisión del autor, independientemente de que se haya puesto en peligro real al bien jurídico. Es decir, no exigiéndose que el sujeto pasivo haya llegado al extremo de carecer materialmente de los medios indispensables para la subsistencia y se encuentre en un estado efectivo de indigencia.

Con el solo hecho de omitir, el bien jurídicamente protegido ya ha sido puesto abstractamente en peligro. Conforme a este nuevo enfoque doctrinario, no estando exigido el resultado dañoso, bastará con acreditar que el obligado se sustrajo a prestar los medios indispensables al sujeto pasivo, quedando el eventual resultado producido -la situación de indigencia como circunstancia válida al solo efecto de la graduación de la pena conforme a los Arts. 40 y 41 del CP³³.

Cabe señalar, que la jurisprudencia nacional, habiendo sostenido durante muchos años la necesidad de que la omisión del autor hubiese provocado o agravado una situación de necesidad o indigencia del sujeto pasivo, varió tal criterio a partir del proceso, cambio comenzado en el plenario "Aloise"³⁴.

Como otra consecuencia derivada del carácter de "delito de peligro abstracto", no representa un obstáculo para su configuración el hecho de que la subsistencia del alimentado se encuentre asegurada por la ayuda de instituciones o terceras personas (parientes o no, coobligadas o no) ni aun por el trabajo de la víctima. La jurisprudencia ha considerado en tal sentido, que *"no es necesario para la consumación de la infracción, ni ha de exigirse, que el sujeto pasivo del delito llegue a un estado real de privación de los elementos esenciales para la vida, ni que se vea reducido a la mendicidad, al trabajo sacrificado de la esposa y de los hijos"*³⁵.

El delito es permanente toda vez que el estado consumativo se produce y permanece en el tiempo mientras la obligación continúe sin ser cumplida. Por tal carácter, el deber de asistencia no queda violado con un solo hecho de incumplimiento, requiriendo para su transgresión una secuela de hechos cuyo número no lo da la ley y debe ser captado por el juez. El delito no quedará en consecuencia configurado con un solo acto de incumplimiento, sino que para su consumación será necesario una cierta permanencia en el tiempo.

³³ NÚÑEZ, R.; FONTÁN BALESTRA, C.; LASCANO, C. I, obs. cit.; CAIMMI - DESIMONE, *El delito de incumplimiento de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta*, 2a ed. actualizada, Depalma, Bs. As., 1997.

³⁴ De fecha 13/11/62 con los votos de los Dres. Frías, Caballero y Cabral, JA 1963 III, p. 80; LL t. 108, p. 831.

³⁵ Cám. Nac. Penal 3-VI, 1952 - LL t. 67, p. 12.

Tal criterio emerge de la propia Exposición de Motivos de la ley, que señala "no basta con que se haya sido negligente en alguna oportunidad, sino que es menester la comisión significativa de hechos deliberadamente omisivos". Eusebio Gómez ³⁶ refiere "no puede negarse la exactitud con que Alfredo Rocco (en relación a su proyecto de Código Penal para Italia) expuso aquel concepto en relación a su proyecto. Según Rocco, el concepto de asistencia implica una persistencia o una continuidad de comportamiento, por lo que es de considerar, que regularmente un solo hecho violador de las obligaciones asistenciales no es suficiente para integrar el delito. Por lo tanto el delito se presenta ya como permanente, como habitual. En este último caso, el número de hechos necesarios para dar vida al delito no puede ser fijado por la ley, sino que debe ser establecido por el juez caso por caso; el juez considerará o no la existencia del delito cuando no sólo subjetivamente sino también objetivamente, la repetición de los hechos revela la persistente omisión del cumplimiento de los deberes".

Laje Anaya³⁷, en contra de este criterio, sostiene que: "no parece que esa interpretación sea la que más se adecue a la naturaleza del bien protegido... no vemos la razón por la cual el delito pueda quedar todavía subordinado en el tiempo a una serie de actos omisivos para que de esa multiplicidad pudiera surgir, recién, la lesión al bien protegido. Basta a nuestro entender, un solo hecho de carácter omisivo para que la prestación debida sea susceptible de ser incumplida. Si esa omisión reúne las exigencias subjetivas y el autor reúne en sí el poder económico para satisfacer el deber, nada habrá que esperar, porque el delito no exige continuidad delictiva o precise en su estructura una continuación de actos idénticos".

³⁶ GÓMEZ, EUSEBIO, "Incumplimiento de deberes de asistencia familiar, citado por CAIMMI - DESIMONE.

³⁷ LAJE ANAYA, JUSTO, *Delitos contra la familia*, Advocatus, 1997, p. 192.

Interrupción de la permanencia en el delito. Se opera:

- a) A partir del momento en que el autor reanuda con regularidad la prestación alimentaria,
- b) A partir del momento en que el obligado se encuentra sin capacidad económica para hacerlo; p. ej. ante una real imposibilidad física para procurar los medios necesarios, o por una adversa situación económica de cualquier índole no provocada,
- c) A partir del momento en que el acreedor alimentario ha cumplido 18 años, o en caso de ser mayor de esa edad, cuando ha cesado el impedimento,
- d) Cuando ha recaído sentencia condenatoria por dicho delito,
- e) Con el perdón del ofendido en los casos en que el delito es de acción privada (Art. 73 del CP).

En virtud del carácter de permanente, la *prescripción de la acción penal* (Art. 63 del CP), comienza a correr desde la medianoche del día en que cesó la conducta omisiva por alguno de los motivos señalados, si ésta no se hubiere interrumpido por la comisión de otro delito o la secuela del juicio.

2.3.8. Aspecto subjetivo: El dolo y el error.

Se encuentra prevista por la ley sólo la forma dolosa de culpabilidad. El dolo se encuentra integrado con: a) el conocimiento del deber de alimentar, y b) cuando el autor, pudiendo hacerlo, voluntariamente se sustrae de prestar los medios indispensables para la subsistencia. 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 ley³⁸. Este elemento subjetivo no se presume, si no que pesa sobre el Estado la demostración de su existencia.

Conforme a lo expuesto, y como en toda figura que requiere tal elemento subjetivo, debe existir dolo por parte del obligado para que el delito quede configurado. La conducta punible prevista en la Ley 13.944, no se agota en consecuencia con la simple objetividad de omitir el deber que el obligado con capacidad económica tiene de prestar alimentos, sino que dicha conducta debe ser dolosa, esto es voluntariamente encaminada a sustraerse de la obligación impuesta por la ley. Por tal motivo, no toda falta de prestación asistencial a las personas indicadas por la ley, va a implicar necesariamente su caída en el ámbito represivo, sino que es menester también la concurrencia de dicho elemento subjetivo.

³⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 31.

Pese a la existencia de numerosos fallos de la Cámara Criminal de la Capital que así lo entendió, la ausencia de capacidad económica en el obligado -por reales e insuperables circunstancias- no constituye una causa de justificación, ni tampoco de inculpabilidad, ya que la ausencia de tal poder, excluye el tipo delictivo al liberar al sujeto activo de la obligación de proporcionar. Como se señalara supra, al no poder imponer el derecho obligaciones de cumplimiento imposible, el deber de proporcionar alimentos se encuentra necesariamente supeditado a la capacidad económica del alimentante, con lo cual no se dará el tipo, cuando la falta de cumplimiento del obligado esté motivada en la carencia de poder económico para hacer frente al deber impuesto por la ley³⁹.

Debe rechazarse la posibilidad de error de derecho extrapenal fundado en la invocación del desconocimiento del deber de pasar alimentos, al tratarse de una exigencia natural y de sentido común a la que están obligados determinados sujetos en virtud de determinados vínculos parentales o jurídicos. Es, no obstante ello excusable el error del obligado alimentante, fundado en la creencia de estar aportando a través de los embargos efectuados en sus haberes por su empleadora, cuyos montos suponía llegaban a poder de sus destinatarios.

³⁹ En igual sentido LASCANO, CARLOS J., ob. cit..

2.3.9. Sujetos activos y pasivos.

Se trata de un delito especial ya que sólo pueden ser sus autores, quienes reúnen las especiales calidades establecidas taxativamente en el tipo, debiendo además éstos -para incurrir en las previsiones de la norma en tal carácter- ser económicamente capaces. En algunos casos estas calidades devienen de vínculos biológicos, y en otros provienen de la adopción u otras relaciones jurídicas. Son tales según los Arts. 1 y 2 de la ley:

A. Los padres para con los hijos menores de dieciocho años o de más si estuviere impedido, concebidos dentro o fuera del matrimonio.

Aquí los sujetos activos son en primer lugar los padres cosanguíneos matrimoniales o extramatrimoniales, convivientes o no convivientes. Dada la nota de consanguinidad, no lo son por el contrario el padrastro ni la madrastra, salvo cuando revistan el carácter de tutores, curadores o guardadores. El deber alimentario de los padres, lo es respecto a sus hijos de igual carácter, menores de dieciocho años o cuando siendo mayores de esa edad están impedidos.

La obligación de ambos progenitores es concurrente e independiente, es decir recae en igual medida sobre la madre y el padre, pudiendo ser sujetos activos ambos a la vez o sólo uno, no encontrándose su obligación sujeta a ningún orden de prelación. Siendo ambos progenitores coobligados, el cumplimiento de uno de ellos no hace desaparecer la obligación respecto del otro. El hijo mayor de dieciocho años "impedido" es también posible sujeto pasivo del delito, dándose esta situación cuando se encuentra imposibilitado de procurarse su propia subsistencia, pudiendo provenir dicho impedimento de un accidente o de una enfermedad física o mental congénita o adquirida, transitoria, periódica o permanente. No así, cuando por tratarse de una incapacidad parcial esto no le imposibilita ganar lo necesario a su propia subsistencia.

Cesa la obligación del padre, al cumplir el sujeto pasivo los dieciocho años, o al cesar el impedimento si fuese mayor, o por adopción del hijo, ya que en tal caso el deber de alimentos se transfiere a los padres adoptivos.

Por el contrario, el deber alimentario no se extingue:

a) Por emancipación del hijo, toda vez que ello implicaría la posibilidad de los obligados de liberarse de sus obligaciones legales por un acto voluntario y unilateral⁴⁰.

b) Por suspensión o pérdida de la patria potestad.

c) Por profesión monástica de los padres o los hijos, pues si bien conforme al inc. 2° del Art. 306 del CC, ésta genera la extinción de la patria potestad, tal como se ha destacado, profesar una vocación religiosa en una orden no puede constituir una falta sancionable⁴¹.

d) En referencia a los supuestos de indignidad, el Art. 3296 del CC en su redacción conforme a la Ley 23.264, establece que "es indigno de suceder al hijo, el padre o la madre que no lo hubiere reconocido voluntariamente durante la menor edad o que no le haya prestado alimentos conforme a su condición y fortuna". Esta norma civil, ha establecido una causal de indignidad, sancionando al padre o madre que ha puesto de manifiesto un absoluto desinterés por la suerte de los hijos. Parte de la doctrina⁴² considera que en este caso y en los demás supuestos de indignidad (Arts. 373, 3291, 3293 y 3295 del CC) que puedan cometer padres o hijos y por los que pueden ser desheredados, no cesa el deber alimentario. En contra de este criterio, Ernesto J. Ure sostiene que "no es exigible la prestación en los casos en que la ley priva de todo derecho a los bienes del obligado como en los casos de indignidad para suceder".

⁴⁰ NÚÑEZ, R., ob. cit..

⁴¹ CAIMMI - DESIMONE, ob. cit..

⁴² LASCANO, CARLOS J., ob. cit.; NÚÑEZ, RICARDO, *Tratado...* t. VI.

En igual sentido Laje Anaya⁴³ Y Eusebio Gómez⁴⁴, quien refiere que "no puede exigirse el amparo de la ley penal, para requerir el cumplimiento de una obligación que ha cesado de conformidad a la ley civil que fue la que le dio origen".

e) Por el hecho de encontrarse los padres conviviendo, separados de hecho, divorciados o cuando el matrimonio ha sido declarado nulo.

f) Tampoco cesa el deber -al igual que en los demás casos-' por existir otras personas, obligadas o no, que prestan su ayuda.

⁴³ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 203.

⁴⁴ GÓMEZ, EUSEIBIO, "Incumplimiento... cit., p. 64.

B. El adoptante, con respecto al adoptado menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido y el adoptado con respecto al adoptante impedido.

Adoptante y adoptado son recíprocamente obligados, bajo iguales circunstancias a la de padres e hijos. Producida la adopción de un menor, la obligación alimentaria del padre biológico y su hijo adoptado queda extinguida, toda vez que la adopción plena confiere al adoptado una filiación sustitutiva de la de origen, dejando el adoptado de pertenecer a la familia de sangre y extinguiendo el parentesco con sus integrantes.

En la adopción simple, si bien conforme al Art. 331 del CC los derechos y deberes resultantes del vínculo biológico subsisten, la patria potestad al ser transferida al adoptante queda en consecuencia extinguida, cesando de tal manera el deber de asistencia derivado del vínculo biológico, salvo el período de seis meses a un año de guarda en que los padres conservarán su deber de alimentos⁴⁵. La obligación recíproca de adoptante y adoptado, cesa en iguales circunstancias que la de padre e hijo, pero queda también extinguida por nulidad de la adopción o por su revocación en la adopción simple (Art. 335 del CC).

⁴⁵ LAJE ANAYA, JUSTO, ob. cit., ps. 209/10.

C. El hijo respecto de los padres impedidos (Art. 2° inc. a).

Esta norma tipifica también como posibles sujetos activos a los hijos matrimoniales o extramatrimoniales, respecto a sus padres que se encuentran impedidos. Estos, sólo podrán ser autores: a) cuando sus padres se encuentren impedidos y b) cuando posean capacidad económica suficiente. Al igual que en los demás casos, su obligación no cesa por existir otras personas obligadas, y tampoco la emancipación en nada modifica su situación como obligados y posibles sujetos activos del delito. En relación a los supuestos de indignidad por los que pueden ser desheredados, vale lo dicho precedentemente sobre las distintas posiciones de la doctrina. Por el contrario, los hijastros no son penalmente obligados respecto a sus padres al no revestir el carácter de consanguíneos.

Se ha planteado la cuestión referida a la edad mínima a partir de la cual el hijo puede ser sujeto activo de este delito, existiendo distintas posiciones doctrinarias:

A) Ricardo Núñez⁴⁶ sostiene que los hijos deben tener como mínimo dieciocho años, pues si son menores de dicha edad, tienen por el contrario, derecho a que sus padres le suministren lo indispensable para la subsistencia. El impedimento de los padres si bien priva a los hijos menores de dieciocho años de la asistencia de aquéllos, no transforma su condición de beneficiarios en la de obligados. En igual sentido Laje Anaya⁴⁷, ya que:

1. Pudiendo hasta esa edad ser víctimas, no pueden a su vez ser victimarios,
2. No son punibles conforme al Art. 1° de la Ley 22.278.

⁴⁶ Núñez, RICARDO, *Tratado...*, t. VI.

⁴⁷ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 208.

B) En otro sentido, Carlos J. Lascano sostiene que la edad para que la omisión del hijo sea punible está condicionada a la edad para ser imputado el delito. En igual sentido Caimmi-Desimone⁴⁸ sostienen que el hijo debe tener como mínimo dieciocho años mientras el Art. 1° de la Ley 13.944 tenga una pena como máximo de dos años y se mantenga la edad fijada por la Ley 22.278 para ser penalmente imputable. En tal caso considera este autor, pueden ser sujetos pasivos los hijos a partir de los 18 años en el caso del Art. 1° de la Ley 13.944, pero a los 16 años en el supuesto del Art. 2° bis (Insolvencia alimentaria fraudulenta).

C) Fontan Balestra sostiene la necesidad de reparar en la capacidad de un menor para adquirir derechos y contraer obligaciones, celebrar contratos, etcétera.

Los padres sólo pueden ser sujetos pasivos respecto a sus hijos, cuando son incapaces, pudiendo provenir la etiología de esta incapacidad de cualquier circunstancia que signifique un impedimento para conseguir el propio sustento.

⁴⁸ CAIMMI - DESIMONE, ob. cit..

- D. El tutor, guardador o curador, respecto del menor de 18 años o de más si estuviere impedido, o al incapaz, que se hallaren bajo su tutela, guarda o curatela.**

Tutela:

Es tutor, quien ha sido designado como tal por juez competente, asignándosele conforme a la ley, poder para gobernar la persona y los bienes de un menor no sujeto a patria potestad (art. 377 CC). La norma penal comprende todos los casos de "tutela general" contemplados por el Código Civil, pero no al *tutor ad litem* (R. Núñez). En este sentido, el tutor puede ser autor de este delito, respecto a su pupilo menor de dieciocho años, o siendo mayor de esta edad cuando se encontrara impedido. Aquí se puede advertir una diferencia de la ley penal respecto a la civil. Esta última, si bien en sus Arts. 412 y 416 CC establece como obligación del tutor la de alimentos y educación, dispone que si el menor posee rentas, el juez debe fijar la suma que debe invertirse en tal concepto (Art. 423 CC), pudiendo aun autorizar al tutor para emplear parte del capital, e inclusive la venta de bienes raíces de los menores (Art. 427 CC). Aun en el supuesto de pupilos indigentes, autoriza al tutor a exigir judicialmente la prestación de alimentos a parientes (Art. 428 CC). Finalmente, en caso de carecer el pupilo de parientes, el tutor puede ponerlos en otra casa o contratar el aprendizaje de un oficio y los alimentos (Art. 430 CC).

Como se puede apreciar de las normas transcriptas, civilmente los tutores no poseen la obligación de solventar de su propios bienes las necesidades de pupilos y, por el contrario, a partir del discernimiento de la tutela tienen penalmente la obligación de prestar, de su peculio, los medios indispensables para la subsistencia de los pupilos, pudiendo incurrir en el delito, cuando poseyendo poder económico no lo proporcionan.

Al igual que en los demás casos, la obligación del tutor está supeditada a su capacidad económica; pero éste no podría excusarse en la existencia de terceros, obligados o no, que se encuentren prestando la asistencia. La obligación nace con el discernimiento de la tutela y cesa con la extinción del carácter de tutor sea por: a) remoción judicial, b) en el caso del pupilo impedido, por haber adquirido los veintiún años, c) al haber mejorado el pupilo su situación económica⁴⁹.

Curatela:

En este supuesto, la ley penal sólo se refiere a la curatela discernida por el juez a personas mayores de edad incapaces de administrar sus bienes, sea que se trate de dementes o sordomudos que no saben leer ni escribir, inhabilitados judicialmente por embriaguez habitual o uso de estupefacientes, disminuidos en sus facultades mentales o prodigalidad (Arts. 152 y 468 Y ss. CC).

Al igual que en la tutela, los curadores civilmente no se encuentran obligados a soportar de su peculio la alimentación de los curados, pues el Art. 475 dispone aplicable a las leyes de la curatela lo dispuesto para la tutela de menores. La disposición penal no comprende al "curador de bienes" de herencia no aceptada (Art. 485 y s. CC). El curador para ser autor de este delito, debe haber violado su obligación alimentaria respecto al mayor incapaz sometido a curatela, siendo aplicable a este supuesto todo lo dicho respecto al tutor.

Guarda:

Se entiende por guardador a los fines de este delito, a la persona que de hecho tiene el gobierno y cuidado material y moral de un menor de 18 años o un mayor de esa edad

⁴⁹ LAJE ANAYA - GAVIER, Notas a leyes penales, Lerner, Córdoba, 2000, L. 1, p.35.

impedido, cualquiera hubiere sido la circunstancia que haya originado esta situación .El guardador puede haber asumido tal calidad, de hecho o en virtud de una resolución judicial, pero no comprende a quien sólo se encuentra encargado de la guarda, "porque a diferencia de aquél carece de la calidad de representante por sustitución o por abandono de familia"⁵⁰.

Esta obligación alimentaria les corresponde a los guardadores, en relación a los menores de dieciocho años, o mayores de esa edad que se encontrasen impedidos. No queda comprendido en esta categoría de guardador: ni el esposo de una mujer que posee un hijo menor de otro padre; ni la concubina respecto a los hijos de su manceba cuando la madre conserva sobre ellos la patria potestad⁵¹.

Cabe finalmente señalar que si bien no se encuentran contemplados por la ley como supuestos sujetos activos de este delito los abuelos, hermanos u otros parientes, sí lo serán cuando siendo tutores, curadores o guardadores de sus nietos, hermanos, etcétera, omitan la prestación de alimentos.

⁵⁰ LAJE ANAYA - GAVIER, ob. cit., t. 1, citando resolución del TSJ de Córdoba, Boletín Judicial de Córdoba, t X, v. 7, 1966, p. 327.

⁵¹ Cfm. Lascano, Carlos I, ob. cit.; TSJ Cba. 16/4/1958; BJC t. II, V. 6, p. 474.

E. El cónyuge respecto del otro no separado legalmente por su culpa.

La obligación asistencial de los cónyuges es recíproca y, al igual que en los demás supuestos, a) se deben alimentos sin necesidad de una resolución civil que los establezca a favor de uno de ellos, y b) estos alimentos son debidos, aun cuando otros obligados estén efectivizando su ayuda. El deber de alimentos de los cónyuges, no se encuentra supeditado como en los demás casos a una situación especial referida a la edad o a la existencia de algún impedimento. La ley descarta la posibilidad de hacer valer una prelación de derechos entre ellos. Esta prestación se deben los cónyuges, ya sea que se encuentren conviviendo o separados -de hecho o judicialmente- pero cuando esto último ocurre, sólo el inocente (el no declarado culpable de la separación) será acreedor de alimentos. Esta calidad de cónyuge culpable, a quien la ley excluye como sujeto pasivo del delito, no se adquiere con el mero hecho de la interrupción de la convivencia matrimonial e invocación de una causal, sino que es necesaria una resolución judicial que así lo establezca. *Contrario sensu*, es obligado, aquel que conforme a la sentencia fue el culpable de la separación.

Separación personal. Divorcio vincular. Nulidad matrimonial.

Nuevamente se pone de manifiesto la autonomía entre el deber alimentario civil y penal; cuando producida la "separación personal" o el "divorcio vincular", conforme a la ley civil el cónyuge que dio causa a la separación debe contribuir a que el otro, si no dio también causa, mantenga el nivel económico que los cónyuges gozaron durante la convivencia. Por otro lado, haya o no declaración de culpabilidad, también los esposos se deben recursos en caso de necesidad extrema. Sólo cesa tal derecho en el caso de "divorcio vincular", en el supuesto en que el beneficiario contraiga nuevas nupcias, viviere en concubinato o incurriere en injurias graves (Arts. 207, 208, 209, 217 y 218 del CC).

Ya en el ámbito penal, se debe observar que en oportunidad de hacer referencia la Ley 13.944 a la "separación legal", no se encontraba vigente el instituto del *divorcio vincular* con su efecto disolvente del vínculo matrimonial, y con el cual los cónyuges pierden el carácter de tales. Por tal razón, no obstante los mencionados derechos alimentarios previstos por la ley civil, la incriminación penal por omisiones posteriores a la resolución disolutiva del vínculo matrimonial, resultaría violatoria del principio de legalidad (Arts. 18 y 19 de la C.N), al ampliarse indebidamente el círculo de autores taxativamente enunciados en el tipo.

Distinto es el caso en la "*separación personal*" (Arts. 201 y ss. del CC) ya que al no disolver ésta el vínculo matrimonial y continuar los cónyuges siendo tales después de la sentencia, seguirá siendo penalmente acreedor al derecho de alimentos aquel que no hubiere sido declarado culpable. Por el contrario, el cónyuge declarado culpable, no será acreedor a asistencia ni aun en el supuesto de extrema necesidad, en virtud de la expresada exigencia típica del Art. 2° inc. d).

En la hipótesis de sentencia que declare la *culpa* de *ambos cónyuges*, existen distintas posiciones: C. J. Lascano considera que "revistiendo ambos ese carácter la obligación desaparece". En igual sentido Laje Anaya⁵² sostiene que: "cuando ambos cónyuges hayan sido declarados culpables, habrá cesado recíprocamente el derecho y la obligación". Por su parte Núñez⁵³ se pronuncia por la subsistencia de la obligación asistencial, sosteniendo que en realidad lo que libera de la obligación es la inocencia de uno de los esposos (en igual sentido Ure). Pareciera que la razón asiste a la primera de las posiciones mencionadas pues siendo ambos cónyuges culpables desaparece para ambos el deber de subsistencia. Así lo entendió la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional⁵⁴ al resolver que "El marido divorciado por culpa declarada de ambos cónyuges, no incurre en el delito tipificado en el Art. 2° inc. d de la Ley 13.944 y, en el caso, a mayor abundamiento, si la esposa mantiene una relación concubinaria posterior a la separación".

Por igual fundamento, *con posterioridad a sentencia firme de nulidad matrimonial*, sea que ambos cónyuges hayan sido de buena fe, o ambos de mala fe, o uno de ellos inocente, no puede darse este delito por omisiones entre quienes fueron marido o mujer, ya que faltaría la calidad especial del sujeto activo exigida taxativamente en el tipo, toda vez que declarada la nulidad, para el futuro los cónyuges dejarán de ser tales. Tratándose de una cuestión atinente a la tipicidad penal, esto es así aunque civilmente se haya mantenido a favor del de buena fe la obligación alimentaria, Arts. 209 y 221 inc. 1° del CC.

⁵² LAJE ANAYA, ob. cit., p. 214.

⁵³ NÚÑEZ, RICARDO, OR. CIT., t. VI, ps. 26 y 27.

⁵⁴ Sala I, febrero 11-977, R, I/A Y Sala n, febrero 27-976, JA 1976-IV-243.

Un análisis distinto requieren las omisiones alimentarias acaecidas *con anterioridad a la sentencia* de *nulidad*, pues el cónyuge de mala fe (conocimiento que el contrayente tuvo al momento de la celebración del matrimonio, del impedimento que iba a causar la nulidad) cae dentro de la órbita de la Ley 13.944, toda vez que para el de buena fe el matrimonio produjo hasta ese día todos sus efectos como si fuera válido (Art. 221 CC). Si ambos fueron de mala fe, ninguno de los cónyuges queda comprendido en el Art. 2º, ya que el matrimonio no produjo efecto alguno para ellos al no haber adquirido la condición de cónyuges, siendo tal unión reputada como concubinato conforme al Art. 223 CC⁵⁵. Para el cónyuge de buena fe por el contrario, el matrimonio, hasta el día que se declaró la nulidad, produce todos los efectos de uno válido y no tendrá éste obligación alimentaria para con el de mala fe, pero sí derecho a exigirlos (Art. 222).

⁵⁵ CAIMMI - DESIMONE y NÚÑEZ, R., obs. cit.

2.3.10. Antijuridicidad.

Como todo delito, deben darse en primer lugar todos los elementos del injusto, es decir, la conducta, la tipicidad, y la antijuridicidad, que es lo que hace que el hecho no solamente tenga acogida en una figura legal, sino que sea contraria al orden normativo. En tal sentido, al tratarse de un delito formal o de mera actividad que no exige un elemento subjetivo específico en el autor, la tipicidad le da la existencia de los elementos objetivos exigidos, su conocimiento por el autor y su voluntad de realización.

Pero suele ocurrir que el incumplimiento de los deberes de asistencia se da porque el autor se encuentra en una situación tal que justifica su accionar. No se advierte un supuesto de legítima defensa que pueda ocurrir, pero en lo que respecta al estado de necesidad, puede suceder que el imputado no cumple con su obligación alimentaria, no ya por imposibilidad económica que afectaría la tipicidad dado que no se tendría la posibilidad material de realizar la conducta debida, sino por requerir los ingresos que posee para solventar una necesidad superior: causaría un mal menor, para evitar otro mayor e inminente al que ha sido ajeno -Artículo 34 inciso 3° del Código Penal-.

El motivo por el cual se omitió brindar los elementos para la subsistencia tiene que ser porque los recursos se asignaron para garantizar un bien jurídico de mayor jerarquía -intervención quirúrgica de urgencia exigida como *conditio sine qua non* para preservar la vida del sujeto activo o un tercero-.

No es suficiente una mera dificultad económica del obligado a brindar la asistencia, sino que debe probarse que la incapacidad sea auténtica, insuperable y no provocada⁵⁶. Tampoco será suficiente esgrimir como argumento de la imposibilidad un mal estado anímico del imputado, sino que es necesario acreditar que el mismo lo conducía a no poder realizar tareas laborales⁵⁷.

Pero la omisión del autor de suministrar al sujeto pasivo de los medios indispensables para la subsistencia se basa en que el autor no posee medios para subsistir él mismo, nos encontraremos ante una colisión de bienes jurídicos de igual jerarquía, que configurará en todo caso un estado de necesidad disculpante que metodológicamente se analiza en el punto siguiente.

En lo que respecta al consentimiento de la víctima como causal de justificación, no opera en el supuesto de autos. El Artículo 374 del Código Civil prohíbe expresamente la renuncia o transferencia del derecho a los alimentos, lo que despeja toda duda al respecto⁵⁸.

Igualmente, es menester recordar, una vez más, que se sanciona penalmente a la omisión de brindar los elementos básicos para la subsistencia, aquellos necesarios para mantener la integridad física y mental de las personas, y que por ello el derecho a percibirlos no puede ser renunciado, sin vulnerar la dignidad humana. Ello, más allá del destino que en definitiva se le da a la cuota alimentaria pagada.

⁵⁶ Jdo. de Menores de la Nominación de Córdoba, autos "B.M.F.", rta. el 22/2./1999, en L.L.C., 1999-E, p. 924.

⁵⁷ CNCC, Sala VI, autos "Villanueva, Justo J.", rta. el 27 /10/198H, en JA., 1990-1-658.

⁵⁸ Código Civil, arto 374: *"La obligación de prestar alimentos no puede ser compensada con obligación alguna, ni ser objeto de transacción; ni el derecho a los alimentos puede renunciarse ni transferirse por acto entre vivos o muerte del acreedor o deudor de alimentos, ni constituir a terceros derecho alguno sobre la suma que se destine a los alimentos, ni ser ésta embargada por deuda alguna"*.

Sin perjuicio de que el derecho a percibir los alimentos no puede ser renunciado, sí puede serlo la acción civil por el reclamo de los debidos, y si ello ocurre también se considerará renunciada la acción penal por tales incumplimientos -Artículo 1097 del C.C-. De ello se deduce que cuando la víctima es uno de los cónyuges que no fue declarado culpable en juicio de separación legal o divorcio vincular, no podrá reclamar una sanción penal, porque la acción en este supuesto es privada. Solamente podrá deducir denuncia en relación al hecho que perjudique a sus hijos menores de edad, puesto que en este caso la acción es pública⁵⁹.

Tampoco será excusa la negativa del alimentado o de su representante de recibir la prestación alimentaria, por cuanto en esas circunstancias existe un remedio legal para verificar el cumplimiento de la obligación, y es la consignación judicial⁶⁰.

⁵⁹ Código Civil, art. 1097: *"La acción civil no se juzgará renunciada por no haber los ofendidos durante su vida intentado la acción criminal o por haber desistido de ella, ni se entenderá que renunciaron a la acción criminal por haber intentado la acción civil o por haber desistido de ella. Pero si renunciaron a la acción civil o hicieron convenios sobre el pago del daño, se tendrá por renunciada la acción criminal."*

⁶⁰ CNCC, Sala I, autos "Otero, Alfonso" rta. el 31/5/1968, publicado en ED., T. 134, p. 1019.

2.3.11. Atribuibilidad.

En primer lugar, debe analizarse si el autor es responsable por el hecho, es decir, si le era exigible la realización de la conducta omitida. Para que no le sea exigible la conducta, deberá estar en una situación en la que si bien posee los medios para proveer al beneficiario para su subsistencia, posee otras obligaciones de igual jerarquía, es decir, se configura un estado de necesidad disculpante o exculpante⁶¹.

Puede ocurrir que los medios que posee sirven solamente para su propio sustento, y tal circunstancia no se dará por una mera disminución de haberes, en cuyo caso deberá prestar asistencia en la medida de sus posibilidades; tampoco se dará si el acusado expresa que no posee trabajo pero no arbitró los medios necesarios para obtenerlo. Si bien el derecho al trabajo incluye la facultad de su titular de no hacerlo, lo cierto es que ningún derecho puede ser ejercido abusivamente -Artículo 1071 del CC-, y en estos casos para el derecho penal prevalece la asistencia de la familia.

⁶¹ JESCHECK, Hans-Heinrich., p. 434; MAURACH, Reinhart, GOSSEL, Karl, ZIPF, Heinz, p. 550. Citados en CAIMMI-DESIMONE.

La Cámara en lo Criminal y Correccional de Pergamino, sostuvo que la pretendida excusa de carecer de trabajo o hallarse en dificultades económicas no obsta a la configuración del delito de incumplimiento de 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 ellos⁶².

Otro supuesto de estado de necesidad disculpante puede ocurrir en el caso en que el obligado tenga varias cargas de familia y pueda asumir solamente algunas de ellas. Por ejemplo, el caso de un hombre divorciado en dos oportunidades, con hijos de ambas uniones, y únicamente puede afrontar las necesidades de los nacidos en una sola de ellas.

En lo que respecta al conocimiento del ilícito, suele ocurrir que los acusados por este tipo de delitos se amparen en que incurrieron en un error directo de prohibición, sobre los alcances de la norma prohibitiva, al sostener que entendían que por existir otros obligados cesaba el deber de ellos de hacer efectiva la prestación debida; o bien en un error indirecto de prohibición, consistente en que pensaban que se daban los presupuestos objetivos del estado de necesidad justificante debido a una merma en sus ingresos, o situaciones similares⁶³.

⁶² CCC Pergamino, autos "E.P., s/incumplimiento de asistencia familiar", rta. el 31/5/1994, del voto del Dr. Gesteira.

⁶³ JESCHECK, Hans-Heinrich, ob. cit., p. 412 y ss. y 417 y ss.

Para dilucidar estas situaciones debe recurrirse al análisis de la conducta típica: se insiste una vez más, no se reprime la mera disminución de una cuota alimentaria acordada entre partes o fijada judicialmente, sino la conducta de un sujeto que se encuentra en posición de garante - generalmente progenitor o ex cónyuge- que omitió brindar los elementos mínimos para la subsistencia a quienes debía, según sus posibilidades materiales. Considerando ello, y también que se trata de un delito de mera actividad y que no exige un elemento subjetivo específico, excusas como la ejemplificada resultan en muy pocas oportunidades verosímiles.

2.3.12. Autoría y participación.

La autoría es especial propia, dado que para ser considerado como sujeto activo de este injusto es *conditio sine qua non* poseer una calidad específica o posición -padre, hijo, cónyuge, etc.-.

El deber de obrar es impuesto a cada una de las personas enumeradas por la ley en forma independiente, siendo que la responsabilidad de una no queda excluida por la circunstancia de existir otras también obligadas (Art. 3º). Entonces, cada una de ellas tiene el deber de brindar elementos mínimos para la subsistencia. Si por ejemplo dos hijos se dividen los aportes que tienen que hacer a un padre impedido y en forma conjunta le brindan dichos elementos básicos, no es necesario que, a los efectos de la comisión del injusto, ambos se pongan de acuerdo en cesar en sus obligaciones, dado que, como se dijo, se trata de un delito de mera actividad que no exige la producción de un resultado ni la verificación de un peligro concreto, sino la mera omisión de cumplir con la asistencia debida. Tal circunstancia lleva a concluir que este delito no admite coautoría. La omisión de brindar alimentos a una misma persona por parte de distintos obligados, dará lugar a tantos ilícitos como obligados.

En cambio, la instigación resulta factible. Es común el caso de la nueva concubina o cónyuge del obligado, que lo determina a dejar de brindar alimentos a su ex esposa o a sus hijos del anterior matrimonio.

2.3.13. Procedimiento y competencia.

Todas las figuras previstas por la Ley 13.944 son de competencia ordinaria. Los tipos de los Artículos 1° y 2° tramitan por el procedimiento en lo correccional, y en el caso del 2° inciso "d" tramita por juicio de acción privada. El Artículo 2° bis prevé un delito de acción pública de competencia criminal ordinaria.

En el supuesto, entonces, del Artículo 2° inciso "d", esto es, cuando la víctima resulta el cónyuge no separado legalmente por su culpa, debe promover una querella por delito de acción privada, que tramitará de conformidad a los sistemas procesales de cada provincia.

En general, se establece una audiencia de conciliación previa, en la cual las partes pueden arribar a un acuerdo que haga desistir al querellante de la acción penal, y consecuentemente se sobresea al querellado. Estos acuerdos involucran, en la mayoría de los casos, un resarcimiento patrimonial y el establecimiento de nuevas cuotas alimentarias. Corresponde aclarar, en este último supuesto, que cuando se ha arribado al acuerdo conciliatorio y se ha desistido de la acción, que el sumario no puede reiniciarse por nuevos incumplimientos del aludido convenio por parte del acusado, en cuyo caso deberá promoverse una nueva querella. Esta aclaración se hace, porque muchas veces suele confundirse al Juzgado de intervención en la querella con un órgano fiscalizador del cumplimiento de las obligaciones alimentarias, y ello dista de ser cierto. Una vez renunciada la acción penal por la adopción de un acuerdo conciliatorio, no hay vuelta atrás, sin perjuicio, como se dijo, de la posibilidad de iniciación de un nuevo expediente por la incursión en nuevas conductas omisivas por parte del obligado.

Si bien todos los ordenamientos procedimentales establecen también como causal de sobreseimiento del inculpo en los juicios por delitos de acción privada, su retractación, este supuesto es solamente para los delitos contra el honor en los que de esta forma se repara el daño, y no resulta de aplicación al injusto que nos ocupa, por cuanto el incumplimiento de los deberes asistenciales no queda reparado con un mero arrepentimiento del imputado, sin el consentimiento del querellante, que en general adoptará una vez que aquél haya resarcido el daño patrimonial causado por el injusto y haya adoptado un compromiso asistencial para el futuro.

Se ha sostenido que el desistimiento de la acción que hace una querellante, una vez avanzado el proceso, en virtud de haber llegado a un acuerdo con el acusado en una causa por el delito que nos ocupa, en nada enerva la acción pública respecto de los hijos menores de edad, por cuanto en este supuesto el delito es perseguible de oficio⁶⁴.

En lo que respecta a la circunscripción territorial, está dada por el lugar en el que la asistencia debía verificarse. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que debe intervenir el Tribunal del lugar en que se domicilia el querellado y tiene su asiento a la vez el Juzgado Civil en el que tramitó el juicio por alimentos en el que se fijó, aunque sea provisoriamente, la respectiva cuota incumplida⁶⁵.

⁶⁴ CNCC, Sala I, autos "Fassi Lavalle, José O.", rta. e14/10/1991, en JA., 1993-IV-síntesis.

⁶⁵ CSJN, autos "Rossetti, Claudio", rta. el 1/12/1992, en JA., 1993-III-síntesis.

Un supuesto particular se genera cuando el incumplimiento de los deberes de asistencia se inició en una localidad, y se continuó en otra, correspondiente a una jurisdicción distinta a la primera. Al tratarse de un delito permanente en este supuesto se reputa como única la maniobra. Entonces, la cuestión es determinar qué Tribunal debe intervenir en la sustanciación del proceso. Sobre este punto, el Alto Tribunal Federal sostuvo que en atención al carácter permanente del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, no hay razón de principio que imponga decidir a favor de la competencia de alguno de los jueces en el ámbito de cuyas respectivas jurisdicciones se ha mantenido la acción delictiva, y a tal efecto, conviene estar a razones de economía procesal y mejor defensa de las partes⁶⁶.

Han sido amplios los parámetros otorgados por la Corte para determinar la competencia en este supuesto, por cuanto lo que propugna es la "economía procesal". Entonces, deberá intervenir el Tribunal en el que se inició la causa, o bien si se iniciaron en ambas circunscripciones, aquél que posea la causa más avanzada, o bien el correspondiente al domicilio en el que debe verificarse la obligación alimentaria⁶⁷.

⁶⁶ CSJN, causa N° 1482 XXXVI, "López, Hugo Walter s/infracción ley 13.944", rta. el 27 /2/2001, en Fallos, T. 324, p. 509.

⁶⁷ Si bien la Corte ha sostenido que debe tramitar el expediente en el lugar en que se domicilia el querellado y tiene su asiento el Juzgado Civil en el que tramitó el juicio por alimentos en el que se fijó la cuota incumplida, lo cierto es que sobre este punto, debe estarse a las reglas generales establecidas por el Código Civil acerca del lugar en que deben hacerse los pagos de las obligaciones en general (arts. 747 a 749). Así, en primer lugar debe estarse al lugar señalado en la obligación -judicial o extrajudicialmente establecida-; y recién luego, si no se hubiese establecido, deberá cumplirse en el domicilio del deudor -en este caso el imputado- al tiempo del cumplimiento de la obligación.

La pena a imponer puede ser dejada en suspenso en todos los supuestos. En lo que respecta a la suspensión del juicio a prueba o la *probation*, de conformidad a lo normado por los Artículos 76 bis y siguientes del Código Penal, resulta de aplicación en los supuestos de los Artículos 1° y 2° sin duda alguna, siempre y cuando el imputado pague el mínimo de la multa legalmente prevista -Artículo 76 bis del Código Penal, párrafo 5°. Debe aclararse que para obtener la *probation*, el imputado debe reparar el daño y, como se dijo, pagar el mínimo de la multa, pero no puede someterse judicialmente como *conditio sine qua non* del beneficio, al pago de una cuota alimentaria, por cuanto ésta no es una de las reglas de conducta que específicamente establece el Artículo 27 bis del citado cuerpo legal. En todo caso, si una vez suspendido el juicio, el imputado no paga una cuota alimentaria subsiguiente y de esta forma incurre nuevamente en el tipo, se estará ante un nuevo delito, lo que habilitará la reanudación del juicio, sin que sea posible una condenación condicional -Artículo 76 ter párrafo 5° del Código Penal-.

La discusión versa en relación a la insolvencia alimentaria fraudulenta, dado que, teniendo en cuenta que tiene prevista una pena máxima de seis años de prisión, si se adopta la tesis amplia que entiende que el límite cuantitativo impuesto por el párrafo primero del Artículo 76 bis se refiere a la pena a aplicar en el caso concreto, podría suspenderse el proceso; en cambio, si se adopta la tesis restrictiva que sostiene que el límite se refiere a aquellos delitos cuya pena máxima prevista en abstracto no supere los tres años de prisión, no podrá aplicarse la *probation* en este supuesto. Esta cuestión, en el ámbito nacional, fue dirimida en el fallo plenario "Kosuta" de la Cámara de Casación Penal, que adoptó la tesis restrictiva⁶⁸.

⁶⁸ Cámara Nacional de Casación Penal, plenario N° 5 por autoconvocatoria en causa N° 1403 de la Sala III "Kosuta, Teresa R. S/recurso de casación", dictado el 17/8/99 (se puede ver el fallo completo en *Fallos de la Casación Penal* N° 2, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 1999, p. 43), que arribó a la siguiente doctrina plenaria: 1) La pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el artículo 76 bis y siguientes del Código Penal es la de reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años; 2) No procede la suspensión del juicio a prueba cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa; 3) La oposición del Ministerio Público Fiscal, sujeta al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, es vinculante para el otorgamiento del beneficio; y 4) el querellante tiene

Demás está decir que soluciones como la suspensión del juicio a prueba, con resarcimiento del daño causado e imposición de reglas de conducta en los términos del Artículo 27 bis del Código Penal, en supuestos como los tratados, en los que generalmente se ven involucradas conflictivas situaciones familiares, resultan un método alternativo de resolución del conflicto más eficaz que la pena, y que tiende a proteger más efectivamente el bien jurídico tutelado.

legitimación autónoma para recurrir el auto de suspensión del juicio a prueba a fin de obtener un pronunciamiento útil relativo a sus derechos.

3. PROBLEMAS VINCULADOS CON LA TIPICIDAD DEL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR.

Se analizará aquí la relación sistemática que puede darse entre el delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar con otros tipos penales y a la teoría del concurso de delitos, a la autoría y participación criminal.

3.1. Relación sistemática con otros tipos penales.

Es evidente que la omisión que reprime la Ley 13.944 es un comportamiento que puede, en ciertos casos, ser precedido de otros que igualmente constituyen distintos ilícitos del Código Penal, o bien puede superponerse con éstos.

En cualquier situación en la que la conducta imputada pueda ser atrapada por más de un tipo penal o concurrieren varios hechos independientes en una sentencia, el intérprete, cierto es, deberá recurrir a las reglas del concurso de tipos consagradas en los Arts. 54 y 55 del Código Penal.

Sin pretender efectuar una cerrada casuística de los supuestos que pueden darse en la realidad, lo que sería prácticamente imposible, sí corresponde considerar la relación sistemática que, en abstracto, o sea, en el plano del deber ser normativo, existe entre el delito en estudio y otros, en aquellas hipótesis que pueden darse con mayor grado de probabilidad:

a) El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar y el delito de abandono de personas.

En el Art. 106 del Código Penal se reprime con prisión de dos a seis años al que “pusiere en peligro la vida o la salud de otro, colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar, o a la que el mismo autor haya incapacitado. La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión”.

Si se lee atentamente el tipo penal transcrito y el del delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar, se advertirá sin esfuerzo que cuando el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar pone en peligro la vida o la salud del sujeto pasivo a quien el imputado "debe mantener o cuidar", resultará necesario analizar la concurrencia o autonomía de ambas figuras y el eventual desplazamiento de una por otra.

Pero antes de intentar llegar a alguna conclusión sobre este punto, parece conveniente formular algunas aclaraciones previas.

En primer término, el tipo de abandono está ubicado sistemáticamente en el capítulo VI del Código Penal como un delito contra *las* personas. Es en su forma básica un tipo de peligro que afecta la salud o la vida del sujeto pasivo, y en sus formas agravadas ocasiona una lesión grave o directamente la muerte de aquél, mientras que *el* delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, como ya vimos, es catalogado por la doctrina y la jurisprudencia como un tipo que tutela a la familia.

En segundo término, como principio general, el no suministrar medios indispensables para la asistencia familiar no implica necesariamente incurrir en el delito de abandono de personas.

Puede tomarse como ejemplo más frecuente el del progenitor que hace abandono del hogar conyugal y deja de pasar alimentos, o el de aquel que separado de hecho o divorciado deja de prestar la asistencia familiar impuesta por la norma penal.

En ambos ejemplos, los hijos menores son dejados con el otro progenitor (la madre en los casos de alejamiento del padre, circunstancia habitual que se advierte en la realidad), o bien están bajo la guarda de quien ejerce su tenencia provisoria o definitiva. En ambos casos, y en esas condiciones, el delito previsto en el Art. 106 no se habría configurado, dado que no se ha creado la situación de peligro concreto que requiere el tipo. Así lo sostiene, entre otros autores, Sebastián Soler, con cita de Carrara y Liszt-Schmidt, en la que se destaca que "no existe este delito cuando la víctima es abandonada en un lugar donde es seguro que prontamente y sin peligro para la salud, no ya para la vida, será atendida, sea por persona determinada o indeterminada"⁶⁹.

⁶⁹ SEBASTIÁN SOLER, *Tratado de Derecha Penal argentina*. Editorial TEA, Es. As., 1973, tomo III, apart. 1I, p. 172.

Pero de ocurrir, sin embargo, un caso en que al mismo tiempo de incumplirse con los deberes de asistencia familiar se coloca al sujeto pasivo en la situación contemplada en el Art. 106 del Código Penal, cabría analizar su posible solución concursal.

Tratándose de hechos independientes, la regla aplicable es la del concurso real del Art. 55 del Código Penal, pero existiendo unidad de conducta, o sea, siendo "un hecho", cabría en este último supuesto analizar si se resuelve la cuestión como un concurso ideal o si sólo se da, en la especie, un concurso aparente de tipos penales.

La solución del concurso ideal se impone para quienes sostienen, siguiendo a Maurach, que lo que distingue al concurso aparente -o de leyes- del ideal, es que en el primero se ataca a un mismo bien jurídico⁷⁰.

Ahora bien, como los tipos penales en juego protegen bienes jurídicos de distinta índole (la integridad y la vida de las personas en el Art. 106, y la familia en la Ley 13.944), se debe aplicar la regla del Art. 54 del Código Penal, por lo que la escala penal se extraerá del tipo más grave (o sea, el Art. 106, que establece prisión de dos a seis años), pero quedando en claro que, conforme al principio de absorción, se individualizará la pena de modo más severo, teniéndose en cuenta que el autor también ha cometido otras violaciones a la ley penal⁷¹. En consecuencia, la pena que se imponga deberá ser suficiente como para retribuirle al autor la violación de las dos normas penales, la del Art. 106 y la de la Ley 13.944.

⁷⁰ REINHART MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, 1962, tomo II, p. 4.39.

⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio, *Tratado de derecho penal*, Ediar, 1981, p. 557.

La otra solución al tema planteado se daría aplicando la teoría del concurso aparente de tipos penales, también llamado concurso de leyes, o ideal impropio como lo hace Zaffaroni⁷², aplicando dentro de este marco el principio de consunción. Es sabido que una de las reglas de desplazamiento de los tipos que sólo aparentemente concurren con otros, es la de consunción que rige cuando "la realización de un tipo (más grave) acompaña de manera característica a uno menos grave"⁷³.

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

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

⁷² Ídem anterior, tomo IV, p. 557.

⁷³ GUNTER STRATENWERTH, Derecho penal, parte general, Edersa, Madrid, 1982, p. 346.

b) El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar y el delito de insolvencia alimentaria fraudulenta.

En muchos casos pueden observarse vinculaciones entre ambos delitos.

Nótese que se trata de un proceso alimentario y el deudor del Art. 2 bis se insolventa por cualquiera de las formas a que alude el tipo del Art. 2 bis de la Ley 13.944 (sea en el curso de dicho proceso o luego de dictada la sentencia condenatoria) y al mismo tiempo viene sustrayéndose a prestar medios indispensables para la asistencia familiar, se trata de una situación que debe resolverse por las reglas del concurso de tipos penales. A igual conclusión se arriba cuando se comprueba que el imputado se ha insolventado como medio para la comisión del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

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

Tratándose de dos hechos independientes rigen, ciertamente, las reglas del concurso real del Art. 55.

3.2. La doctrina del plenario "Guersi" y los problemas vinculados con la reiteración delictiva.

En el plenario dictado por la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en la causa "Guersi"⁷⁴, se dejó sentado como doctrina que "la sola pluralidad de víctimas no configura un supuesto de reiteración en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar".

En concreto, esto es así -según la posición mayoritaria- porque el bien jurídico tutelado es la familia y, en estas condiciones, existiendo unidad de bien jurídico, la omisión en que incurre el sujeto activo (no prestando los medios indispensables para la asistencia familiar) relativa a uno o de todos los miembros del grupo familiar, afecta a un único bien jurídico.

Se ha sostenido que esta opinión no encuentra su razón de ser en la circunstancia de que la familia o cada una de las personas damnificadas por la omisión sean el bien jurídico tutelado. En efecto, sea que se considere al delito que nos ocupa como un ilícito contra las personas o afectando a la familia, la solución que debe brindarse a los problemas concursales que genera, es la que correspondería a cualquier otro, y viene dada por los principios y pautas que la dogmática ha brindado para determinar la existencia de lo que se denomina "unidad jurídico-penal de hecho o de conducta"⁷⁵.

⁷⁴ Fallos (Excma. Cámara Apel. Crim. y Correc. Cap.Fed'), tomo III (volumen 1), ps. 182 a 210.

⁷⁵ CAIMMI DESIMONE, *El delito de incumplimiento de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta*, 2a ed. actualizada, Depalma, Bs. As., 1997.

Supongamos el caso de un matrimonio que ante la irremediable crisis conyugal decide su separación de hecho, fijando el padre un nuevo domicilio, y quedando los hijos menores bajo la guarda provisoria de la madre. En algún momento posterior a ese hecho, el padre decide incurrir en la omisión de prestar medios indispensables para la subsistencia de su cónyuge e hijos.

En estas condiciones, nadie discute que hay una sola omisión, porque evidentemente hay una única decisión o resolución criminal de no cumplir con lo debido, tomada en un mismo tiempo y espacio.

Es posible mencionar otro ejemplo: decretado el divorcio, se conviene que el padre retenga la tenencia de su hijo varón adolescente (supongamos, de 14 años), mientras que la madre tendrá la tenencia de la hija menor de 5 años. Así las cosas, el padre un buen día deja de depositar la cuota alimentaria fijada en favor de su hija menor, aunque sigue cumpliendo con sus deberes de asistencia con relación al hijo, principalmente en especie. A los seis meses de sustraerse a prestar medios indispensables para la subsistencia de su hija, mediante una nueva resolución criminal tomada en un contexto temporal y espacial distinto, abandona a su hijo, omitiendo ahora, también con relación a este último, prestar dicho medios.

En este último caso, a nadie se le ocurrirá decir que hay una sola omisión, y ello, a pesar de que hay en realidad una sola familia y, cierto es, uno solo es el bien jurídico en juego.

A la misma conclusión es factible arribar incluso tratándose de otro delito. En el homicidio quien dispara en un solo contexto de acción contra más de un sujeto, comete un solo delito de homicidio, sin perjuicio de ser dos los resultados muerte producidos con su única acción⁷⁶.

En igual sentido, quien mediante una sola acción ardidosa estafa a tres sujetos que bajo el error provocado entregan determinados valores, comete un solo hecho a los fines del Art. 54 del Código Penal.

Es que, en definitiva, ni la cantidad de resultados producidos, ni la cantidad de objetos o sujetos protegidos por la norma penal, convierten una única conducta en varias.

Tampoco es correcto, que se afirme sin más que la sola pluralidad de víctimas no configura un caso de reiteración delictiva, por ser la familia el bien jurídico tutelado. Igual solución se impone, aunque se lo considere a este delito como afectando a las personas. En sumo, habrá una sola conducta cuando concurren el factor típico y final requeridos en estos casos, según la teoría finalista ⁷⁷.

En este sentido, la doctrina del plenario "Guersi" debería aclarar que la sola pluralidad de víctimas no configura un supuesto de reiteración en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, pero agregándose que ello es así siempre y cuando se trate de una sola omisión.

⁷⁶ ZAFFARONI, ob. cit., tomo IV, p. 520.

⁷⁷ CAIMMI DESIMONE, *El delito de incumplimiento de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta*, 2a ed. actualizada, Depalma, Bs. As., 1997.

3.3. Autoría y participación criminal.

Los problemas de autoría y participación criminal están condicionados por la propia naturaleza del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, entre otras características, es especial y propio de omisión.

Pero además, el incumplimiento doloso de los deberes de asistencia familiar y, en especial, la por nosotros denominada "insolvencia alimentaria fraudulenta" involucra la conducta de terceros vinculados al autor, quienes despliegan una cooperación o contribución que, en algunos supuestos, puede, resultar impune porque -en líneas generales- no se admite en los delitos de omisión la coautoría, ni las formas clásicas de participación criminal en sentido estricto.

A continuación se analizarán estas cuestiones:

a) Autoría.

Por tratarse de un delito especial propio, para ser autor se requiere revestir la condición o calificación jurídica exigida por el tipo (padres, tutor, curador, guardador). Por su parte, siendo un delito de omisión, la autoría depende de la infracción del deber de actuar⁷⁸, y en el caso de la Ley 13.944 sólo incumbe a los sujetos mencionados en ella.

⁷⁸ BACIGALUPO, *Manual de Derecho penal*, Temis, Colombia, 1984, p. 235.

La autoría, en líneas generales, puede ser inmediata o mediata. En este último caso, el verdadero autor (hombre de atrás) se vale de otro sujeto (hombre de adelante) que resulta impune, por no realizar conducta, actuar atípicamente, conforme a derecho, bajo coacción, por error, etc.⁷⁹.

Ahora bien, en los delitos omisivos no se admite la autoría mediata, ya que en cualquier caso imaginable lo que en realidad se comprueba es un hacer activo⁸⁰.

Sin embargo, puede darse algún supuesto aplicable al delito que analizamos. En efecto, el guardador -cónyuge aparente de la madre del menor- impide, bajo coacción o amenazas a esta última, cumplir con la acción debida⁸¹.

b) Coautoría.

En principio, no se admite la "coautoría de omisión"⁸². Sólo será posible cuando "varios omitentes sólo pueden cumplir conjuntamente con un deber que los obliga a todos"⁸³. En la Ley 13.944 el deber de actuar es impuesto a cada uno de los sujetos mencionados con independencia del otro, es decir, por su especial condición de padre, madre, tutor, etc.

⁷⁹ JESCHECK, ob. Cit., volumen 2, p. 922.

⁸⁰ BACIGALUPO, ob. cit., p. 235.

⁸¹ JESCHECK, ob. cit., volumen 2, p. 883.

⁸² BACIGALUPO, ob. cit., p. 235, y HANS WELZEL, *Derecho Penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 284, apartado V, entre otros.

⁸³ JESCHECK, ob. cit., volumen 2, p. 883.

Aunque si se comprueba una resolución conjunta -por ejemplo, de los padres- previa a la omisión, estaríamos en presencia de una coautoría. En los demás casos, cuando ambos progenitores u obligados, sin acuerdo previo, omiten prestar medios indispensables para la asistencia del sujeto pasivo, habrá una coautoría accesoria⁸⁴.

c) Complicidad primaria, secundaria e instigación.

Se niega la posibilidad de que un tercero actúe como cómplice mediante un hacer activo en un delito de omisión, cooperando con su autor⁸⁵. Sin embargo, para Jescheck sí resulta factible, y sus ejemplos son ciertamente aplicables al ilícito que analizamos⁸⁶.

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

Con relación a la complicidad (generalmente psíquica), según Jescheck, resulta posible mediante el fortalecimiento de la decisión del omitente de permanecer inactivo. Como se trata en ambos casos, de inducción y complicidad mediante un hacer, aquí no se plantea, según Jescheck, la problemática de la posición del garante⁸⁷.

⁸⁴ La coautoría accesoria se da cuando varios partícipes (en sentido amplio) en un hecho causan el mismo resultado, independientemente uno de otro. Aquí falta la decisión común al hecho que determina la coautoría, falta esa "conexión que le es propia" a esta última

⁸⁵ BACIGALUPO, ob. cit., ps. 235 y 236, y WELZEL, ob. cit., ps. 284 y 285.

⁸⁶ JESCHECK, ob. cit., volumen 2, p. 882.

⁸⁷ Ídem nota anterior.

La actuación de los terceros como instigadores o cómplices de ser posible cuando ellos mismos son quienes se han prestado como testaferros para facilitar la insolvencia alimentaria del autor.

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

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

Como ya lo señalamos anteriormente se afirma en estos delitos la existencia de un "cuasi-dolo".

Pero como la jurisprudencia actual y la doctrina mayoritaria consideran, a nuestro entender erróneamente, que el dolo se compone necesariamente de la malicia o intención deliberada de incumplir, por fuerza deberán admitir la posibilidad de que existan y puedan proyectarse al delito en estudio, todas las clases de autoría y participación criminal que operan en el campo de los tipos activos.

La insolvencia alimentaria fraudulenta y los terceros involucrados.

En el ámbito del Art. 2 bis de la Ley 13.944, es admisible, la coautoría y todas las formas de complicidad e instigación por tratarse de un tipo activo doloso.

En estos casos, será necesario determinar el grado de participación, en sentido amplio, que les cupo a los terceros que intervienen en este tipo de maniobras. Así se deberá comprobar si el "dueño aparente de los inmuebles y demás bienes" es coautor, cómplice primario o secundario, o actuó como instigador del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

Puede darse el caso de que, por ejemplo, la actual pareja del padre de los menores damnificados, intervenga en una primera etapa como instigadora del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, y luego como coautora de la insolvencia alimentaria fraudulenta del Art. 2 bis.

Será menester establecer también si el socio o empleador del progenitor, que coopera con éste, simulando una relación de dependencia o disminuyendo sus ingresos reales, puede ser considerado cómplice secundario del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuya tipicidad se ha querido eludir con la maniobra.

Con todo, y para dar mayor precisión y certeza, una reforma de la ley especial debería introducir expresamente la intervención de estos terceros en la comisión de los ilícitos analizados⁸⁸.

⁸⁸ CAIMMI - DESIMONE, *El delito de incumplimiento de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta*, 2a ed. actualizada, Depalma, Bs. As., 1997.

4. PROPUESTAS PARA MEJORAR LA EFICACIA DE LA LEY 13.944.

Ya se ha hecho referencia a los obstáculos y dificultades que conspiran contra la eficacia de la Ley 13.944.

A continuación se sugerirán algunas soluciones para ser contempladas en una eventual reforma de dicha ley⁸⁹.

No solamente la "insolvencia alimentaria fraudulenta" es de difícil prueba en virtud de no contarse con un catálogo de presunciones de fraude o simulación, sino que también la investigación de las conductas que constituyen incumplimiento de los deberes de asistencia familiar estaba, en muchos casos, obstruida por aplicación de los principios generales que regían, en el derogado Código de Procedimientos en Materia Penal de la Capital Federal y Territorios Nacionales, la adquisición de la prueba testimonial en el proceso penal.

⁸⁹ Para la elaboración de estas propuestas se ha tenido en cuenta, especialmente, las recomendaciones que hacen CAIMMI y DESIMONE, en su obra *El delito de incumplimiento de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta*, 2a ed. actualizada, Depalma, Bs. As., 1997.

Desde el punto de vista de la teoría *general* de los actos jurídicos del Derecho Civil, las conductas que despliega el sujeto activo con el objeto de colocarse en situación de inculpabilidad o bien eludir el deber de asistencia familiar, involucran, sólo en apariencia, a toda una serie de actos jurídicos y contratos para cuya celebración se recurre al abuso de las formas jurídicas y a la intermediación de prestanombres y que, por ese motivo, están afectados del vicio de simulación absoluta o relativa ilícita, en los términos de los Arts. 955 y ss. del Código Civil y, en algunos otros supuestos, de fraude (Art. 964 de dicho cuerpo legal)⁹⁰.

Por tanto, esos actos pueden ser atacados por los perjudicados mediante el ejercicio de la acción de nulidad que autoriza el Art. 1045 del Código Civil.

Ahora bien, es un principio general suficientemente conocido que todo acto jurídico, aunque haya sido simulado en perjuicio de terceros, se presume válido hasta que una sentencia firme lo anule y, para ello, los damnificados por dicho acto y legitimados para impugnarlo deberán promover -nada más y nada menos- que un proceso ordinario ante la Justicia civil, con todo lo que esto implica en cuanto a las dificultades probatorias, dilaciones y costos. Igual razonamiento cabe cuando esos actos simulados encubren o pretenden encubrir la ejecución de los delitos analizados, sea como acto preparatorio, o superponiéndose con las conductas que pueden subsumirse en el incumplimiento doloso de los deberes asistencia familiar o en la “insolvencia alimentaria fraudulenta”.

⁹⁰ GUILLERMO A. BORDA, *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, tomo II, p. 377, nos. 1192 y ss., Editorial Perrot, año 1988.

En estos casos, el imputado ha abusado de las formas jurídicas y simulado actos, sólo existen en su apariencia formal, y se ha insolventado y, luego, en sede penal nos exhibe esos ropajes jurídicos con los que ha encubierto el delito, y muy suelto de cuerpo, amparado en el principio de inocencia y en la presunta validez de esos actos, pretende lograr su impunidad.

Estamos, por cierto, ante un conflicto de intereses que debe resolverse. Cuando los principios e instituciones jurídicas son utilizados en forma antifuncional para perjudicar a terceros, en fraude de la ley y para encubrir la comisión de conductas que constituyen delitos, el legislador debe buscar algún remedio eficaz para disuadirlos, y, eventualmente, penarlos.

Por ello en el derecho comercial societario y concursal se han generado toda una serie de teorías y mecanismos correctivos para controlar el abuso de las formas jurídicas en fraude de terceros y de la ley.

Al respecto, es particularmente interesante y elocuente la opinión del brillante jurista italiano Francesco Galgano cuando destaca la necesidad de transformar algunas instituciones civiles, para luchar eficazmente y prevenir los delitos económicos, ya que según Galgano, la legislación civil ofrece mil recursos para sustraerse a la pena, y aun antes de ésta, a la misma configuración del delito. Las "técnicas civilistas" -afirma el citado autor- permiten "despersonalizar" el comportamiento ilícito, o, en todo caso, cubrir al real beneficiario⁹¹.

⁹¹ FRANCESCO GALGANO, *Criminalidad económica: el punto de vista de un civilista*, en "R.D.C.O.", año 1982, p. 691.

En igual sentido, desde la óptica de la doctrina penal económica, Klaus Tiedemann señala que "la posibilidad de fraude a la ley debe contemplarse con especial atención al elaborar una reforma del Derecho Penal Económico y de la Empresa", agregando Tiedemann que "la reforma legislativa del Derecho Penal está estrechamente vinculada con genéricos y difíciles problemas de metodología e interpretación del derecho"⁹².

Por su parte, en el derecho comercial comparado y nacional, el abuso de la personalidad jurídica se ha constituido en un tema central y, por cierto, fascinante, con la obra del jurista Rolf Serick: *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la personalidad jurídica*⁹³.

A partir de la obra de Serick, como se sabe, se abrió paso en la jurisprudencia norteamericana la teoría del "disregard of legal entity", que permite en ciertos casos la desestimación de la personalidad jurídica. La doctrina nacional se ha visto particularmente influida, desde hace tiempo ya, por la obra Serick⁹⁴.

Muy especial, cabe mencionar aquí el trabajo de Juan M. Dobson: *El abuso de la personalidad jurídica*, en la cual se efectúa un análisis francamente brillante y exhaustivo de dicha teoría, en el derecho angloamericano y nacional⁹⁵.

⁹² KLAUS TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, p. 37, Editorial Ariel, Barcelona, 1985.

⁹³ ROLF SERICK, traducción de José Puig Brutau, Editorial Ariel, Barcelona, 1958.

⁹⁴ HÉCTOR MASNATTA, *el abuso del derecho a través de la persona colectiva*, Editorial Orbir, Rosario, 1967; JULIO CUETO RÚA, *Abuso del derecho*, en "R.D.C.O.", año 1976, p. 727; MARZORATTI (h.), *La teoría del disregard of legal entity a través de la jurisprudencia norteamericana*, en "R.D.C.O.", año 1, 1968, p. 717; JULIO C. OTEAEGUI, *Desestimación de la personalidad societaria*, en "R.D.C.O.", ps. 137, año 4, 1971; SERGIO LAPERA, *Cuestiones de Derecho Comercial moderno*, Editorial Astrea, Bs. As., 1974, ps. 137 y ss., y GERVASIO R. COLOMBRES, *Curso de Derecho Societario*, primera edición, volumen II, ps. 9 y ss., Bs. As., 1966, entre muchos otros.

⁹⁵ Editorial Depalma, año 1985.

Destaca Dobson que Serick “agrupa las manifestaciones más frecuentes que revisten los supuestos de abuso de la persona jurídica en tres categorías, a saber: fraude a la ley, fraude o violación del contrato, daño fraudulento causado a terceros y en algunos supuestos relaciones entre una sociedad madre y una sociedad filial”⁹⁶. Más adelante, Dobson nos recuerda que “existen en el derecho argentino y en todos los de origen romano, una serie de institutos e instituciones jurídicas cuya aplicación produce como resultado la desestimación de la personalidad”, enumerando, entre ellas, las consecuencia que se derivan de las acciones de simulación y de la acción revocatoria o pauliana⁹⁷.

En el derecho tributario nacional, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del caso “Refinerías de Maíz” del año 1964, y más explícitamente en los precedentes “Parke. Davis”, “Mellor Goodwin” y “Ford Motor”⁹⁸, abrió paso a la teoría de la penetración, Consagrada legislativamente en el Art. 12 de la Ley 11.683, de Procedimiento Tributario.

⁹⁶ DOBSON., p. 19. Citado en CAIMMI – DESIMONE.

⁹⁷ Ídem anterior, p. 23.

⁹⁸ Fallo, (Excma. Cámara *Apel.Crim. y Corr. Cap Fed.*) 259-141; 286-97; “La Ley”, 152-341, y “La Ley”, 155-16., respectivamente.

Como afirman Giuliani Fonrouge y Navarrine, la "teoría de la penetración" es el resultado de la aplicación en el derecho fiscal de la teoría *del disregard of legal entity* que "en la doctrina francesa y suiza se conoce como la transparencia fiscal, que considera a la persona jurídica sociedad como algo transparente y que permite prescindir de ella como sujeto de obligaciones tributarias para incidir sobre las personas físicas que la integran"⁹⁹. Comentando el Art. 12 de la Ley 11.683, señalan que "si los contribuyentes por ignorancia, error o mala fe, cubren o exteriorizan sus propósitos efectivos mediante apariencias formales distintas (...), el Fisco puede prescindir de esas apariencias y determinar la obligación tributaria según la realidad oculta, sin necesidad de demostrar la nulidad del acto jurídico aparente o accionar por vía de simulación. De esta manera se reafirma el concepto de normas de orden público que tienen las disposiciones tributarias"¹⁰⁰.

Cabe recordar que en el año 1985 la Corte Suprema de Justicia de la Nación volvió a aplicar la doctrina de la penetración en el caso "Kellogg"¹⁰¹.

⁹⁹ Carlos M. Giuliani Fonrouge y Susana C. Navarrine, *Procedimiento tributario*, p. 48, n° 3, Editorial Depalma, 1979.

¹⁰⁰ Ídem nota anterior, p. 47.

¹⁰¹ "La Ley", 1985-B-414 y 23., con comentario de Arístides Horacio M. Corti.

Finalmente, en el derecho societario penal y comercial, Baigún y Bergel, al analizar la incidencia de los grupos societarios y la concentración de empresas en el fraude en la administración de las sociedades comerciales, siguiendo a Farjat, destacan la importancia del análisis sustancial -por encima de las concepciones funcionales, tecnicistas o formalistas del derecho- para denunciar las contradicciones e incoherencias¹⁰². Martorell, en su excelente obra sobre los directores de sociedades anónimas, al estudiar las diversas formas de control que se advierten en los agrupamientos societarios, recuerda igualmente el pensamiento de Farjat, agregando que el abordar con un criterio sustancial el análisis del derecho “no es tarea menuda en un ambiente de ciencia jurídica con tradición tan fuertemente conceptualista como el de la Argentina”¹⁰³.

Los mecanismos que implican penetrar las formas jurídicas, son perfectamente aplicables en los casos de insolvencia alimentaria fraudulenta o en aquellos supuestos en que el imputado pretende lograr impunidad valiéndose de actos simulados u otras maniobras, llegando carecer de patrimonio o medios económicos para cumplir con el mandato impuesto por la Ley 13.944.

¹⁰² DAVID BAIGÚN y SALVADOR DARÍO BERGEL, *El fraude en la administración societaria*, p. 63, Editorial Depalma, 1988, y su cita del trabajo de RAYMONDE FARJAT: *L'importance d'une analyse substantielle en droit économique*, publicado en "Revue Internationale de Droit Économique", 1986, p. 11.

¹⁰³ ERNESTO EDUARDO MARTORELL, *Los directores de sociedades anónimas*, p. 463, Editorial Depalma, 1990.

Por otra parte, es sabido que en el proceso penal se busca indagar y comprobar la verdad real o histórica por sobre la verdad formal o admitida por las partes. Y, en estas condiciones, no existe impedimento legal para que un juez o tribunal penal tengan por simulado un acto jurídico o por inexistente el ropaje jurídico de una sociedad, con independencia de que otro del fuero civil o comercial se haya pronunciado previamente al respecto, porque las cuestiones prejudiciales contenidas en el Art. 67 del Código Penal, que permiten la suspensión del curso de la prescripción de la acción, no son otras que las taxativamente enumeradas en el Art. 1104 del Código Civil, o sea, las que versaren sobre la validez o nulidad de los matrimonios o sobre la calificación de las quiebras de los comerciantes.

En este sentido, resulta interesante recordar un fallo de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal vinculado al delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, en el que se destaca, con particular acierto, la independencia del juez del crimen para valorar los elementos normativos del tipo penal, señalándose que, en materia procesal penal, la regla es la no prejudicialidad, lo que se ha de entender como que nada -salvo lo expresamente impuesto por la ley- se sustrae a la competencia del Juez del crimen.

En esos términos, decidió entonces la Cámara absolver al imputado del ilícito previsto en el Art. 2, inc. *d*, de la Ley 13.944 por haberse acreditado que la cónyuge querellante, declarada inocente en el juicio de divorcio, no guardó posteriormente el deber de fidelidad que la Ley de Matrimonio 2.393, ya derogada, le imponía aun después de decretada la separación con total independencia de que haya existido con anterioridad, en sede civil, un pronunciamiento al respecto, conforme al Art. 71 bis de dicha ley¹⁰⁴.

¹⁰⁴ C.C.C., causa Sabino, rta. el 7/3/77, en "Fallos", tomo II, año 1977, p. 267.

En consecuencia, si el juez del fuero civil o comercial puede válidamente aplicar la teoría del "Disregard of *Legal Entity*" y penetrar las formas jurídicas, descorriendo velos societarios, si esa misma doctrina es aplicada en el derecho tributario donde se impone el análisis sustancial de las relaciones y situaciones jurídicas y rige el orden público, no existen, objeciones para que un juez o tribunal penal hagan lo mismo cuando están en juego bienes jurídicos como los que protege la Ley 13.944, sobre todo si las conductas presuntamente delictivas traídas a juzgamiento perjudican a menores de edad.

Y para ello, nadie mejor que el legislador para señalarle al juez pautas precisas bajo las cuales pueda llevar a cabo dicha tarea.

Es sabido que mientras que las partes de un acto simulado cuentan con un contradocumento para acreditar el carácter aparente de aquél y la verdadera naturaleza del negocio jurídico encubierto, los terceros no pueden poseerlo justamente porque la simulación, como señala Borda, se hace en su perjuicio¹⁰⁵. Más aún cuando, como en el caso de los comportamientos que nos ocupan, se incurre en la comisión de un injusto penal.

Por *tal* motivo, las presunciones adquieren en esta materia una importancia singular; es sobre la base de *ellas* que se resuelven, por lo general, esta clase de juicios. Los jueces las admiten siempre que, por su carácter y concordancia, lleven a su ánimo la convicción de que el acto fue simulado¹⁰⁶. En la simulación llevada a cabo por uno de los cónyuges en perjuicio del otro, se admite también la prueba de presunciones"¹⁰⁷.

¹⁰⁵ BORDA, ob. cit., p. 369, n° 10.

¹⁰⁶ Ídem anterior.

¹⁰⁷ RAYMUNDO M. Salvat, *Derecho civil argentino, Parte general*, tomo II, n° 2572, ps. 694 y 695, Tipografía Editora Argentina, año 1954 y sus citas.

En general, la doctrina civil más destacada y la jurisprudencia del fuero, de modo pacífico y concordante, han terminado por brindar un jugoso catálogo de presunciones admitidas como prueba de la simulación. Cabe destacar que algunas de dichas presunciones son perfectamente aplicables como indicio de simulación o fraude en materia de insolvencia alimentaria fraudulenta, sea que se incurra en ésta como comportamiento autónomo o medio para eludir el deber de prestar asistencia familiar.

Se habla, por ejemplo, de la existencia en todo negocio simulado de una "*causa simulandi*" como razón o motivo que lo explique¹⁰⁸. La razón puede estar dada por la finalidad de eludir un reclamo alimentario actual o inminente, la intención de lograr impunidad frente a una querella penal, aliviar gastos ante la formación de una nueva familia, o perjudicar al cónyuge por motivos de odio o resentimiento. Como enseña Salvat, es muy importante aquí el sentido práctico del juez y el análisis de las diversas circunstancias anteriores, concomitantes o posteriores al acto que se imputa simulado¹⁰⁹.

El vínculo de parentesco muy estrecho o la amistad íntima entre las partes del negocio jurídico que se presume simulado, suelen ser un indicio importante, ya que la gravedad que reviste el acto cuando perjudica a terceros exige una gran confianza recíproca¹¹⁰. Se nota claramente la aplicación de este razonamiento a las maniobras que se advierten en el ámbito de los delitos que nos ocupan, en los que es frecuente que se recurra a la actual pareja del imputado, sus amigos o parientes, de este último o aquélla, para simular aparentes transmisiones de bienes, o bien que los adquiridos por el imputado sean registrados a nombre de estos terceros.

¹⁰⁸ BORDA, ob. cit., n° 10, p. 369, n° 1189, apart. a, y sus abundantes citas jurisprudenciales.

¹⁰⁹ SALVAT, ob. cit., p. 694, n° 2569.

¹¹⁰ BORDA, ob. cit. en el número 28 y otros, p. 370, apart. b, y sus citas.

La imposibilidad económica del comprador para adquirir los bienes que aparecen vendidos, es otra grave presunción, por lo que la averiguación de la fortuna del adquirente tiene gran importancia en estos juicios¹¹¹.

La naturaleza y cuantía de los bienes enajenados o la totalidad de aquellos que por motivos sentimentales son los que más se hubiera procurado mantener en su poder, constituyen presunción de simulación. Asimismo, la falta de ejecución material del contrato es un relevante indicio, citándose como ejemplo el caso de quien aparece vendiendo una propiedad y, no obstante, continúa en posesión de ella o administrándola.

Las circunstancias y el momento en que se realizó el acto son igualmente decisivos. Borda da como ejemplo, siguiendo a la jurisprudencia de la Capital Federal, la venta de un bien ganancial realizada por el esposo, pocos días antes o después de iniciada la demanda de divorcio, lo que sin duda es sospechoso.

En la interposición de personas es muy ilustrativo el modo de comportarse del prestanombre que no se conduce como verdadero adquirente de los bienes¹¹². Aquí también tiene relevancia la índole de las relaciones entre el enajenante y el verdadero destinatario de los derechos o bienes. Por lo general, estas relaciones son íntimas y se procura mantenerlas ocultas, tal como ocurre entre un hombre casado y su amante¹¹³.

¹¹¹ HÉCTOR CÁMARA, *Simulación de los actos jurídicos*, ps. 248 y ss., Editorial Depalma, 1944; asimismo BORDA en su ob. cit., nos. 30 y otros, p. 370, apart. C.

¹¹² BORDA, ob. cit., p. 371 apart. e, y Cámara, ob. cit., p. 249, n° 31.

¹¹³ BORDA, ob. cit., p. 372, apart. i.

Por lo tanto, en presencia de alguno de estos indicios debidamente acreditados, el juez o tribunal penal están facultados a penetrar las formas jurídicas, descorrer velos societarios o desestimar la personalidad jurídica y, eventualmente, tener por simulados determinados actos jurídicos y contratos, y por probada la insolvencia alimentaria fraudulenta, o la capacidad económica del imputado que le hubiera permitido cumplir con el mandato impuesto por la norma penal.

Ciertamente, la responsabilidad de los terceros que se prestan como testaferros de los negocios simulados o cooperan de alguna manera con el imputado, deberá replantearse.

5. RESUMEN. CONCLUSIONES.

En el año 1950, la Ley 13.944 introdujo en el sistema penal nacional el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, dejando atrás las polémicas sobre la conveniencia o no de criminalizar esos comportamientos¹¹⁴.

Asimismo, en la práctica judicial, ha sido cada vez más frecuente la denuncia y querrela por dicho ilícito, sobre todo ante los tribunales con competencia en menores, ya que en casi todos los supuestos son aquéllos las víctimas de este delito¹¹⁵.

En la actualidad, sin embargo, se vuelve a discutir acerca de la conveniencia de penalizar estas conductas, esgrimiéndose al respecto argumentos sociológicos y de política criminal.

Lo cierto es que ha pasado mucho tiempo desde la sanción de la Ley 13.944 y, sin embargo, y a pesar del abundante e importante trabajo doctrinario y jurisprudencial generado, no se ha permitido dotarla de la eficacia que requiere la jerarquía de los bienes jurídicos en juego. Esto ha sucedido porque la legislación vigente adolece de graves lagunas, defectos y omisiones, pero además, y en importante medida, los propios operadores jurídicos han contribuido a ello.

En efecto, la redacción del texto legal y la excesiva importancia que en las primeras interpretaciones judiciales y doctrinarias se le adjudicó a las opiniones contenidas en el Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional que acompañó a la remisión del proyecto al Congreso, permitieron una alta dosis de incertidumbre en torno de la por entonces nueva figura delictiva.

¹¹⁴ SEBASTIÁN SOLER, *Bases ideológicas de la reforma penal*, Colección Ensayos, Eudeba, Bs. As., 1966; Y EDGARDO GRAMAJO, *Legislación autoritaria y legislación excepcional*, "El Derecho", Legislación Argentina nº 2, Bs. As., 1978.

¹¹⁵ Una estadística interesante sobre una muestra de 70 causas tomadas al azar en los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Correccional de Menores radicadas en el año 1980, contiene el trabajo de CECILIA P. GROSMAN, publicado en "La Ley", 1981:1-D-938 y ss., titulado *Medidas frente al incumplimiento alimentario*.

El grado de imprevisibilidad fue, ciertamente, paradigmático, hasta el punto de haberse llegado al dictado de un plenario en la órbita de la Justicia Nacional, para determinar la naturaleza del tipo penal contenido en el Art. 1 de la Ley 13.944.

El plenario referido es el fallo del caso "Aloise", del 13 de noviembre de 1962¹¹⁶, en el cual se resolvió que el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar "es de pura omisión y de peligro abstracto".

Luego en el año 1981 dos plenarios se sumaron para uniformar aspectos esenciales como el señalado. En el primero de ellos, recaído en la causa "Guersi, Néstor M.", el 31 de julio de 1981, se resolvió un problema vinculado con la teoría del concurso de tipos penales, precisándose que el bien jurídico tutelado por el delito que nos ocupa es la familia, y, en el segundo, del 15 de setiembre de ese mismo año y originado en la causa "Pitchon, Alan P.", la Excma. Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, al tratar cuestiones relacionadas con la prescripción de la acción y sus causas interruptivas, terminó destacando su naturaleza de delito permanente¹¹⁷.

¹¹⁶ "Fallos" (Excma. Cámara Apel. Crim. y Corro de la Cap. Fed.), tomo II, ps. 119 a 133, Bs. As., 1984.

¹¹⁷ "Fallos" (Excma. Cámara Apel. Crim. y Corro de la Cap. Fed.), tomo III (volumen 1), ps. 182 a 210, y "Fallos plenarios", C.C.C., tomo III (volumen 1), ps. 165 a 182, año 1984.

Por lo demás, el 31 de marzo de 1993, la Excma. Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal se reunió nuevamente en pleno, con motivo del recurso de inaplicabilidad que la querella dedujo en la causa "Gómez, Isabelino", que tramitó ante su Sala VI, ratificando la doctrina consagrada en el plenario "Aloise" y, con ello, el carácter de peligro abstracto del ilícito que nos ocupa. En concreto, el plenario "Gómez" establece que "en él delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar no es necesario acreditar que la conducta omisiva haya privado a la víctima de los medios indispensables para su subsistencia, como tampoco que se haya creado la posibilidad de que ello ocurra, por ser un delito de pura omisión y de peligro abstracto"¹¹⁸.

De este modo, se vuelve a uniformar jurisprudencia sobre esta cuestión fundamental, rechazándose una línea de interpretación disidente que intentó abrirse paso a partir de algunos fallos emanados de la Sala VI de la Cámara Criminal, que introducen el resultado en el tipo y convierten al delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en un ilícito de peligro concreto.

En definitiva, si bien mucho se ha avanzado en el tratamiento dogmático de este delito, a lo que sin duda contribuyeron los plenarios citados, existen todavía serias dificultades para ejercer un adecuado control de los comportamientos que involucran al incumplimiento doloso de los deberes de asistencia familiar.

Estas dificultades subsisten a pesar de que la Ley 24.029, promulgada el 9/12/91 ("B.O.", 18/12/91), introdujo en la Ley 13.944, como Art. 2 bis, una figura destinada a reprimir las maniobras de insolvencia alimentaria fraudulenta que puede desplegar el sujeto activo del delito, cuya redacción es casi una réplica del Art. 179, párr. 2, del Código Penal y, por ende, se ha topado con los mismos inconvenientes probatorios de esta última.

¹¹⁸ C.N.Crim. y Carrec., en pleno n° 185, en "La Ley", tomo 1993-C, p. 149.

Existen, por otra parte, obstáculos de carácter procesal que impiden a los jueces llevar a cabo en muchos casos una investigación eficaz.

Tampoco se cuenta en la Ley 13.944 con institutos procesales específicos y adaptados a este tipo de delitos que permitan desestimar, suspender o interrumpir la persecución penal, cuando resulta conveniente para resolver del modo más apropiado para las partes el conflicto jurisdiccional, o bien porque es desaconsejable desde el punto de vista político criminal llegar a un procesamiento.

Por último, y sin pretender agotar las críticas que puede merecer la Ley 13.944, cabe agregar que su sistema de reacción penal impide, en muchos casos, que se cumpla con los objetivos mínimos de retribución, prevención especial y general que justifican la penalización del incumplimiento doloso de los deberes de asistencia familiar y de la insolvencia alimentaria fraudulenta.

Por todo lo expuesto, considero que sería indispensable una pronta reforma a la Ley 13.944 que otorgue más eficacia a lo normado por dicha ley, teniendo en cuenta las propuestas ya expresadas en esta tesis.

6. MARCO NORMATIVO.

CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA (Ley 11.179 T.O. 1984).

PROYECTO DE CODIGO PENAL ARGENTINO, del año 1937.

PROYECTO DEL CODIGO PENAL ARGENTINO, del año 1941.

CONSTITUCION NACIONAL ARGENTINA (Ley 24.430 del 15 de diciembre de 1994).

PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA (Ratificado por la Ley 23.054 e incorporado a nuestra Constitución Nacional por vía del Art. 75 inc. 22).

LEY 22.278 DE MINORIDAD, del 25 de agosto de 1980. ARGENTINA.

LEY 11.683 DE PROCEDIMIENTO FISCAL, del 30 de diciembre de 1932. ARGENTINA.

LEY 13.944 DE INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR, del 15 de septiembre de 1950 (Y su modificatoria Ley 24.029, del año 1991). ARGENTINA.

CODIGO CIVIL DE LA NACION ARGENTINA (Ley 340 del 29 de septiembre de 1869).

CODIGO PENAL DE LA REPUBLICA DE PANAMA (Ley 14 de 2007 y sus modificatorias).

CODIGO PENAL DE COSTA RICA (Ley 4.573, de 1970).

CODIGO PENAL FEDERAL DEL ESTADO DE MEXICO (del 17 de septiembre de 1931).

CODIGO PENAL DE BRASIL (Decreto Ley 2.848, del 7 de diciembre de 1940 y su modificatoria Ley 9.777 del 26 de diciembre de 1998).

CODIGO PENAL DE URUGUAY (Ley 9.155, de 1933).

CODIGO DEL NIÑO DE LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY (Ley 9.342 del 6 de abril de 1934 y sus modificatorias).

CODIGO PENAL DE VENEZUELA (Gaceta Oficial 36.920 del 28 de marzo de 2.000 con la Reforma de 2005).

CODIGO PENAL DE PERU (Decreto Legislativo 635, del 8 de abril de 1991).

LEY 13.096, del 24 de enero de 1962, PERU.

CODIGO PENAL DE COLOMBIA (Ley 599, del año 2000).

LEY 75 del año 1968, COLOMBIA.

CODIGO PENAL DE LA REPUBLICA DOMINICANA (Decreto Ley 2.274 del 20 de agosto de 1884).

7. BIBLIOGRAFIA.

BAIGUN, David, *El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar a través de la teoría del delito*, en "Nuevo Pensamiento Penal", Ediciones Depalma, Bs. As., 1974.

BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, tomo II, p. 377, 1192 y ss., Editorial Perrot, año 1988.

CAIMMI, Luis Alberto, - DESIMONE, Guillermo Pablo, *El delito de incumplimiento de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta*, 2a ed. actualizada, Depalma, Bs. As., 1997.

CAMARA, Héctor, *Simulación de los actos jurídico.*, Editorial Depalma, 1944.

FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, tomo IV, ps. 369 y 373, Abeledo-Perrot, 1968.

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

LASCANO, Carlos, *La ley 13.944 y el estado actual de la jurisprudencia (El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familia)*, Ediciones Lerner, Córdoba, 1964.

MARTORELL, Ernesto, *Los directores de sociedades anónimas*, p. 463, Editorial Depalma, 1990.

NUÑEZ, Ricardo, *Tratado de derecho penal*, Lerner, Córdoba, 2000.

LERNER, *Manual de Derecho penal*, Córdoba, 2000.

SALVAT, Raymundo, *Derecho civil argentino, Parte general*, tomo II, nº 2572, ps. 694 y 695, Tipografía Editora Argentina, año 1954 y sus citas.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tea, Buenos Aires, 1998, t.III.

TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, p. 37, Editorial Ariel, Barcelona, 1985.

URE, *Temas y casos de Derecho Penal*, ps. 23 y 27, Editorial Ideas, Bs. As., 1942.

URE Ernesto, *El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar*, Ideas, Buenos Aires, 1950.