

CASACIÓN

San Miguel de Tucumán, 11 de Mayo de 2015.- Y VISTO: Llega a conocimiento y resolución de esta Excma. Corte Suprema de Justicia, Sala en lo Civil y Penal, que integran los señores vocales doctores Antonio Gandur, Antonio Daniel Estofán y Daniel Oscar Posse, presidida por su titular doctor Antonio Gandur, el recurso de casación interpuesto por la señora Fiscal Penal en lo Correccional de la IIª Nominación, contra la sentencia dictada por el Juzgado Penal en lo Correccional de la IIª Nominación del 23/6/2014 (fs. 349/351), el que es concedido por el referido tribunal mediante auto interlocutorio del 18/9/2014 (cfr. fs. 359 y vta.). En esta sede, las partes no presentaron la memoria que autoriza el art. 487 CPP (fs. 365), mientras que a fs. 366/368 es oído el señor Ministro Fiscal. Pasada la causa a estudio de los señores vocales, y establecidas las cuestiones a dilucidar, de conformidad con el sorteo practicado el orden de votación será el siguiente: Antonio Gandur, Antonio Daniel Estofán y Daniel Oscar Posse. Luego de la pertinente deliberación, se procede a redactar la sentencia.

Las cuestiones propuestas son las siguientes: ¿Es admisible el recurso?; en su caso, ¿es procedente?

A las cuestiones propuestas el señor vocal doctor Antonio Gandur, dijo:

I.- Viene a conocimiento y resolución de este Tribunal el recurso de casación deducido por la señora Fiscal Penal en lo Correccional de la IIª Nominación (fs. 354/357) en contra de la sentencia de fecha 23 de junio de 2014 (fs. 349/351) dictada por el señor Juez Penal en lo Correccional de la IIª Nominación.

II.- Entre los antecedentes relevantes del caso a los efectos de resolver el referido recurso de casación, se destaca que, en el requerimiento de elevación a juicio (fs. 99/100), se imputa al señor M.J.J. *“haber incumplido con los deberes de asistencia familiar, dispuestos mediante resolución del Juzgado Civil en Familia y Sucesiones de la Va. Nominación, de fecha 5 de abril de 2.002, en los autos caratulados: 'M.R.L vs J.M.J. s/ Depósito y Protección de Personas' y confirmada mediante Resolución de la Excma. Cámara Civil - Sala Ia., en fecha 31 de octubre de 2.003, respecto de los menores G.O. y J.G.J., monto que debía ser depositado del uno al diez de cada mes en el Banco Del Tucumán -Sucursal Tribunales- a la orden del Juzgado actuante y como pertenecientes a la causa de referencia”*.

Notificada de la “citación a juicio” ordenada en los términos del art. 370 del C.P.P.T. (fs. 175), la señora Defensora Oficial en lo Penal de la IIIª Nominación -en representación del imputado M.J.J.- solicitó su sobreseimiento por prescripción de la acción penal en la inteligencia de que *“de la compulsa de estas actuaciones observamos que en fecha 05 de septiembre de 2006 (fs. 99/100), se dictó el Requerimiento de Elevación a Juicio, y hasta el día 02 de diciembre de 2009, en que se cita a las partes a juicio conforme lo prescribe el art. 370 (ex 361) del C.P.P., no existen actos que interrumpan la prescripción; habiendo transcurrido entre ambos actos procesales el plazo legal para que opera la misma: 2 (dos) años”* (fs. 246).

Apartándose de la opinión fiscal (fs. 275) y en sentido contrario a lo peticionado por la señora Defensora de Menores e Incapaces en lo Civil, Penal y del Trabajo de la Iª Nominación (fs. 341), el señor Juez Penal en lo Correccional de la IIª Nominación resolvió **“1º) DECLARAR PRESCRIPTA LA ACCIÓN PENAL EN LA PRESENTE**

CAUSA, a favor del imputado M.J.J., DNI: 16.540.886 de las condiciones personales que constan en autos (Arts. 183, 59, inc. 3º, 62, inc. 2º y 67 del C.P.) y en consecuencia, SOBRESEER al antes citado ciudadano del presente proceso (Arts. 350 inc. 4º y 370 del Cód. Proc. Penal).- 2º OPORTUNAMENTE líbrense los oficios de ley y efectúese planilla de costas.- 3º) Una vez efecutoriada, ARCHIVASE.- 4º) REMITIR copia del acta de fs. 274 y la presente Sentencia a la Fiscalía de Instrucción de turno para que investigue la posible comisión del delito de incumplimiento de de los deberes de asistencia familiar (art. 1º de la Ley N° 13.944) por parte del imputado”.

Por sentencia de fecha 23 de junio de 2014 (fs. 349/351) se funda la decisión adoptada. Liminarmente, el señor Juez Penal en lo Correccional de la IIª Nominación expresó que “no hay duda que desentenderse de las necesidades atinentes a la subsistencia de sus hijos menores de edad configura una conducta unitaria exteriorizada en una pluralidad de hechos (incumplimiento del pago de los alimentos mensuales comprometidos), por lo que resulta aplicable al tipo legal de la Ley N° 13.944 la norma impeditiva del art. 63º del Código Penal”.

A continuación, indicó que “el imputado goza del derecho a la definición de su situación procesal de acuerdo a los elementos de juicio que obran en la causa al tiempo de someterse la incidencia a consideración del Tribunal. En tal sentido, la manifestación unilateral de fs. 274 efectuada por la madre de los menores no implica actividad probatoria indiciaria válida. Su acogimiento importaría una grave violación al derecho de defensa en juicio, al no permitir al encartado contestar las acusaciones vertidas en esa Acta ni ofrecer prueba de descargo”.

Por último, aseveró que “los incumplimientos posteriores al reproche fiscal podrán dar origen a una nueva causa judicial, ya que no puede sostenerse que la extinción de la acción penal por prescripción abarca hechos posteriores a los contenidos en el requerimiento, pues lo contrario implicaría conceder un 'bill' de indemnidad al incumplidor y violentar la naturaleza misma del instituto de la prescripción, la cual permite que se produzcan determinados efectos jurídicos por el paso del tiempo hacia atrás, no hacia delante. Corresponderá en consecuencia, someter a los órganos de investigación penal el análisis de la conducta posterior del presunto remiso, remitiendo las constancias de los hechos aquí expuestos”.

De ese modo, alejándose de la opinión fiscal (fs. 275), concluyó que la oposición de la Sra. Defensora de Menores e Incapaces en lo Civil, Penal y del Trabajo de la Iª Nominación (fs. 341) “...no logra conmover los fundamentos del fallo de fecha 27 de marzo de 2012 (fs. 279/281) en el cual ha sido debatida la cuestión propuesta por la representante promiscua de la menor, arribándose a un resultado similar al que hoy pronunciamos”.

III.- Contra el referido pronunciamiento, la señor Fiscal Penal en lo Correccional de la IIª Nominación interpuso recurso de casación (fs. 354/357), invocando inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva. A su vez, expresó los motivos por los cuales considera admisible el recurso tentado, haciendo especial hincapié en que -en la especie- se materializa la hipótesis de gravedad institucional.

En cuanto al contenido concreto de los agravios, sostuvo que “la Sentencia impugnada se muestra como incongruente, ya que en los considerandos de la misma, sostiene que el delito por el que viene imputado M.J.J. reviste calidad de delito continuado, para luego sostener su contradicción en el resuelto, al declarar prescripta la acción penal, cuando en este caso particular el delito no cesó de cometerse. Razón de ello, el curso de la prescripción penal no puede considerarse que durante los plazos por los cuales el a quo estima prescripta la acción, caducó todo interés del Estado en la persecución del delito”.

En otro orden, manifestó que “entrando en consideración a la conducta concreta desplegada por el imputado J., Si bien existen pagos aislados, los mismos no tiene la entidad suficiente para dividir o cortar el disvalor de acción en la acción final del autor, ya que lo decisivo en las interrupciones breves es saber si la reanudación corresponde a una nueva decisión o es parte de la anterior (Conf. ZAFFARONI, Tratado de Derecho Penal. Parte General. T. IV. Tit. VI, Cap. XXXVIII, págs.. 536; Ed. Ediar 2004). De acuerdo a las particularidades de este caso, los dos magros pagos aislados, no logran dividir la omisión punible, por lo que no cesa la permanencia delictiva, y con ella se continúa en estado de consumación (la consumación se prolonga en el tiempo). Ello resulta abarcado por la unidad de desvalor. Existe también, unidad de dolo, ya que los elementos del tipo objetivo de la omisión punible, exigen que la pluralidad de omisiones configuren un estado que, de acuerdo a la voluntad final del autor, manifestado en su plan delictivo, le dé unidad de sentido. El tipo objetivo del delito en cuestión, concentra no solo como unidad de conducta en cuanto al disvalor de acción, sino concentra los distintos incumplimientos mensuales (pluralidad de lesión o de peligro), bajo un mismo disvalor de resultado final”.

Finalmente, dejó dicho que “manteniéndose vigente el estado consumativo (no ha cesado la consumación), no ha comenzado a correr el curso de la prescripción, conforme el Art. 63 C.P.: 'La prescripción de la acción penal empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito, o si este fuere continuo, en que cesó de cometerse'. La declaración de responsabilidad penal, con su juicio de reproche recaída en sentencia firme, es la única que puede destruir la unidad de conducta más no la acusación (requerimiento de elevación a juicio), que es un acto necesario que impulsa el proceso hacia sentencia definitiva”.

Por las razones expuestas, previo proponer doctrina legal, solicitó que “oportunamente, previo trámite de ley, se case la Sentencia, en los puntos recurridos y se dicte pronunciamiento conforme a derecho, considerando y estableciendo la doctrina legal consignada”.

IV.- El mencionado recurso de casación fue declarado formalmente admisible por el señor Juez Penal en lo Correccional de la IIª Nominación mediante resolución de fecha 18 de septiembre de 2014 (fs. 359).

V.- En orden a la admisibilidad del recurso tentado, se verifica que ha sido interpuesto en término (cfr. cargo actuarial de fs. 357 vta.) y contra una sentencia definitiva (primer párrafo del art. 480 del C.P.P.T.) apta del recurso sub exámine (sentencia de sobreseimiento dictada por el tribunal de juicio, mencionada en el inc. 1 del art. 481 del C.P.P.T.). Los motivos de casación invocados y los argumentos en los que se sustentan, son desarrollados con adecuada fundamentación y satisfacen los demás recaudos impuestos por los arts. 479 y 485 del C.P.P.T. En consecuencia, estando cumplidos los requisitos de admisibilidad del recurso de casación, corresponde analizar su procedencia.

VI.- De la confrontación del recurso de casación con el fallo en pugna y el derecho aplicable al caso, es dable anticipar la procedencia de la vía impugnativa extraordinaria local tentada.

1.- En el requerimiento de elevación a juicio se estimó “...que el imputado M.J.J. deberá responder oportunamente como autor del delito de Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar, previsto y penado por el art. 1º de la Ley 13.944 (complem. del Código Penal), en perjuicio de sus hijos menores G.O.J. y J.G.J.” (fs. 99/100).

La precitada norma reza que “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, aun sin mediar sentencia civil, se sustrajeren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido” (penas de multa conforme Ley N° 24.286).

Sobre el delito de Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar se ha dicho -en apretada síntesis- que tal cual fue receptado por la Ley N° 13.944 queda caracterizado “...como delito de omisión por lo que no cabe admitir la tentativa. Es de peligro, ya que no requiere la producción de un daño efectivo; un único acto de abstención basta para que se consume y tampoco excluye el tipo delictivo el cumplimiento tardío de la obligación. Con excepción de la situación prevista en el art. 4° de la ley 13.944, referida al cónyuge, el o los autores pueden ser perseguidos de oficio, además de serlo por los damnificados y sus representantes legales. Es competente para entender en la causa el juez del crimen del lugar en el cual debió efectuarse la prestación. La prescripción es bienal y comenzará a correr desde la medianoche en que dejó de omitirse la prestación debida o en que el autor quedó en imposibilidad de prestarla, o cesó el estado de necesidad en la víctima. El delito es excarcelable y puede concederse la suspensión del cumplimiento de la pena” (Makianich de Basset, Lidia Noemí, “La obligación alimentaria y el delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar (Ley 13.944)”, LA LEY1984-D, 910).

2.- Ahora bien, en autos se debate como afecta esa especial naturaleza que tiene el tipo penal imputado (delito “de omisión”, “de peligro” y “continuo”) a la hora de determinar si operó -o no- la prescripción de la acción penal cuando el delito se habría continuado cometiendo con posterioridad a la sustanciación del procedimiento.

En el entendimiento del a-quo “los incumplimientos posteriores al reproche fiscal podrán dar origen a una nueva causa judicial, ya que no puede sostenerse que la extinción de la acción penal por prescripción abarca hechos posteriores a los contenidos en el requerimiento, pues lo contrario implicaría conceder un 'bill' de indemnidad al incumplidor y violentar la naturaleza misma del instituto de la prescripción, la cual permite que se produzcan determinados efectos jurídicos por el paso del tiempo hacia atrás, no hacia delante. Corresponderá en consecuencia, someter a los órganos de investigación penal el análisis de la conducta posterior del presunto remiso, remitiendo las constancias de los hechos aquí expuestos” (fs. 349/351).

En cambio, para la señora Fiscal Penal en lo Correccional de la IIª Nominación “manteniéndose vigente el estado consumativo (no ha cesado la consumación), no ha comenzado a correr el curso de la prescripción, conforme el Art. 63 C.P.: 'La prescripción de la acción penal empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito, o si este fuere continuo, en que cesó de cometerse'. La declaración de responsabilidad penal, con su juicio de reproche recaída en sentencia firme, es la única que puede destruir la unidad de conducta más no la acusación (requerimiento de elevación a juicio), que es un acto necesario que impulsa el proceso hacia sentencia definitiva” (fs. 354/357).

3.- Así planteada la discusión, cabe recordar que esta Corte Suprema de Justicia tiene dicho que la prescripción en materia penal es un instituto de orden público, que opera de pleno derecho y es declarable de oficio, previo a cualquier decisión sobre el fondo del asunto y en cualquier instancia o grado del proceso (C.S.J.Tuc. in re “Pedraza, Claudia Andrea y otros s/ Hurtos reiterados”, sentencia N° 557 del 06 de julio de 2.012; “Koltonsky Cohen, Walter Rodolfo, Paz, Evaristo José y Bruhl, Juan Luis s/ Estafa”, sentencia N° 667 del 12 de septiembre de 2011; entre otras). En los citados precedentes, este Tribunal expresó que sigue la doctrina establecida por la Corte Suprema de la Nación, al señalar que la prescripción penal “es un instituto que encarna un interés social de tal magnitud, que debe considerarse por sobre cuestiones particulares del

proceso”, advirtiendo asimismo que “esta naturaleza y esta jerarquía no implica de ningún modo que pueda violentar la normativa sin más, sino que permite atender la prescripción de la acción o sanción penal en forma previa frente a las cuestiones particulares del fondo en atención a los derechos del imputado”. Se dijo además que “en diversas oportunidades el Máximo Tribunal de la Nación ha señalado que el instituto de la prescripción de la acción tiene una estrecha vinculación con el derecho del imputado a un pronunciamiento sin dilaciones indebidas, y que dicha excepción constituye el instrumento jurídico adecuado para salvaguardar el derecho en cuestión” (Fallos: 332:1.512; 330:4.539; y causa “Ibáñez” del 11 de agosto de 2009, La Ley 25 de septiembre de 2009, 7 - Sup. Penal 2009, octubre, 48; entre otras).

A su vez, debe ponerse de relieve que este Tribunal también ha indicado que “para establecer el momento inicial del plazo de prescripción corresponde distinguir el tipo de delito de que se trate, toda vez que según dispone el art. 63 del Cód. Penal, la prescripción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si este fuere continuo, desde que cesó de cometerse. La referencia al delito continuo se considera vinculada con los casos en que 'una unidad delictiva continúa en su existencia por más de un día', lo que puede ocurrir en ciertos supuestos de tentativa y en los delitos continuados o permanentes (cfr. D'Alessio, Andrés José, Código Penal comentado y anotado, Parte General, La Ley, 2005, pg. 665 y ss.). En esos supuestos de unidad delictiva no instantánea, el plazo de extinción comienza a correr desde el momento en que se realizó el último acto de carácter ejecutivo (tentativa), o a partir de que cesó el estado antijurídico de consumación (delito permanente), o en el momento en que se produjo el último hecho que se considera integrante de la unidad de acción (delito continuado)”.

Del mismo modo, interesa destacar que el tema de la prescripción de la acción penal en el delito de Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar ha sido abordado especialmente por el Dr. Horacio J. Romero Villanueva, resumiendo el mismo que “al tratarse de un delito de carácter permanente, no procede declarar extinguida la acción penal por prescripción si no se encuentra acreditado que el alimentante haya comenzado a dar cumplimiento a su obligación. Mientras no se interrumpa la continuidad o permanencia del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, no puede comenzar a correr el término de prescripción de la acción emergente de dicho ilícito, pues al tratarse de una infracción de omisión y de carácter permanente, se consuma durante el tiempo en que se prolonga el incumplimiento de los deberes asistenciales, el autor tiene a su alcance un único modo de interrumpir la comisión del delito, que no es otro que el de iniciar el cumplimiento de los deberes alimentarios y, por consiguiente, hasta que ello no ocurra no puede empezar a correr el término de la prescripción. Para alguna jurisprudencia, mientras persista el incumplimiento de deberes de asistencia familiar, la prescripción comienza a correr recién cuando el menor cumple los dieciocho años” (ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., “Código Penal de la Nación y Legislación Complementaria. Anotados con jurisprudencia”, 4ta. ed., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2010, pg. 1.284).

Por último, merece mencionarse que -recientemente- el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis aludió que “...nos encontramos frente a un delito de omisión, de peligro abstracto, continuo y de carácter permanente, y que el plazo para que opere la extinción de la acción penal por prescripción deberá computarse a partir del momento en que el menor, objeto de la misma cumpla los dieciocho años de edad o cuando la conducta haya cesado, no encontrándose acreditado en autos ninguno de estos supuestos. En tal sentido la Jurisprudencia ha dicho: '...Corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por el fiscal ya que en el caso es dable advertir que el señor juez que

resolvió declarar extinguida la acción penal por prescripción y sobreseyó al imputado, toda vez que, el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar es de los denominados permanentes, de lo que se colige que la acción típica se prolonga en el tiempo, debiéndose comenzar a computar el plazo de la prescripción una vez que dicha conducta haya cesado, tal como lo establece el art. 63 del C.P., o bien desde que el menor cumpla dieciocho años de edad -art. 1° de la ley 13.944-. Así, no deriva de las presentes actuaciones que el imputado haya cesado de incumplir con la obligación de asistencia familiar en favor de su descendiente...' (CAMARA NACIONAL DE CASACION PENAL. CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL - Id Infojus: FA07261079 - SENTENCIA – 09/03/2007)” (S.T.J.S.L. in re “Recurso de casación en autos: Incidente de apelación en autos: Vílchez, César Daniel Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar”, sentencia N° STJSL-I-046-2014 del 15 de mayo de 2014).

4.- En ese contexto, sólo resta dejar evidenciado que -en atención a que el tipo penal imputado (art. 1 de la Ley N° 13.944) tiene incidencia sobre menores a los que puede provocárseles un innecesario padecimiento- debe incorporarse el “interés superior del niño” como pauta hermenéutica constitucional y principio rector para la solución de los derechos en pugna (conf. C.S.J.Nac., in re “Antinao, Celia vs. D. C., M. A. – D., G. N.”, del 17 de abril de 2007 –Fallos 330-1.671, publicado La Ley 2007-D, 538).

Dicho principio ha sido consagrado en el art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño (“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”), así como en el art. 3° de la Ley N° 26.061 (“Interés Superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”).

En consecuencia, resulta obligatoria la incorporación del “interés superior del niño” como criterio de interpretación de la normativa aplicable, de los hechos y de las pruebas del caso puesto que -en definitiva- no sólo es un producto de un sistema normativo que -tras advertir las peculiares condiciones (edad, nivel de madurez y necesidades específicas) que determinan la situación de vulnerabilidad del niño- conmina a brindar respuestas concretas incluso en decisiones jurisdiccionales como la presente, sino que -además- nos sitúa en una comprensión global de ese estado de vulnerabilidad que padecen los niños que es fundamental para resolver adecuadamente el caso.

5.- De lo hasta aquí expuesto se deduce con absoluta claridad que el cómputo del plazo de la prescripción (dos años) sólo puede efectuarse a partir del momento en que cesó la conducta omisiva propia del delito previsto en el art. 1 de la Ley N° 13.944 o bien a partir del momento en que esa conducta dejó de ser típica por haber cumplido 18 años los hijos a quienes -por entonces- debía asegurárseles los medios indispensables para su subsistencia.

En el sublite, si bien es cierto que medió por parte de la señora R.L.M. (madre de los menores en cuyo perjuicio se habría cometido el delito imputado en autos) un claro reconocimiento de que el imputado M.J.J. depositó la suma de \$ 300 durante los meses de julio, agosto y septiembre de 2007 (fs. 274), de allí no puede colegirse que durante el mencionado período haya cesado la conducta omisiva propia del delito imputado y que, por lo tanto, desde entonces haya comenzado a correr el curso de la prescripción de la acción penal.

Efectivamente, en respuesta a la solicitud de la señora Fiscal Penal en lo Correccional de la 1ª Nominación (fs. 269), la señora R.L.M. declaró que “...únicamente el imputado

en autos depositó de forma irregular y parcial la suma de dinero ordenada por la Sra. Juez de Familia Va. Nom. en concepto de Alimentos (Expte. n° 2025 / 00), correspondiendo al Salario Mínimo Vital y Movil, durante los meses de Septiembre de 2.004 (\$ 100), luego en Julio Agosto y Septiembre de 2.007 (\$ 300 cada mes), motivo por el cual acompaña informes bancarios a los efectos de que la Sra. Fiscal y el Sr. Juez constaten la veracidad de sus palabras, adjuntando informe de fecha 07-10-11 referido al Juicio M.R.L. c/ J.M. s/ Alimentos” (fs. 274).

Sin embargo, por más mínimo que sea el estándar de subsistencia que deba asegurarse y por más que aún no se haya celebrado el debate oral, de ningún modo resulta posible reconocer a los pagos efectuados por el imputado eficacia suficiente como para hacer cesar el estado consumativo del delito imputado y disparar el término de la prescripción de la acción penal, toda vez que lesionaría el más elemental sentido común postular que la suma de \$900 alcanza para garantizar la supervivencia de dos menores durante un período de tres meses.

De hecho y en ese sentido, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional tiene dicho “...que el defensor oficial Ricardo Ramos Campos se equivoca al decir que en la causa no existe prueba suficiente relativa a la capacidad económica del encausado. Y ello así por cuanto a la acusación 'tampoco le corresponde probar la capacidad económica del acusado, desde que esta capacidad, que no es un elemento de la imputación por no constituir un elemento del tipo penal, sino un presupuesto de la omisión que lo constituye, funciona, cuando falta, como una excepción a favor del acusado, por lo que la prueba de esa falta está a cargo de éste' (conf. Núñez, Ricardo C. 'Derecho penal argentino', t. VI, p. 37). También se equivoca el mismo funcionario al abogar por la absolución sosteniendo que los hijos del procesado no quedaron librados a su suerte pues Martínez cubrió en lo posible sus necesidades, ya que en contraposición a dicho criterio es principio admitido que el cumplimiento parcial de la obligación alimentaria no suple su estricta observancia. Al respecto bueno es recurrir al mismo y prestigioso autor antes mencionado en cuanto expresa: 'La satisfacción parcial equivale a la insatisfacción de la obligación, sin perjuicio de que la ejecución parcial se tenga en cuenta para la determinación de la pena' (op. cit., p. 30). Por otra parte, tratándose de un delito de simple omisión basta para que él se consuma que el autor se sustraiga a prestar los medios indispensables para la subsistencia de la prole que estaba obligado a prestar y siendo de aquéllos denominados de peligro abstracto, este delito 'no requiere que a raíz de la omisión del autor la víctima sufra una efectiva carencia de medios indispensables para su subsistencia o que caiga en una situación de peligro concreto de experimentar ese efectivo estado de necesidad de esos medios' (op. autor cit., p. 28). En otras palabras, los ingresos económicos de la madre de los niños provenientes de su trabajo personal en relación de dependencia, no son motivo de exclusión del injusto penal enrostrado en estos autos al padre de aquéllos, pues la obligación alimentaria del último no desaparece por aquella circunstancia apuntada a la que también, equivocadamente, alude la defensa como elemento concurrente a la absolución del causante. Comparto, en suma, las argumentaciones del fallo y la valoración de la prueba que en él se realiza en un todo de acuerdo con las normas que rigen su mérito en la manda procedimental de la materia y es obvio que pequeños dineros entregados esporádicamente o el pago de ciertos y escasos servicios educacionales o recreativos, no altera el meollo y la esencia de la cuestión a decidir, ni modificar un ápice la correcta decisión del sentenciante. Menos si se plantea la opción entre la familia original y la familia nueva, pues la creación o formación de la última lo ha sido por decisión exclusiva del procesado y ello no puede dar por resultado el desvanecimiento de sus obligaciones esenciales y primarias en relación a los hijos del

primer matrimonio; es elemental que quien se crea obligaciones las asuma rectamente, y si se carece de los elementos indispensables para hacerles frente cualquier persona responsable dejará de lado sus deseos personales y hasta postergará la satisfacción de sus instintos hasta contar con los medios de sufragarlos conforme a la ley humana y a la ley moral” (C.N.C.C., Sala I, sentencia de fecha 20 de marzo de 1990).

De ese modo, queda confirmado que los tres aportes reconocidos por la denunciante (fs. 274) -por poco cuantiosos y absolutamente aislados- no tienen la entidad necesaria para romper el estado consumativo propio del delito de Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar y dar inicio al término de la prescripción de la acción penal.

Por otro lado, no puede pasar inadvertido que no existe ningún elemento de certeza que permita presumir que el imputado haya cumplido con su deber de asistencia. Así, si bien el delito continuado que se reprocha comenzó a cometerse desde hace más de diez años, no existe constancia o prueba alguna que pueda llevar a concluir que el mismo cesó de cometerse en algún momento, comenzando -de esa forma- a correr el curso de la prescripción conforme lo establece el art. 63 del C.P.

La referida orfandad probatoria obsta el dictado del temperamento desincriminante que se impugna, y pone en evidencia la deficiencia de la fundamentación que exhibe en este aspecto el referido pronunciamiento; máxime cuando la inexistencia de constancias que permitieran dilucidar el marco fáctico sobre el que habría de aplicarse el derecho positivo fue previamente denunciada por la Sra. Fiscal Penal en lo Correccional de la I^o Nominación, quien requirió -previo a emitir opinión- “se cite a la denunciante R.L. M. a fin que manifieste si el imputado cumple o no con los deberes de asistencia familiar en relación a sus hijos menores G.G. y J.G.J.” (fs. 269), y de la declaración de la misma sólo puede extraerse que existieron pagos incapaces de disparar el término de la prescripción.

En esa línea, se ha destacado “...el criterio mantenido poco tiempo atrás por la Cámara Nacional de Casación Penal, la que descalificó un decisorio por entender que antes del dictado de un 'pronunciamiento liberatorio' por prescripción, el tribunal interviniente tendría que haber agotado las medidas de prueba sugeridas por el fiscal para dilucidar el marco fáctico que rodeaba al episodio investigado, por lo que, sin ellas, no podría descartarse la permanencia de la acción en el tiempo, más aún, si a esa fecha la víctima no había cumplido aún los 18 años” (CALVETE, Adolfo, “Tratado de la prescripción de la acción penal. Pautas teórico-prácticas para la extinción de la persecución penal: Generalidades. Definiciones. Situaciones que se presentan en los delitos en particular”, Volumen I, 1^o ed., Buenos Aires, Ediciones de la República, 2008, pg. 483/486).

Así las cosas, no existiendo pruebas valederas que permitan avizorar que la conducta omisiva propia del delito imputado (art. 1 de la Ley N^o 13.944) cesó en algún momento, solo queda indagar si a lo largo del presente proceso dicha conducta dejó de ser típica por haber cumplido 18 años los hijos a quienes -por entonces- debía asegurárseles los medios indispensables para su subsistencia.

Es que, como acertadamente lo indica la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, “...el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar es de los denominados permanentes, de lo que se colige que la acción típica se prolonga en el tiempo, debiéndose comenzar a computar el plazo de la prescripción una vez que dicha conducta haya cesado, tal como lo establece el artículo 63 del Código Penal, o bien desde que el menor cumpla dieciocho años de edad -artículo 1^o de la ley 13.944-” (C.N.C.P., Sala III, in re “R., J. A. s/ Rec. de casación”, sentencia de fecha 9 de marzo de 2007).

Precisamente, en autos se observa que los hijos del acusado cumplieron 18 años de edad durante el transcurso del proceso. En efecto, según emerge de las partidas de nacimiento

incorporadas a estos actuados, G.O.J. -hijo mayor del imputado- adquirió la mayoría de edad (18 años) el día 18 de mayo de 2013 (ver fs. 23), mientras que J.G.J. -hijo menor del imputado- lo hizo el día 25 de julio de 2014 (ver fs. 24).

Realizado el cómputo de la prescripción de la acción penal a partir de dichas fechas (18 de mayo de 2013 y 25 de julio de 2014), resulta evidente que no han transcurrido hasta el momento los dos años de la pena prevista en el art. 1 de la Ley N° 13.944, siendo forzoso concluir que -en la especie- no prescribió la acción penal.

A modo de colofón, el a-quo se desentendió de que -no existiendo pruebas de que la conducta omisiva propia del delito -continuo- imputado haya cesado- el plazo de prescripción de la acción penal empezó a correr recién cuando dicha conducta dejó de ser típica por haber adquirido 18 años de edad los hijos del acusado, concluyendo erróneamente que la acción penal se encuentra prescripta en la especie. Tal como se demostró, realizado el cómputo desde el momento precisado se colige -sin mayor complicación- que el plazo de la pena prevista en el art. 1 de la Ley N° 13.944 (dos años) aún no transcurrió y, por lo tanto, no prescribió la acción penal en estos actuados.

6.- En orden a los argumentos expuestos, corresponde hacer lugar al recurso de casación deducido por la señora Fiscal Penal en lo Correccional de la IIª Nominación (fs. 354/357) en contra de la sentencia de fecha 23 de junio de 2014 (fs. 349/351) dictada por el señor Juez Penal en lo Correccional de la IIª Nominación, conforme la doctrina legal que a continuación se enuncia: ***“Resulta descalificable como acto jurisdiccional válido la sentencia que declara prescripta la acción penal desentendiéndose de que -no existiendo pruebas de que la conducta omisiva propia del delito -continuo- imputado haya cesado- el plazo de prescripción de la acción penal empezó a correr recién cuando dicha conducta dejó de ser típica por haber adquirido 18 años de edad los hijos del acusado”***. En consecuencia, revocar íntegramente el referido pronunciamiento y dictar la siguiente sentencia sustitutiva: “1º) NO HACER LUGAR al planteo de prescripción de la acción penal formulado por la Sra. Defensora Oficial en lo Penal de la IIIº Nominación en favor del imputado M.J.J. (fs. 246). 2º) CONTINÚE la causa según su estado”.

A las cuestiones propuestas los señores vocales doctores Antonio Daniel Estofán y Daniel Oscar Posse, dijeron:

Estando conformes con los fundamentos dados por el señor vocal preopinante doctor Antonio Gandur, sobre las cuestiones propuestas, votan en igual sentido.

Y VISTO: El resultado del precedente acuerdo, la Excma. Corte Suprema de Justicia, por intermedio de su Sala en lo Civil y Penal,

RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de casación deducido por la señora Fiscal Penal en lo Correccional de la IIª Nominación (fs. 354/357) en contra de la sentencia de fecha 23 de junio de 2014 (fs. 349/351) dictada por el señor Juez Penal en lo Correccional de la IIª Nominación, de conformidad con la doctrina legal enunciada. En consecuencia, **REVOCAR** íntegramente el referido pronunciamiento y **DICTAR** la siguiente sentencia sustitutiva: “1º) **NO HACER LUGAR** al planteo de prescripción de la acción penal formulado por la señora Defensora Oficial en lo Penal de la IIIª Nominación en favor del imputado M.J.J. (fs. 246). 2º) **CONTINÚE** la causa según su estado”.

HÁGASE SABER.

ANTONIO GANDUR

ANTONIO DANIEL ESTOFÁN

DANIEL OSCAR POSSE

ANTE MÍ:

CLAUDIA MARÍA FORTÉ