

EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO A LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR

EN RELACION CON LOS HIJOS

THE CRIME OF BREACH OF THE DUTIES OF FAMILY ASSISTANCE IN RELATION TO CHILDREN

RESUMEN

Para la configuración del delito de incumplimiento a los deberes de asistencia familiar es necesaria la presencia de un solo presupuesto objetivo: el mero incumplimiento. Pero, son varios los elementos subjetivos a los cuales alcanza y que se presentan como sujetos activos de una figura penal tipificada en la Ley 13.944. Siendo el Estado -a través de su política criminal- el que dispone la sanción a dicho incumplimiento, es necesario y urgente revisar el estado actual de la ley penal a la luz de la sanción del Código Civil y Comercial. El presente trabajo pretende analizar el delito de incumplimiento a los deberes de asistencia familiar en el ámbito del derecho penal: sus características, presupuestos de admisibilidad y su inserción en el proceso de alimentos perteneciente al derecho de familia en el fuero civil. A través de un recorrido por el ordenamiento jurídico, se describirá el modo en que subyacen los efectos del incumplimiento sobre las distintas ramas del derecho, influyéndolas o solicitando su auxilio como requisito de exigencia que hace a su alcance, aplicación y consecuente efectividad en los nuevos modelos de relaciones parentales que recepta el Código Civil y Comercial en vigencia.

Palabras Claves

Alimentos – Prescripción – Incumplimiento - Hijos – Delito

ABSTRACT

With regard to the definition of the crime of failing to provide financial support to one's family, only one objective element is needed: the mere failure to provide support. However, there are a number of subjective elements that serve as qualifiers and can be presented as active subjects with respect to the penalty categorized in Law 13.944. Given that the State, via its criminal policy, is the entity that decrees the sanction for said failure, it is a matter of urgent necessity to review the current state of penal law in light of the sanction determined by the Civil and Commercial Code. This analysis considers the crime of failing to fulfill one's obligations with regard to family support within the sphere of penal law: its characteristics, admissibility concerns, and its insertion into the process of alimony as pertaining to the rights of the family in the Civil Code. By way of a review of the body of law, we will describe the way that the effects of this failure affect the various branches of the law, either by influencing them or calling upon them as a requirement of exigency that determines its reach, application, and consequent effectiveness in the new models of parental relations considered in the current Civil and Commercial Code.

Key Words

Maintenance Obligations – Prescription – maintenance obligations breach

Introducción

El recientemente sancionado [Código Civil y Comercial de la Nación](#), establece en su [art. 541](#) que la prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica. Si se tratare de un menor de edad comprende, además, lo necesario para la educación.

La interpretación de la norma que realiza Herrera señala que la prestación alimentaria para los hijos abarca un “orden moral y cultural” (2015, pág. 415), acorde a la clasificación realizada por Freitas en su *Esboço*, como refiere Belluscio (2006). Por su parte, dicho autor advierte que la imprescriptibilidad del derecho a alimentos -que se renueva constantemente- no debe ser confundido con el plazo que surge del [art. 4027](#) del anterior [Código](#), que corresponde a las cuotas ya devengadas de la prestación alimentaria (sustituido por los actuales arts. [2556](#) y [2562](#)).

En el ámbito penal, el incumplimiento a los alimentos debidos -[Ley 13.944](#) prevé en su [art. 1º](#) la sanción a los progenitores que se sustraen a dicha obligación -indispensable- respecto de los hijos menores de 18 años, o de más si estuviere impedido. De su lectura podemos inferir que se establece un plazo de prescripción implícito: la mayoría de edad establecida en la normativa civil.

La finalidad del presente trabajo no es la realización de un estudio exhaustivo de la temática del incumplimiento alimentario, sino que procura ser un enfoque global a los fines de exponer el alcance del fenómeno inserto en la realidad social. Mediante la descripción y análisis desde la mirada del derecho civil y penal tenemos la pretensión de unificar el plazo de la obligación -en ambos fueros- teniendo en cuenta las características que el incumplimiento exhibe en cada esfera para evaluar finalmente, la eficacia y alcances de esta figura en el orden jurídico argentino.

Se señalan las implicancias de nuestro objeto de estudio en el orden de lo público y de lo privado del derecho estatal. Luego, partiendo de las ramificaciones en las que éstos dos grandes tópicos se subdividen, es que deberá ser interpretado el delito en estudio dentro del diálogo de fuentes aludido en el [anteproyecto del Código Civil y Comercial](#) para no violar los derechos de las personas especialmente vulnerables, como son los hijos menores de edad, evitando exponer la aparente fragmentación del derecho.

Dentro del Derecho Público, observamos la influencia de:

Derecho Internacional: por referencia a los instrumentos internacionales de los cuales nuestro país es signatario.

Derecho Constitucional: por alusión a los tratados internacionales de Derechos Humanos enumerados en el [art. 75 inc. 22](#) de nuestra Constitución;

Derecho Penal: en la tipificación que realiza del Incumplimiento a los deberes de Asistencia Familiar;

Derecho Administrativo: por su carácter exorbitante, se hace aplicación del mismo tanto en lo público como en lo privado, dado que donde se verifique la existencia de un Estado, hay derecho administrativo. Por ejemplo: en los supuestos de reclamo de alimentos cuando se produce la intervención de varios Estados de conformidad al domicilio fijado por las partes involucradas;

En cuanto al Derecho Privado, las incidencias se dan respecto de:

Derecho Civil: por aplicación de las normas del [Libro Segundo](#) del Código Civil y Comercial de la Nación que rige las relaciones de familia y especialmente, su [Título Séptimo](#) concerniente a la responsabilidad parental;

Derecho de Familia: como se mencionó en el párrafo anterior, por aplicación de las normas del [Código Civil y Comercial](#), y aquellas de procedimiento no sólo incorporadas al mismo, sino que también se establecen en los códigos adjetivos;

Derecho Laboral: dado que la nueva normativa impone la responsabilidad solidaria o concurrente -conforme se verá más adelante- de quien debe realizar el descuento sobre los haberes del alimentante obligado;

Derecho Administrativo: que establece mecanismos para efectivizar y dar legalidad a la ejecución de la normativa sustancial (por ejemplo: la creación del Registro de Deudores Morosos Alimentarios).

El estudio del delito de incumplimiento a los deberes de asistencia familiar debe ser analizado a partir de su génesis, es decir, desde que se configura el incumplimiento en sede civil. Para ello, deberá tenerse presente la normativa existente en el Código Civil y Comercial.

Para Belluscio (2013, pág. 26) es indiferente al fuero penal que coexista un juicio de alimentos iniciado -por adscripción al sistema franco-belga que protege sólo la necesidad económica- en cuanto se diferencia del sistema italiano que protege además el aspecto moral del deber. Sin embargo, de la lectura del primer artículo de la [Ley 13.944](#), surge evidente que debe concurrir un proceso de alimentos tramitando en el fuero civil, siendo innecesaria, la existencia de sentencia [firme]; y en los supuestos en que se pretende ver una cuestión de prejudicialidad, Vélez Maricondi señala:

El juez civil está sometido a las conclusiones del juez penal siempre que recorre idéntico camino, siempre que actúa en la órbita jurídica que antes iluminó su colega; pero que adquiere plena autonomía, que no está vinculado a la decisión penal, en cuanto penetra a una esfera absolutamente y exclusivamente ‘civilista’, por donde no transitó o no pudo transitar el juez penal. (Mosset Iturraspe, 2016a, págs. 166,167)

A partir del análisis de la [Ley 13.944](#), se expondrán cómo los principios e institutos que contiene el ordenamiento jurídico se entrecruzan al momento de su aplicación, proporcionando el alcance de este delito. Entonces nos planteamos: ¿Cuál es la eficacia y alcance de la política criminal del Estado Argentino, aplicable al delito del incumplimiento a los deberes de asistencia familiar en relación con las víctimas especialmente vulnerables menores de edad?

A los fines de dilucidar la respuesta, Manuel Sánchez Zorrilla enseña que hay dos formas de realizar investigaciones. La primera es expositiva, utilizando la exégesis para interpretar el significado de una norma o parte de ella (vgr.: códigos comentados). La segunda forma es mediante el uso del método científico: formular un problema para luego contrastar una hipótesis. Este procedimiento –señala el autor citando a Savateres el utilizado por Santo Tomás en Suma Teológica (2011, pág. 342).

Se concluye en un tipo de investigación descriptiva, es decir que forja una imagen que incluye “sus características, sus elementos o propiedades, comportamientos y particularidades”. En tanto para las tesis de carácter explicativo, señala la finalidad de explicar e interpretar un fenómeno para luego dar a conocer las conclusiones a las que se arriba. (Muñoz Razzo, 2011, pág. 23)

El presente documento es una tarea investigativa que supone una inquietud inicial y nos introduce en un tema que deseamos explorar, visualizando el alcance que dicha problemática pueda plantear en el contexto en que se desenvuelve. Es en esta investigación que las preguntas constituyen un marco referencial para delimitar el conocimiento y seleccionar del espectro de las posibles conclusiones, la que mejor se adapte o tienda a solucionar la cuestión planteada en miras del objetivo que nos hemos propuesto: analizar la Ley de Incumplimiento a los Deberes de Asistencia Familiar en el marco del derecho alimentario derivado o concurrente con el proceso de alimentos

tramitado en el fuero civil; su inclusión como tipo penal, su procedencia, cumplimiento, alcance y eficacia en el ordenamiento jurídico actual.

Desde el año 1950, el Estado Argentino se preocupó por sancionar la conducta de los progenitores que se sustraen al cumplimiento de prestar los medios indispensables para la subsistencia de los hijos. En ejercicio de su imperium y de la función preventiva del derecho penal, moldeó las herramientas a través de diversos instrumentos a los fines de evitar dichos incumplimientos.

Los estudios doctrinarios exponen la prestación alimentaria con acotada referencia al delito de incumplimiento. Es en esta esfera del derecho penal que señalan sus antecedentes, características y avances legislativos a partir de un análisis teórico enmarcado en las diversas corrientes doctrinarias.

Cabe señalar, que Belluscio (2013, pág. 19) tiene una opinión negativa en cuanto a la aplicación de la sanción para el delito en estudio, basándose en que se amplifica el problema que contrariamente, tiende a reparar. Desde este punto de vista sería algo así como la aplicación de la antigua ley del Talión, conformando una tautología, por cuanto la violencia genera más violencia y concluyendo, en que las partes involucradas permanecen sin solución.

Por su parte, Caimmi y Desimone (1997, pág. 37) se pronuncian en contra de la eliminación de la regulación penal y señalan que la ineficacia de la [Ley 13.944](#) se produce por el comportamiento que asumen los propios operadores jurídicos, donde el juez penal asume un rol de “amigable componedor” y no la conducta que le es propia.

Actualmente son numerosos los casos de padres adolescentes. Entre otros, el sitio web del Fondo de Población de las Naciones Unidas¹, da cuenta de unos 112.000

¹ [Datos sobre embarazo adolescente en Argentina](#). Fondo de Población de las Naciones Unidas. Recuperado el 6 abril de 2016, de UNFPA: <http://www.unfpa.org.ar>

embarazos adolescentes en Argentina, concluyendo que tal cifra representa el 25% de la población en algunas provincias. Ante dicho panorama, la problemática del incumplimiento alimentario podría verse afectada² debiendo ser subrogado dicho cumplimiento por los progenitores de éstos, quienes deben hacer frente al sostenimiento económico de dos generaciones (hijos adolescentes y nietos).

Varios son los factores –pobreza, violencia, educación, madurez, etc.- que influyen en las estadísticas, y varios los aspectos alcanzados por las consecuencias – familia, educación, trabajo, sistema de salud, políticas públicas, judicialización, etc. - siendo mérito de un estudio sociológico e interdisciplinario que excede el presente trabajo.

Por la característica de inclusión de una sociedad multicultural impresa al nuevo Código Civil y Comercial se receptan estas tipologías de familias: la nuclear (contemplada anteriormente), la monoparental y, por la ley de matrimonio civil, (entre personas de distinto o igual sexo) las familias heterosexuales y homosexuales³, los concubinatos o uniones de hecho, hoy tipificados en las llamadas Uniones Convivenciales. Estas últimas, abarcan las familias ensambladas en las cuales uno o ambos miembros de la pareja tiene uno o varios hijos de parejas anteriores.

² Véase también: “Vale traer a colación que en Argentina hay 4.200.000 mujeres jefas de hogar, el dato del Censo 2010, marca un crecimiento del 49 % de la jefatura femenina con respecto al Censo del 2001. “La soledad de la mujer con hijos, por ejemplo, es una gran presión. Y en los sectores más vulnerables es una condena segura a una mayor desigualdad y pobreza. En el mejor de los casos -afirman los expertos- son mujeres que se ven obligadas a tomar trabajos mediocres, que además las lleva a dejar solos a sus hijos. O peor: tienen muchos hijos y ninguna ayuda, con lo cual no pueden ni trabajar y caen en la indigencia”. TSJ Córdoba. “[A.H.R. p.s.a. incumplimiento de los deberes de asistencia familiar](https://todoelderechoblog.wordpress.com/)”. 01/11/13. Recuperado el 23 de agosto de 2016 de Blog todo el Derecho: <https://todoelderechoblog.wordpress.com/>

³ “Se admite la demanda y se impugna la maternidad..., emplazando al matrimonio unisexual petitionerante (uno de cuyos integrantes aportó el material genético masculino) como padres del menor...”. Tribunal Colegiado de Instancia Única de Familia 5ª Nominación, Rosario, Santa Fe. Tribunal Colegiado de Instancia Única de Familia 5ª Nominación, Rosario, Santa Fe. “[G. G. S. y otros s. Filiación](http://www.rubinzalonline.com.ar)”. 27/5/2016. Rubinzal Culzoni. RC J 3260/16. Recuperado el 10 de abril de 2016 de: www.rubinzalonline.com.ar

Igualmente, con miras al principio de democratización de la familia⁴ cuyo fundamento se encuentra en el art. 14 de la [Constitución Nacional](#) y con el objeto de dar protección a los lazos afectivos que se crean a partir de estas nuevas relaciones, se regulan los deberes y obligaciones de la figura del progenitor afín -[Titulo 7: arts. 672 al 676](#)-. Figura de reciente aparición a la que también se le impone el deber de prestar alimentos de manera subsidiaria con base en el principio de solidaridad familiar, sin excluir de este deber al progenitor biológico (Herrera, Marisa, 2014b, pág. 459).

Asimismo, se amplió [-art. 662-](#), la legitimación para obtener la prestación alimentaria del progenitor no conviviente, hasta la edad en que el hijo cumpla 21 años, iniciando o continuando el juicio de alimentos, pudiendo ser pasible de la fijación de un importe que se destine a gastos comunes del hogar para el supuesto de continuar la convivencia con uno de sus progenitores si éste así lo solicita. Vale recordar en este sentido que la [Ley 26.579](#) estableció la mayoría de edad a los 18 años. En el [art. 663](#) la edad para la percepción de la prestación alimentaria se extiende hasta los 25 años si el hijo se capacita en arte u oficio, o continúa con sus estudios⁵, siempre que se prolongue la convivencia con uno de ellos.

Es así, en este contexto ampliado de derechos, que este trabajo hará hincapié en el delito de incumplimiento alimentario que -conforme a la ley penal- opera una vez que el hijo cumpla los 18 años; sea para considerar una modificación de la ley que lo tipifica, o considerar otras propuestas, como su divulgación a través de distintos medios gráficos a los fines que las víctimas conozcan sus derechos y las acciones legales a su alcance para lograr el cumplimiento efectivo. Delito que, por otra parte, se supone -al

⁴ Nuevo Código Civil y Comercial. [Fundamentos del proyecto](#). (p.59). Recuperado en junio de 2016 de <http://www.nuevocodigocivil.com>

⁵ CNCiv, Sala J, “[S., J. y otro c. S, A. G. s/aumento de cuota alimentaria](#)”, 8/10/15. Recuperado en junio de 2016 de Editorial García Alonso: <https://garciaalonso.com.ar/index.php>

ser considerado dentro de la categoría de delitos continuados- no cesa hasta que no se haga efectivo el cumplimiento.

El [Código Penal Argentino](#) establece en el [inc. 2° del art. 62](#) que la acción penal prescribe una vez transcurrido el tiempo máximo de la pena impuesta para el delito, si el mismo tiene previsto una sanción de prisión o reclusión. En el [art. 63](#) el plazo de prescripción para los delitos continuados, (vgr.: alimentos), comienza a partir del día en que dejó de cometerse (vgr.: el secuestro). En tanto, el art. 1° de la [Ley 13.944](#) de incumplimiento a los deberes de asistencia familiar limita el plazo de configuración del delito, imponiendo que opera respecto del hijo mayor de dieciocho años, no impedido.

Sin adentrarnos en disquisiciones lógicas acerca de la contradicción de normas que presenta el derecho -teniendo presente la jerarquía normativa que nos legó Kelsen con su gráfica piramidal- hay dos principios interpretativos para dilucidar la cuestión: ley posterior deroga ley anterior y ley especial deroga ley general. A la luz de estos principios y de las leyes que rigen la materia, se procurará dar respuesta al planteamiento relativo a la aplicación del plazo de prescripción establecido en la [Ley 13.944](#) o, la aplicación del plazo de prescripción -general y abstracto- para los delitos enumerados en la parte especial del [Código Penal](#), que establecen los arts. [62](#) y [63](#).

Nuestra hipótesis se basa en la necesidad de modificar dicho plazo aludido en la ley especial, con lo cual descartamos de base la aplicación de los artículos aludidos en el párrafo anterior del [Código Penal](#). De considerar que prescribe cuando el menor cumpla su mayoría de edad -como está establecido en el art. 1° de la [Ley 13.944](#)-, nos encontramos frente a un desfasaje legislativo y procesal respecto de la obligatoriedad exigida en el Código Civil y Comercial.

De considerar el plazo fijado en el [art. 62, inc. 2°](#) del Código Penal, el delito debería prescribir a la edad de 24 años, lo cual si bien, podría estar armonizado con lo

dispuesto en la prestación alimentaria respecto del hijo que continua sus estudios o capacitación, no sería conveniente su aplicación en los supuestos en que el hijo no estudie ni se capacite, evidenciándose una vez más la incongruencia legislativa en detrimento del progenitor que debe cumplir la prestación. De aplicarse lo dispuesto por el [art. 63](#) para los delitos continuados -a partir del cese del mismo-, nuevamente observamos este desfasaje legal en el cómputo de los plazos y por qué no, la anticipación a un plazo que impide al progenitor a cargo del cuidado personal del hijo, promover la acción penal si el otro progenitor vuelve a incumplir por aplicación del principio non bis id ídem.

A los fines de la respuesta adecuada, aludiremos a su origen, características, contenido de la prestación y tipificación. Luego, desarrollamos una descripción de los institutos alcanzados por el delito y su plazo de prescripción, continuando -en sucesivos trabajos- con las conexiones que el incumplimiento tiene respecto de modernos desarrollos doctrinales. Mencionaremos las sanciones que el ordenamiento jurídico penal prevé para el delito en estudio y finalmente, algunas consideraciones relativas a la eficacia y alcance del delito.

Deseamos entonces que el presente análisis sea considerado por aquellas personas que deseen profundizar la temática que se propone. Pretendemos que las conclusiones a las que arribemos sean el puntapié inicial de otros desarrollos que permitan dar respuestas a la problemática que exhibe el contexto social y que evidencia la relevancia que tiene el delito penal que se analizará en el presente trabajo.

El Delito de Incumplimiento a los Deberes de Asistencia Familiar

Adentrándonos respecto del incumplimiento alimentario en el ámbito del derecho penal, debemos hacer mención a la [Ley 13.944](#) que rige la cuestión y tipifica el incumplimiento del deber jurídico alimentario derivado de la conducta de los progenitores de sustraerse a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido (art. 1). Tal obligación es impuesta por el ordenamiento jurídico como parte de su política criminal, dado la potestad del Estado en determinar los bienes jurídicos a tutelar con basamento en la [Constitución Nacional](#) que fija sus limitaciones, especialmente a través del art. 19. Así lo señala el Dr. Terragni (2014) al expresar que en cada reforma legislativa hay implícita una política criminal, mostrándose partidario de aquella que tienda a reducir el poder punitivo del Estado y no a ampliarlo como advierte que se manifiesta actualmente. Se concluye que la obligación jurídica alimentaria no sólo es tutelada por el Estado como tal, sino que además surge de numerosos tratados de la comunidad internacional.

En este sentido, Ghersi (2015, pág. 15) señala que ante el avance en la tutela de los derechos que se manifiesta, es imposible “volver atrás con los principios, derechos y garantías acordados” y en esta imposibilidad, encontramos el fundamento de la observación realizada por Terragni y la extensión en el contenido o significado de muchos institutos jurídicos que iremos mencionando a lo largo de los siguientes capítulos.

Particularidades del Delito de Incumplimiento

Contenido de la Prestación en el concepto de la figura penal

El contenido de la prestación alimentaria en el derecho penal difiere del tutelado en normas civiles. Esto se desprende de la Ley 13.944 que establece el presupuesto objetivo del tipo penal en estudio: la conducta evasiva del progenitor obligado.

El contenido de la expresión *medios indispensables* -Belluscio (2013, pág. 45)- refiere a alimentos, vestido, habitación y asistencia médica, existiendo consenso doctrinario al circunscribir el incumplimiento a un delito de carácter patrimonial y económico. Cabe aclarar que antes de la sanción del [Código Civil y Comercial](#), el carácter patrimonialista se identificaba con el económico, dado que la obligación alimentaria no podía ser suplida en especie como habilita el actual [art. 659](#) del CCCN.

Por derivación del razonamiento lógico, ateniéndonos a la taxatividad que rige el derecho penal y la usanza del sentido común (añadimos), el contenido del delito debe ser idéntico a la obligación que le da origen: esto fijaría los presupuestos del [art. 659](#) del CCCN en el actual art. 1° de la ley penal aludida. Con ello se extiende el contenido de la locución “alimentos”, siendo comprensivo de la manutención, educación, esparcimiento, asistencia, gastos por enfermedad y gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio, conforme se establece en la [Ley 26.994](#) e, incluso, -teniendo en cuenta el paralelismo que realiza Dutto (2006, pág. 232)- el abandono moral de la relación paterno filial.

Asimismo, deben redefinirse los supuestos que quedarían comprendidos en el término “asistencia” o proceder de *lege ferenda* a su eliminación. Así, el contenido del tipo penal continuaría siendo el mismo aludido por Belluscio: alimentos (con extensión de su contenido), vestimenta, habitación y gastos médicos. Y es que, como señala Frías en su obra (2004, pág. 11) al tratarse de hijos menores de edad, en pleno desarrollo de

su potencialidad, se acentúa y amplía el espectro de sus necesidades, lo cual es reconocido en abundante jurisprudencia.

Siguiendo con el análisis de los rubros abarcados, respecto del supuesto de habitación y, sin adentrarnos en los pormenores del aspecto civil -cuyos parámetros han sido establecidos en el Código Civil y Comercial- debe mencionarse la imprecisión e incertidumbre que se produce al cuestionar la aplicación de los arts. [444, 445](#) y [art. 526](#) CCCN de atribución del uso de la vivienda familiar por el plazo máximo de dos años cuando hay hijos menores de edad en supuestos de divorcio vincular o ruptura de la unión convivencial Belluscio (2015b, pág. 155), cuestión que deberá ir estableciéndose jurisprudencialmente.

En este punto, no deben perderse de vista las normas internacionales (ejes de nuestra elaboración), ante la eventual violación de los derechos siendo posible ampararse en la ley de incumplimiento a los deberes de asistencia familiar, como una opción de aplicación inmediata ante el desamparo de las víctimas especialmente vulnerables. Sin perjuicio de ello, debemos recordar que la obligación pesa sobre ambos progenitores, por lo cual debería estarse a la casuística.

Continuando con otro de los rubros contenidos en la prestación alimentaria, obsérvese que se contemplarían -de hacer extensivo el significado del contenido de alimentos- los *gastos médicos* y *gastos por enfermedad*, no como sinónimos sino con significados diferentes. Por ejemplo, la adquisición de un nebulizador u otro elemento auxiliar en el tratamiento de una enfermedad que no es un “gasto médico” como tal, sino que deriva de una indicación médica. Entendemos, entonces, como gasto médico, los supuestos en que se produce la intervención de un profesional de la salud, como en la consulta, intervenciones quirúrgicas, etc., fijando así el contenido de cada expresión y ateniéndonos a la rigurosidad exigida por la ley penal.

En cuanto a la oportunidad de aplicación de la [Ley 13.944](#), debe señalarse que ésta no establece un plazo para dar inicio a la instancia penal, sino que el mismo es un elemento normativo de carácter cultural que deberá sopesarse al momento de recibir la denuncia.

Se podría apelar al plazo fijado por el derecho administrativo en la regulación del registro de deudores morosos alimentarios, el cual difiere de provincia en provincia y de ser considerados, se estaría violando el principio constitucional de igualdad ante la ley en aquellos casos en que ambos progenitores residan en provincias o Estados diferentes, aun teniendo en cuenta la competencia del juez respecto de los supuestos en que intervienen niñas, niños o adolescentes. ¿Cuál es el momento para realizar la denuncia? ¿un mes? ¿tres meses consecutivos o cinco alternados? Consideramos necesario y urgente que se unifique la legislación en este sentido.

Presupuestos de configuración del delito

El delito de incumplimiento como tal, tiene sus orígenes en el Proyecto de Código Penal del año 1937 autoría de Coll y Gómez, según reseñan Caimmi y Desimone (1997, pág. 45) definido sistemáticamente luego por Ure, quien subordinó su configuración a la existencia del vínculo parental o legal de los sujetos activos y pasivos y al estado de necesidad del damnificado, entre otros. Es decir, debe partir de la violación al bien jurídico protegido por el ordenamiento. Carrizo (2000, pág. 168), Caimmi y Desimone (1997, pág. 54) opinan que la ley tiende a proteger la vocación alimentaria.

Dichos autores -sin embargo- destacan que hay unanimidad doctrinaria en que el bien jurídico protegido es la familia - fallos "[Aloise](#)" y "[Guersi](#)". La postura contraria de Baigún, entiende que corresponde al derecho de asistencia. Por su parte,

para Muñoz Conde es un derecho del acreedor y para Figari es un delito pluriofensivo por el cual se vulnera el derecho de propiedad, la administración de justicia y la buena fe procesal (Figari, 2016, pág. 273).

Actualmente, del análisis de los [arts. 1° y 2°](#) de la ley penal vigente en la materia, se desprende el presupuesto del vínculo aludido por Ure [parental o legal] y la conducta de sustraerse a prestar los medios indispensables como elementos objetivos del tipo.

De la expresión “medios indispensables” se advierte que debe presentarse también un estado de necesidad, como señaló dicho autor. El elemento subjetivo se vincula con la culpa o el dolo en la conducta del sujeto activo, incluso ante la existencia de otros obligados ([art. 3°](#)).

Frías (2004, pág. 9) considera que debe admitirse el dolo eventual como elemento subjetivo del tipo en los supuestos en que no se ha tenido la intención de sustraerse al cumplimiento del deber.

El progenitor conociendo la exigencia que le impone la ley, subestima deliberadamente el resultado de su conducta, provocando en el hijo una situación de carencia o indigencia. Cabe preguntarse: si el progenitor incumpliente especula en que otras personas han de cumplir la obligación por él ¿no se configuraría el dolo directo por la intención y sapiencia que tiene el obligado al sustraerse del cumplimiento de la obligación, poniendo en cabeza del otro progenitor, o cónyuge o conviviente de éste -según lo establecido en el [art. 676](#) CCCN- toda la responsabilidad -eludiendo la propia- que deviene de la responsabilidad parental?⁶ -o demás parientes obligados (tíos, abuelos del niño, etc.)-.

⁶ “...todo el argumento defensivo se ha basado en la incapacidad económica del acusado, por lo que mal puede pensarse que, aun siendo los familiares los que -una vez más efectuaran el esfuerzo de realizar aportes dinerarios en favor del imputado- la hicieran efectiva, tal circunstancia no vendría más que a reforzar la habitualidad de éste de obtener beneficios a expensas de otros, sin compromiso alguno de su parte, por lo que mal se podría creer que ello operaría la finalidad resocializadora especial prevista por tal sanción.” TSJ Córdoba. “[A.H.R. p.s.a. incumplimiento de los deberes de asistencia familiar](#)”.

Concluimos con una opinión negativa a la pretensión de Frías, amparándonos en el principio de inexcusabilidad de la ley, teniendo en cuenta -además- que dicha obligación deriva de la responsabilidad parental que trasciende los límites impuestos por las normas que actúan como marco referencial para evitar las inconductas de las personas a quienes está dirigida.

Ahora bien, ante el cumplimiento de la obligación alimentaria por parte de otros obligados -en forma total o insuficiente- desaparece el estado de necesidad que se insinúa en la expresión “*medios indispensables*”. Por ello consideramos que el art. 1º debería ser objeto de una reforma en su redacción que elimine esta incongruencia y, además, se defina y delimite lo que se entiende por dicha expresión, sea para el caso de hijos o para el supuesto de alimentos entre parientes, teniendo en cuenta que si la fuente es la misma [obligación alimentaria], no lo es su contenido.

Frías (2004, pág. 11), basando su trabajo en el interés superior del niño, advierte que la definición del delito no será la misma en el caso de que el damnificado sea una persona menor o mayor de edad. Por nuestra parte, creemos que la definición del delito de incumplimiento a los deberes de asistencia familiar como tal, tiene una definición unívoca que consiste en la sustracción a prestar los medios indispensables. En todo caso, lo que diferencia la prestación exigida se da respecto del vínculo entre los sujetos activos y pasivos, es decir, que debe considerarse el vínculo de filiación/adopción o parentesco, sin aludir a la edad del alimentado, dado que la ley incluye al hijo mayor de 18 años si estuviere impedido (*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*: donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir).

Si consideramos el impedimento físico que puede padecer un hijo -no desde su capacidad en el sentido expresado en el [Código Civil y Comercial](#)-, la erogación generada a raíz del mismo debe ser considerada a los efectos de la cuantía de la obligación alimentaria por lo que será mayor si se lo compara con el hijo que no padece impedimento alguno y goza de buena salud. Como se ve, éste es otro factor en que no debe considerarse la edad del hijo a los efectos de la definición del delito de incumplimiento, sino que será el contenido que demos a la expresión “medios indispensables” juntamente con el tipo de vínculo al que se dirige la prestación.

Como se ha señalado, con la sanción del Código Civil y Comercial se ha modificado lo que se entiende por capacidad de las personas debiendo, en consecuencia, reformularse el término de “impedido” mencionado en el art. 1º de la [Ley 13.944](#). Y es que, como lo señala Figari (2016, pág. XVIII), el derecho es un todo armónico, donde lo civil enriquece el aspecto penal. A lo que añadimos que muchos de los tipos penales, encuentran su origen en la violación a los principios que rigen la normativa civil y, más aun, la normativa constitucional de la que se extraen los bienes jurídicos a proteger en el marco de la política criminal de un Estado.

Características del tipo

La doctrina es conteste en considerar que el delito en análisis es un delito propio de omisión, de peligro abstracto, especial y de carácter permanente. Sin ahondar en las discusiones acerca de los presupuestos de los delitos de omisión propios o impropios, diremos con Dayenoff (2005, pág. 181) que en el derecho penal se encuentran normas prohibitivas y mandatos que aluden a distintos aspectos del comportamiento -lo que es y lo que debería ser-. Con las primeras se sancionan las conductas ejecutadas (lo que es) y con las segundas, se sancionan las conductas deseadas (lo que debería haber sido).

Carrizo (2000, pág. 143) considera que -siguiendo a Bacigalupo en la enumeración de las circunstancias que deben presentarse para su configuración- el delito es propio de omisión porque el mandato que ordena el prestar los alimentos indispensables para la subsistencia del hijo es incumplido por el agente [progenitor] y efectiviza el verbo típico de la acción contenido en la norma: *subtraerse*. Otro sector de la doctrina con fundamento en la posición de garante que ocupan los progenitores, derivada de los deberes de la responsabilidad parental, se pronuncia en igual sentido⁷.

La definición de Zaffaroni (1999, pág. 476) vincula al autor con el delito: en delitos de omisión propia cualquiera puede ser autor. En los de omisión impropia el autor se halla en una posición de garante respecto del bien tutelado. Es decir, señala la diferencia existente derivando la misma del vínculo entre el bien jurídico tutelado y el autor del delito. En el primero, el deber es general, señalando como posibles autores a cualquier persona que, habiendo encontrado en peligro al mismo, no realice la acción ordenada por la ley teniendo la capacidad de realizarla. En los segundos, hay un vínculo entre el bien jurídico tutelado y el autor del delito generada por su posición de garante derivada de la ley [obligación alimentaria], del contrato o de una conducta precedente [responsabilidad parental].

Es de peligro abstracto, debido a que crea una situación de amenaza de lesión. Recordemos que los delitos de peligros son clasificados en delitos de peligro concreto o delitos de peligro abstracto según se verifique en mayor o menor medida la causación del daño. Para Ossorio (2015, pág. 278) el delito de omisión consiste en no evitar el daño teniendo la posibilidad de su no realización, lo que da por sentado que el daño efectivamente se produce. Bajo ese análisis, es contradictorio que el autor entienda que

⁷ Aboso, Gustavo E. (s.f.). “[El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar \(art. 1° de la Ley 13.944\)](http://docplayer.es/)”. Recuperado el 13 de Julio de 2016 de: Doc Player: <http://docplayer.es/>

para que se configure delito de peligro abstracto, basta que se presenten los hechos mencionados en la norma “como creando un peligro”, una lesión latente o en potencia.

Yancarelli⁸ opina -discurriendo acerca de su inconstitucionalidad- que los denominados delitos en abstracto han sido establecidos con carácter preventivo, es decir, que se basan en la presunción de ocurrencia de un delito que pueda lesionar un bien jurídico tutelado. Soler (1992, pág. 197) ejemplifica este tipo de delitos de peligro abstracto o de lesión -al decir de Carrara- con la portación de armas, circunscribiéndolo a delitos contravencionales y advierte que deberá estarse al tipo de bien jurídico tutelado.

En el caso que estudiamos, si la vocación alimentaria es el bien jurídico tutelado y, teniendo presente que los alimentos son un derecho humano protegido por normas internacionales y nacionales -como se ha visto-, consideramos que no debe ser encuadrado dentro de los delitos de peligro abstracto, sino que debe ser considerado delito de peligro concreto, desde que su violación se manifiesta en el incumplimiento mismo provocando en consecuencia, la instancia penal. Esta postura se plasmó en un fallo de la Cámara en lo Contravencional y de Faltas de la ciudad de Buenos Aires en el año 2010⁹. Va de suyo admitir los daños que se producen en el niño, niña o adolescente a consecuencia del incumplimiento dentro del concepto de peligro concreto.

En el presente trabajo consideraremos delitos especiales a aquellos referidos a la calidad del autor exigida por la norma y no a las leyes especiales que regulan

⁸ Yancarelli, L (s.f.), “[Los delitos de peligro abstracto y su inconstitucionalidad](http://www.terragrijurista.com.ar/index.htm)”, Recuperado el 13 de julio de 2016 del Blog Marco Antonio Terragni. Profesor de Derecho Penal: <http://www.terragrijurista.com.ar/index.htm>

⁹ C.A. PenalContrav.F., Sala I, 21-09-2010, “[M.D.G. s/infracción art. 1° Ley 13.944](http://institutoninezyadolescenciacam.blogspot.com.ar/)”. Recuperado el 13 de Julio de 2016 del Instituto de Niñez y Adolescencia del Colegio de abogados de Morón, Provincia de Buenos Aires (Argentina): <http://institutoninezyadolescenciacam.blogspot.com.ar/>

determinadas situaciones no incluidas en el código de fondo y pueden complementar las normas penales en blanco que éste contiene.

Respecto del carácter de delito especial -que no presenta mayores problemas-, son aquellos en los que la ley exige una calidad especial para ser autor del mismo. En este caso, el art. 1° de la [Ley 13.944](#), alude a los progenitores.

El último carácter que se señala respecto de este delito es el de los llamados permanentes o continuos. En éstos, su consumación se prolonga en el tiempo mientras no cese la conducta omisiva del progenitor.

El Fraude y la Simulación como Agravantes del Tipo Penal

Tanto el fraude como la simulación son aspectos que presentan sus efectos en del acto jurídico en sí. Temática que ha sido ampliamente debatida por la doctrina que se vuelca al estudio exegético de la [Ley 13.944](#) discurriendo acerca de la autonomía que puede presentar el art. 2° bis respecto del art. 1° o si pertenece a los supuestos agravantes de éste último artículo.

El fraude como vicio de los actos jurídicos no es conceptualizado en el [Código Civil](#) de Vélez ni en el que nos rige actualmente -como sí define la figura de la simulación en el [art. 333](#)- limitándose a enumerar los supuestos en que procede la acción pauliana a los fines de hacer oponible el acto jurídico causado en perjuicio de los acreedores. En tanto la simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro o éste contiene cláusulas no sinceras, fechas no verdaderas o se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas (prestanombres o testaferros), por lo que para que sea procedente y pueda hacerse valer en un juicio de alimentos, deberá primeramente ejercerse la acción de simulación.

El fraude a la ley, ahora incorporado en el [art. 12](#) del CCCN, no puede ser violatorio de las normas de orden público, es decir aquellas no disponibles por las partes. El derecho de familia y el derecho de alimentos se rigen por este orden público y, en este sentido el incumplimiento a la prestación debe ser sancionado a los fines de la vigencia de la norma penal. Una de las primeras formulaciones -claras en su finalidad ilustrativa- del concepto de fraude a la ley es del jurisconsulto romano Paulus: “obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe, y en fraude, el que salvadas las palabras de la ley elude su sentido” (Vítolo, 2009, pág. 20).

El *leading case* que recogió el supuesto de fraude a la ley -que no debe ser confundido con el fraude de los actos jurídicos- se conoce como la doctrina “Swift-Deltec”¹⁰ -teoría de la penetración, del corrimiento o levantamiento del velo societario- aplicable en materia concursal cuyo origen fue la doctrina del *disregard of legal entity* de Estados Unidos. Esta teoría limita la excepción a la responsabilidad de la que gozan los socios de una empresa, impidiendo la existencia de la simulación, el abuso de derecho y el fraude, por lo cual, las consecuencias de los actos jurídicos fraudulentos son imputables a las personas físicas que integran la misma.

Caimmi y Desimone (1997, pág. 23) consideran aplicable esta teoría del corrimiento del velo al delito del incumplimiento fraudulento que se configura en el art. 2° bis de la [Ley 13.944](#). Los medios comisivos de que se vale son enumerados por Romero (2001, pág. 72): destruir, inutilizar, dañar o hacer desaparecer bienes del patrimonio y de este modo lograr la frustración de la prestación alimentaria, valiéndose del fraude y la simulación (Caimmi & Desimone, 1997, pág. 26). Terragni (2014) señala que la conducta punible se configura por hechos u omisiones con el fin de frustrar el

¹⁰ CSJN. “Fallo: [Swift-Deltec](#)”. 286:257. 04/09/73. Recuperado el 23 de agosto de 2016 de Thomson Reuters. La Ley. Cita online: AR/JURÍDICO/77/1973

derecho del acreedor. En tanto para Mosset Iturraspe, el no pago es elemento suficiente para constituir la figura de insolvencia fraudulenta (Mosset Iturraspe, 2016a, pág. 605).

Figari (2016, pág. 180) se pronuncia a favor de la tesis que lo considera delito autónomo por las características que comparte con el delito de fraude del [art. 179](#), 2º párrafo del Código Penal y en consecuencia, admitiría la tentativa, la coautoría, la complicidad e instigación (formas de participación criminal también señaladas por Belluscio (2013, pág. 87)). Belluscio (2013, pág. 101) y Romero (2001, pág. 77) destacan la dificultad probatoria que presenta esta figura, por lo que habrá que estarse a las presunciones del ámbito civil que rigen en casos de simulación.

Coincidimos con Caimmi y Desimone (1997) en la extensión de esta figura del corrimiento del velo al delito tipificado en el art. 2º bis de la [Ley 13.944](#), cada vez más extendido en los casos de progenitores que forman una nueva familia y pretenden sustraerse al cumplimiento de la obligación alimentaria poniendo sus bienes o cosas (en el sentido del [art. 16](#) del CCCN) a nombre del nuevo cónyuge o pareja, quienes de esta forma se constituyen en cómplices involuntarios -o no- del delito, en detrimento del acreedor alimentario. Sin perjuicio de dicha regulación, cabe señalar que los incs. 7 y 11 del [art. 173](#) y segundo párrafo del [art. 179](#) del [Código Penal](#) -supuestos de defraudación- podrían llenar las lagunas del art. 2º bis de la misma, como lo expresan Caimmi y Desimone (1997, pág. 155) al advertir la similitud con el delito de estafa del [art. 172](#) del CP.

Antinomias Jurídicas e Interés Superior del Niño

Las antinomias jurídicas se presentan cuando de las normas aplicables a un caso concreto, determinan conductas opuestas: una que prohíbe y la otra que permite, lo que da lugar a soluciones contradictorias. Estas contradicciones normativas pueden darse

en los distintos ámbitos que la norma regula: material, personal, espacial o temporal, pudiendo ser real o aparente en los supuestos de interpretación. La solución que el derecho brinda a esta particularidad normo-legislativa se encuentra en los principios basados en un orden cronológico, jerárquico o de especialidad.

Lex posterior derogat priori: ley posterior se impone a la creada con anterioridad (orden cronológico)

Lex superior derogat inferior: ley superior prevalece sobre la de rango inferior (orden jerárquico)

Lex specialis derogat generali: ley que regula una materia específica se impone sobre aquella que regula la misma situación de modo general (orden de especialidad).

La [Ley 13.944](#) a la luz de estos principios es aplicable por especialidad respecto de la aplicación del Código Penal ([art. 172, 173 y 179](#)) del que forma parte -y lo complementa-.

Con la reforma constitucional de 1994, entre los tratados internacionales de Derechos Humanos que han sido incorporados al derecho interno, encontramos los que brindan protección a la familia como base formativa de la sociedad. Consideramos aquí la importancia de la definición dada por la [CIDN](#) que produjo un cambio de paradigma en la concepción del niño, niña y adolescente como sujetos de derecho y cuyos efectos alcanzaron los sistemas jurídicos de los países signatarios del mismo.

En esta inteligencia, es que deben adecuarse los criterios de aplicación de la ley en estudio, sancionada con anterioridad a la [CIDN](#) -y obviamente, también anterior a la reforma constitucional- considerándose ya no la especialidad aludida para salvar la contradicción normativa, sino que debe imponerse el principio de jerarquización y especialidad que dicha Convención contiene, debiendo primar el interés superior del niño sobre cualquier otra regla que viole los derechos adquiridos constitucionalmente,

poniendo el énfasis en el significado del término “superior” como lo señala la [Ley 9944](#) de la Provincia de Córdoba. Sólo considerando esta superioridad aludida, se hace justicia con el principio *pro hominen* en sus dos variantes: preferencia interpretativa y preferencia normativa (Castañeda, 2014, pág. 17).

Prescripción

Para Adolfo Calvete (2008, pág. 5), la prescripción es el límite temporal que el Estado aplica al monopolio de la persecución penal de ciertos delitos públicos, autolimitándose o renunciando a la misma. Dicha limitación se establece en garantía de la esfera personal del individuo y goza del amparo constitucional a partir de la inclusión en el art. [75 inc. 22](#) del [Pacto de San José de Costa Rica](#) (1969) y el [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](#) (1966) en sus arts. 9 y 15 inc. 1º respectivamente.

Siguiendo la línea del autor mencionado, diremos que el instituto de la prescripción es de orden público, debe ser declarada de oficio o a pedido de parte interesada e incluso por terceros. Su tratamiento bien puede efectuarse en cualquier estado del proceso, pero conviene que sea realizada de manera previa, a los fines de evitar un dispendio jurisdiccional como señaló Fayt en un fallo del año 2007 (Bonafini María Pastor s/injurias¹¹).

Al momento de analizar la procedencia de dicho instituto, no se deberá tener en cuenta la situación procesal del imputado ni si el delito al que se aplicare es de acción pública o de acción privada, dado el carácter de orden público. Es facultad del juez su revisión o examen sin límite alguno, aun cuando haya sentencia condenatoria y ésta no esté en ejecución o incluso si el proceso se encuentra en etapa recursiva, constituyendo

¹¹ CSJN. “[Bonafini, Hebe María Pastor s/injurias](#)”. 10/04/2007. Recuperado el 23 de agosto de 2016 de: Thompson Reuters, La Ley. Cita Online: 4/62995

la excepción al principio de que la apelación debe versar sobre lo alegado por las partes (*tantum devolutum, quantum appellatum*). Se considera que, por el carácter de orden público, no es violatorio del derecho de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de la [Constitución Nacional](#) si las partes no hubiesen sido notificadas.

Por otro lado, la declaración de subsistencia de la acción penal puede justificarse si de operar la prescripción, se viola el orden público internacional y con ello, los tratados internacionales. Así se dispuso en un fallo que revocó la prescripción de la acción penal en una causa de abuso sexual contra una menor.¹² En este sentido señala que, en aras de evitar reclamos por incumplimiento a la normativa internacional respecto de delitos económicos transnacionales, se recomendó a los países signatarios de [la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción](#), la [Convención sobre la lucha contra el cohecho de Funcionarios Extranjeros](#) y la [Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional](#), establecer un plazo amplio de prescripción cuando el delincuente eludiera la justicia. (Calvete, 2008, pág. 335).

Retomemos entonces, lo dicho hasta ahora: el interés superior del niño y el derecho a la prestación alimentaria son principios y derechos humanos reconocidos. Por lo tanto, no son susceptibles de aplicación del instituto de la prescripción cuando el progenitor elude la justicia, so pena de la responsabilidad del Estado por el incumplimiento a tratados internacionales incorporados en la Constitución Nacional.

En nuestro Código Penal la prescripción se encuentra establecida en el [art. 62](#), enumerando cinco incisos aplicables a distintos supuestos de procedencia que se

¹² “...en cumplimiento del compromiso asumido por la República Argentina..., dispuesta con posterioridad al agotamiento del plazo de extinción de la acción contenido en el artículo 62, inciso 2, del C.P., implicaría contrariar las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer” así como Interés Superior del Niño, al que debe atenderse con carácter primordial según lo dispone la Convención sobre los Derechos del Niño”. Cám. Fed. De Casación Penal, Sala IV. “[A., J. s/recurso de casación](#)”. 22/03/16. Recuperado el 23 de agosto de 2016 de Centro de Información Jurídica (CIJ): <http://www.cij.gov.ar/inicio.html>

computan a partir de la medianoche del día en que fue cometido el delito, de allí la importancia de la calificación legal dada al mismo.

El [art. 63](#) establece que para los delitos continuos o permanentes el comienzo del plazo para que opere la prescripción debe contabilizarse cuando éstos cesaron de cometerse. Esta circunstancia fue establecida en miras de la buena conducta del autor del delito, pues mientras se mantenga la voluntad delictiva, no corresponde que goce de los beneficios de la ley más benigna ni de los beneficios que pueda aparejar la prescripción de la acción debido a que el delito no ha concluido y por ende se mantiene la situación antijurídica. Ergo, el plazo de prescripción del delito de incumplimiento a los deberes de asistencia familiar comienza a correr a partir del cese de la conducta punible. Opinión compartida por Belluscio (2013, pág. 53).

La [Ley 13.944](#) dispone en su art. 1° que el plazo de prescripción de la acción penal por el delito de incumplimiento se configura cuando el hijo cumple 18 años (Belluscio, 2013, pág. 53). Plazo señalado en un dictamen unánime en la justicia de San Luis¹³ con base en el fallo [Casal](#) que admite una revisión amplia de la sentencia en materia de casación penal. Creemos -salvando las diferencias- que el plazo de prescripción que se menciona en la [Ley 13.944](#), debería comenzar a correr a partir de que los menores cumplieren 18 años como se pronunció en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán¹⁴ y por la sanción de la [Ley 26.705](#) o “[Ley Piazza](#)” que amplió el plazo de prescripción para los delitos contra la integridad sexual contra menores.

¹³ STJ San Luis “[Recurso de Casación en autos: incidente de apelación en autos: Vilchez, César Daniel incumplimiento de los deberes de asistencia familiar](#)”. Expte N° 13-I-12 – IURIX N° 86849/2. Sentencia N° 46/14. (15/05/2014). Recuperado el 30 de Julio de 2016 de Poder Judicial de la Provincia de San Luis: <http://www.jurisprudencia.justiciasanluis.gov.ar/>

¹⁴ CSJ Tucumán. “[J.M.S. s/incumplimiento a los deberes de asistencia familiar](#)”. 11/05/2015. Recuperado el 23 de agosto de 2016 de Rubinzal Culzoni. Cita online: RC J3597/2015

Sobreseimiento por Prescripción de la Acción Penal

El sobreseimiento interrumpe total o parcialmente el proceso penal según alcance a todos los actos investigados en dicho proceso o sólo respecto de algunos, cerrando definitiva e irrevocablemente el proceso con relación al imputado de conformidad con lo establecido y con las causales mencionadas por los [arts. 334/338](#) del [Código Procesal Penal](#) (Dayenoff, 2008, págs. 163,164). Al dictarse el sobreseimiento definitivo por prescripción de la acción penal, no es aplicable la regla del segundo apartado del [art. 336](#) del CPP (que fija al juez ordenar en dicho resolutorio la declaración sobre el buen nombre y honor) por tratarse de un presupuesto formal, y por no haberse resuelto la cuestión de fondo que determine la culpabilidad o inocencia del imputado.

Asimismo, todo auto o sentencia deberá establecer la imposición de costas basado en la regla de que corresponde ser abonadas por el litigante perdedor, pudiendo ser eximido si de las constancias de autos surge razonablemente que ha tenido derecho a litigar. Un punto de importancia que cabe destacar lo señala Calvete (2008, pág. 967) al mencionar que no puede considerarse vencido al querellante cuando “el sobreseimiento por prescripción operó durante la sustanciación del juicio”.

Mediante la [Ley 27.147](#) se incorporaron causales de extinción de la acción penal: la aplicación del criterio de oportunidad, por conciliación o reparación del perjuicio y el cumplimiento de las condiciones establecidas para el goce de la suspensión del juicio a prueba. No se contempla la rebeldía del acusado. Estas causales son analizadas por Reussi, quien cuestiona lo referido a la operatividad del [art. 59](#), dando por hecho que la última causal no presenta mayores inconvenientes por encontrarse contemplada en el actual [art. 76](#) CP. Coincidimos con Rubiolo¹⁵ en cuanto

¹⁵ Maggi, 2/9/2014. “[Que la fuga no sea impunidad](#)” Página 12, Rosario. Recuperado el 22 de Julio de 16 de <http://www.pagina12.com.ar/diario/principal/index.html>

a que al no incluirse la rebeldía como excepción de los plazos de extinción de la acción penal, se vulnera el principio de igualdad ante la ley, respecto del co-procesado y también de la víctima del delito¹⁶.

La causal por rebeldía podría proceder forzando la interpretación del criterio de oportunidad que otorga la facultad al Ministerio Público Fiscal para dar curso, interrumpir o suspender los plazos establecidos legalmente. Ahora bien, de aplicarse el inc. b del art. 62 para declarar el sobreseimiento del delito en estudio y a los fines de no violar las garantías y defensas de las que goza la víctima -en este caso el hijo de 18 años- debería ser citada a dicha audiencia, pudiendo instar una etapa recursiva en caso de sentirse agraviado por la declaración de sobreseimiento, so pena de nulidad por falta de legitimación del progenitor que inició dichas actuaciones -teniendo en cuenta que la acción por lo general es ejercida por el progenitor que tiene a cargo el cuidado personal y pierde legitimación al adquirir [el hijo] su mayoría de edad-.

¹⁶ “Las garantías genéricas comunes, para la víctima y el acusado, son las de “igualdad ante los tribunales”, “acceso a la justicia y defensa en juicio” e “imparcialidad (e independencia) de los jueces”. Entre las específicas puede mencionarse que quien ha resultado víctima de la comisión de un delito, tiene derecho a la “tutela judicial” (arts. 1.1, 8.1 y 24 CADH) del interés (o derecho) que ha sido lesionado por el hecho criminal y, por lo tanto, tiene también derecho a reclamar su protección y reparación, incluso penal, ante los tribunales penales (art. 8.1 CADH; arts. 172 inc. 3 Const. Pvcial” (pág. 294/5)”. TSJ Córdoba. “[A.H.R. p.s.a. incumplimiento de los deberes de asistencia familiar](https://todoelderechoblog.wordpress.com/)”. 01/11/13. Recuperado el 23 de agosto de 2016 de Blog todo el Derecho: <https://todoelderechoblog.wordpress.com/>

Conclusiones

Resaltamos la importancia que reviste por parte del juzgador, la ponderación de toda normativa que tienda a minorar el derecho establecido en la [CIDN](#) a favor de este nuevo sujeto de derecho como son los niños, niñas y adolescentes. Cabe destacar que queda expedita la posibilidad que, como señala Cafferata Nores (1984, pág. 71), la autoridad de cosa juzgada deba ceder cuando lo fue a causa del error judicial o cualquier otro tipo de maquinación fraudulenta.

En otro orden de cosas, debe señalarse que la prejudicialidad funciona impidiendo que los hechos alegados en sede penal sean nuevamente alegados en el proceso civil y, al no ser procedente este instituto en la prestación alimentaria, puede concluirse que los hechos que circundan al incumplimiento -sea o no fraudulento- podrán ser a posteriori materia de discusión en el trámite civil que corresponda (alimentos, acción de simulación, daños y perjuicios, etc.).

BIBLIOGRAFIA

Referencias Doctrinarias

- Belluscio, C. A. (2006). *Prestación Alimentaria. Régimen Jurídico. Aspectos Legales, jurisprudenciales, doctrinales y prácticos*. Buenos Aires: Universidad.
- Belluscio, C. A. (2013). *Delitos en Alimentos y Régimen de Visitas*. Buenos Aires: García Alonso.
- Belluscio, C. A. (2015b). *Uniones Convivenciales según el nuevo Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: García Alonso.
- Cafferata Nores, J. I. (1984). *Derechos Individuales y Proceso Penal*. Córdoba: Marcos Lerner. Editora Córdoba SRL.
- Caimmi, L. A., & Desimone, G. P. (1997). *Los Delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta (2° actualizada ed.)*. Buenos Aires: Depalma.
- Calvete, A. (2008). *Tratado de la Prescripción de la acción penal. Pautas teórico prácticas para la extinción de la persecución penal*. (Vol. I). Buenos Aires: Ediciones de la República.
- Carrizo, R. O. (2000). *Ilícitos Penales como producto de las Relaciones Familiares*. La Ley.
- Castañeda, M. (2014). *El principio Pro Persona. Experiencias y Expectativas*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Dayenoff, D. E. (2005). *Derecho Penal. Parte General (2° corregida y ampliada ed.)*. Buenos Aires: García Alonso.

- Dayenoff, D. E. (2008). *De la querrela al Sobreseimiento* (2a. ed.). Buenos Aires: García Alonso.
- Dutto, R. J. (2006). *Daños ocasionados en las Relaciones de Familia*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Figari, R. E. (2016). *Insolvencias Fraudulentas y Fraudes entre Cónyuges* (1° ed.). (E. E. SRL, Ed.) Buenos Aires: BdeF.
- Frías, G. P. (2004). *La Obligación Alimentaria y el Interés Superior del Niño: aspectos novedosos del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar*. Córdoba: Advocatus.
- Gherzi, C. A. (2015). *El Código Civil y Comercial en cuadros sinópticos* (2a. ed.). Rosario, Santa Fe: Nova Tesis Editorial Jurídica S.R.L.
- Herrera, Marisa. (2015). Comentario a los arts. 446 a 593. En R. L. Lorenzetti, & R. & S.A. (Ed.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tomo III. Arts. 446 a 593* (Vol. III, pág. 712). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Mosset Iturraspe, J. (2016a). *Responsabilidad por daños: Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Tomo I. Parte General*. (1° ed. revisada ed., Vol. I). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Muñoz Razzo, C. (2011). *Cómo elaborar y asesorar una elaboración de tesis*. (2a. ed.). (P. Educación, Ed.) Mexico: Prentice Hall.
- Ossorio, M. (2015). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales* (41va. ed.). Buenos Aires: Heliasta S.R.L.
- Romero, J. A. (2001). *Delitos contra la Familia*. Córdoba: Mediterránea.

- Sánchez Zorrilla, Manuel. (2011). *La Metodología en la Investigación Jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho*. Recuperado el 10 de 2015, de Revista Telemática de Filosofía del Derecho N° 14: <http://www.rtfed.es/n14.html>
- Soler, S. (1992). *Derecho Penal Argentino* (10° Reimpresión Total ed., Vol. II). Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina (TEA).
- Terragni, M. A. (2014). *Derecho Penal. Libro Audiovisual. Parte General y Parte Especial*. (1° ed., Vol. II). (E. Soluciones, Ed.) Santa Fe. Recuperado el 05 de 2016, de <http://www.eniacsoluciones.com.ar/libro-derecho-penal/>
- Vitolo, D. R. (2009). *Acuerdos Preventivos Abusivos o en Fraude a la Ley*. (R. y. S.A., Ed.) Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Zaffaroni, R. (1999). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Vol. III). Buenos Aires: Ediar S.A.

Artículos Doctrinarios Electrónicos

- Aboso, Gustavo E. (s.f.). “[El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar \(art. 1° de la Ley 13.944\)](#)”. Recuperado el 13 de Julio de 2016 de: Doc Player: <http://docplayer.es/>
- Reussi, M. (2016). “[La operatividad del art. 59 del Código Penal. Nuevas causales de extinción de la acción penal](#)”. Recuperado el 20 de Julio de 2016 de: <http://www.abogados.com.ar/>
- Yancarelli, L (s.f.), “[Los delitos de peligro abstracto y su inconstitucionalidad](#)”, Recuperado el 13 de julio de 2016 del Blog Marco Antonio Terragni. Profesor de Derecho Penal: <http://www.terragnijurista.com.ar/index.htm>

Referencias Legislativas

Normativa Internacional citada

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). OHCHR (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos): <http://www.ohchr.org/SP/Pages/Home.aspx>
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Pacto De San José de Costa Rica (1969). UNICEF ARGENTINA (Versión Electrónica, p. 45): <http://www.unicef.org/argentina/spanish/>
- Convención de los derechos del niño – CIDN -(1989). UNICEF ARGENTINA: http://www.unicef.org/argentina/spanish/CDN_web.pdf (Versión electrónica)
- Convención sobre la lucha contra el cohecho de Funcionarios Extranjeros (2000). Organización de los Estados Americanos.(OEA): www.oas.org
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004). Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. UNODC: <https://www.unodc.org/>
- Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2004). Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. UNODC: <https://www.unodc.org/>

Normativa Nacional citada

La normativa argentina fue extraída del sitio web Infoleg: www.infoleg.gob.ar

Constitución Nacional (1994).

Código Civil. Ley 340 (1869).

Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial.

Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994 (2014)

[Código Penal](#) (1921)

[Código Procesal Penal](#) de la Nación (1991)

[Código Procesal Penal de la Nación](#). Ley 27.063 (2014)

[Ley 13.944](#) incumplimiento a los deberes de asistencia familiar (1950)

[Ley 26.579](#) Modificación de la Mayoría de Edad (2009).

[Ley 26.705](#) Modificación al Código Penal (“Ley Piazza”, 2011)

[Ley 27.147](#) Modificación al Código Penal (2015)

Normativa Provincial citada

- Ley 9944 de la Provincia de Córdoba de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (2011). Biblioteca Virtual del Poder Legislativo de Córdoba: www.legiscba.gob.ar/biblioteca-virtual/

Referencias Jurisprudenciales

Corte Suprema de Justicia de la Nación

CSJN. “Fallo: Swift-Deltec”. 04/09/1973

CSJN. “Casal, Matías Eugenio y otro s/Robo Simple en grado de tentativa - Recurso de Hecho”. 20/09/2005

CSJN. “Bonafini, Hebe María Pastor s/injurias”. 10/04/2007

Cámaras Federales de Apelación

Cám. Fed. De Casación Penal, Sala IV.

“A., J. s/recurso de casación”. 22/03/16.

Cámaras Nacionales de Apelaciones

CNCrim. y Correc., en pleno • Aloise, Miguel A., del 13/11/1962

CNCrim. y Correc., en pleno • Guersi, Néstor M., del 31/07/1981.

C.A. PenalContrav.F., Sala I. “M.D.G. s/infracción art. 1º Ley 13.944”.

21/09/10

CNCiv, Sala J, “S., J. y otro c. S, A. G. s/aumento de cuota alimentaria”, 8/10/15

Tribunales Supremos de Provincia

TSJ Córdoba. “A.H.R. p.s.a. incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. 01/11/13.

CSJ Tucumán. Sent N°.: 425 "J.M.S. s/incumplimiento a los deberes de asistencia familiar". 11/05/2015

STJ San Luis. “Recurso de Casación en autos: incidente de apelación en autos: Vilchez, César Daniel incumplimiento de los deberes de asistencia familiar”. 15/05/2014

Tribunales Provinciales de 1era. Instancia

Tribunal Colegiado de Instancia Única de Familia 5ª Nominación, Rosario, Santa Fe. “G. G. S. y otros s. Filiación”. 27/5/2016

Referencias de Prensa

- *Datos sobre embarazo adolescente en la Argentina.* (2010). Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA.): <http://www.unfpa.org.ar/sitio/>

Que la fuga no sea impunidad. Maggi, (2/9/2014) Página 12, Rosario:
<http://www.pagina12.com.ar/diario/principal/index.html>



Ma Heana Castro
ABOGADA