

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

CUIJ: 13-05502199-0/1((038501-708704))

F C/ BUENANUEVA ABALLAY MANUEL ADRIAN P/ IDAF (708704)

(708704/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN



En Mendoza, a los cuatro días del mes de agosto del año dos mil veintiuno, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° **13-05502199-0/1** caratulada “**Fc/ BUENANUEVA ABALLAY, MANUEL ADRIÁN P/ INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR S/ CASACIÓN**”.

De conformidad con lo determinado en audiencia deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. JOSÉ V. VALERIO**, segundo **DR. MARIO D. ADARO**, y tercero el **DR. OMAR A. PALERMO**.

La titular de la Segunda Asesoría de Niños, Niñas y Adolescentes y Personas con Capacidad Restringida de la Tercera Circunscripción Judicial interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 4.554 de fecha 3 de diciembre de 2.020 y sus fundamentos obrantes en soporte audiovisual, mediante la cual se absolvió a Manuel Adrián Buenanueva Aballay del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. 1 de la ley 13.944) en la causa N° P-708.704/19 por el beneficio de la duda (art. 2 CPP).

El pronunciamiento cuestionado fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial, actuando en Sala Unipersonal.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado absolvió al acusado Manuel Adrián Buenanueva Aballay del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar por aplicación del principio *in dubio pro reo*. En el desarrollo de los fundamentos vertidos de forma oral, el juez *a quo* explicó que no existía prueba suficiente para superar el nivel de duda respecto de que el acusado, entre los meses de marzo del año 2.018 y noviembre de 2.019, se apartó de la voluntad de hacer los aportes suficientes para con sus hijos. Ello por cuanto, al tratarse de un delito doloso de carácter omisivo, más allá de que tales aportes no fueron lo regular o lo deseable, la prueba no resultaba determinante para demostrar que no cumplió con su deber de alimentos.

Para sustentar el estado de duda, el magistrado valoró las declaraciones testimoniales de María Alejandra Vera, Ana María Buenanueva y Ramona Laura Aballay, como así también los dichos del acusado en ejercicio de su defensa material, y demás prueba instrumental válidamente incorporada al debate.

2.- El recurso de casación

Contra ese acto procesal, la titular de la Segunda Asesoría de Niños, Niñas y Adolescentes y Personas con Capacidad Restringida de la Tercera Circunscripción Judicial interpone recurso extraordinario de casación, fundando su crítica en el inciso 2 del art. 474 del CPP, es decir, por considerar que el pronunciamiento cuestionado adolece de vicios *in procedendo* que lo descalifican como acto jurisdiccional válido.

En forma preliminar, la recurrente expone los motivos en los que sustenta su legitimación procesal para acudir a esta vía extraordinaria de revisión. En esa línea, señala que su capacidad recursiva emerge de lo resuelto por este Cuerpo quien, en sintonía con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Nación (*in re* “Morales”), le reconoció capacidad de la Asesoría de Menores e Incapaces para recurrir en casación (*in re* “Videla” y “Marinozzi”). Puntualiza en el carácter de orden público de la función que ejerce su ministerio, en tanto, en función de las normas vigentes, impone el deber de ejercer la facultad recursiva en todos los casos en que se hayan vulnerado los derechos esenciales de sus representados en juicio.

Acto seguido, desarrolla los puntos de agravio en los que sustenta su crítica.

En primer lugar, considera que el juez *a quo* se apartó de los hechos incluidos en la acusación fiscal, lo que, a su criterio, supone una violación del principio de congruencia procesal. Ello por cuanto, si bien según surge de las constancias audiovisuales que registran el desarrollo del debate, el representante fiscal circunscribió temporalmente los hechos enrostrados al acusado dentro del período de tiempo comprendido entre el 3 de marzo del 2.018 y el mes de noviembre del año 2.020, el juez de la instancia previa se pronunció respecto del incumplimiento del delito intimado en un intervalo de tiempo significativamente menor, al limitar aquel aspecto circunstancial al período mencionado.

En virtud de esa incongruencia derivada de la inexistencia de correlación fáctica entre la acusación fiscal contenida en el requerimiento, la efectivizada en la audiencia de debate y la contenida en la sentencia, estima que la sentencia recurrida resulta nula, a los términos del art. 416 inc. 2 del rito penal.

En segundo lugar, la recurrente afirma que el sentenciante omitió valorar prueba de cargo esencial incorporada debidamente a la causa. En este tópico, hace hincapié en la falta de consideración de las declaraciones brindadas durante la investigación penal preparatoria y en el debate por la denunciante de autos quien, en su carácter de madre de los niños involucrados, desconoció el contenido de los recibos de pagos parciales a los que hizo alusión el sentenciante.

Agrega que tampoco fueron debidamente ponderadas las actuaciones judiciales contenidas en los expedientes provenientes de la justicia de

familia, incorporados en carácter de A.E.V. a la presente causa, las que –en su criterio– desacreditan la conclusión a la que llega el sentenciante acerca de la inexistencia de dolo en el comportamiento omisivo del acusado.

En este tramo, menciona que las constancias obrantes en los autos N° 48.866/17, originarios del Primer Tribunal de Gestión Judicial de Familia de la Tercera Circunscripción Judicial, demuestran que la aquí denunciante demandó por alimentos a Buenanueva Aballay porque, pese a trabajar como mecánico de electricidad del automotor, nunca había aportado para la manutención de los hijos menores de edad que tienen en común. Señala que si bien en el marco de esas actuaciones se arribó a un acuerdo judicial mediante el cual el acusado se comprometía a abonar una cuota alimentaria de dos mil pesos mensuales, pagaderos del 1 al 10 de cada mes, mediante depósito bancario, aquel nunca lo cumplió con lo pactado, motivando con ello la solicitud de ejecución del mencionado convenio.

En la misma línea, expresa que las actuaciones obrantes en los autos N° 50.906/19, tramitadas ante el mismo tribunal de familia referido, son una muestra más del injustificado incumplimiento del acusado de su deber de alimentos respecto de sus hijos menores, ya que en ellas la aquí denunciante demanda judicialmente a la abuela paterna de sus representados –Ramona Aballay– a fin de garantizar su derecho humano a la vida y a la digna subsistencia. Señala que del mismo escrito de demanda surge el detalle de las necesidades básicas que atraviesan los niños, además de la referencia a que la accionante no tuvo otra alternativa de dirigirse contra la demandada porque el padre se ha desatendido por completo de las obligaciones alimentarias. Manifiesta que luego de la celebración de una audiencia de conciliación, se arribó a un acuerdo judicial en el que la accionada asumía la obligación alimentaria subsidiaria de sus nietos, comprometiéndose a abonar el consumo de electricidad del hogar donde habitan los niños, que consistía aproximadamente en la suma de tres mil pesos.

Puntualiza al respecto que la existencia de otros obligados

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

alimentarios a prestar medios indispensables para la subsistencia de sus hijos menores impide que el acusado pueda excusarse de cumplir con su obligación. Refiere que esta circunstancia tampoco fue contemplada ni merituada por el juez de grado cuando razona sobre el modo en que el delito en cuestión se consuma.

Por otra parte, aduce que tampoco se han valorado las constancias de los autos N° 64.599/19, también del Primer Tribunal de Gestión Judicial de Familia de la Tercera Circunscripción Judicial. Señala así que la jueza allí interviniente ordenó, como medida de protección, la prohibición de acercamiento del acusado a su esposa e hijos menores de edad en el marco de un contexto de violencia de género y de violencia intrafamiliar. Considera la impugnante que las circunstancias que motivaron esa medida han sido omitidas por el juez de sentencia, siendo que existía una denuncia penal en etapa de instrucción donde se investigaba el delito de tentativa de incendio agravado, presuntamente cometido por el hoy acusado, en la casa donde habitaba su ex esposa y los hijos en común.

De esta manera, concluye este punto de agravio y señala que el juez de grado, al no valorar estos tres expedientes provenientes de la justicia de familia, omitió cumplir con su deber de incorporar y sopesar en su decisorio la totalidad del plexo probatorio incorporado en autos. Esto, a su criterio, resulta determinante en el resultado absolutorio al que se arribó en el presente proceso, porque al tratarse el delito enrostrado de un delito omisivo y doloso, desde que las referidas actuaciones judiciales demuestran el desinterés del imputado en la subsistencia de sus hijos.

En tercer lugar, señala que la sentencia viola las reglas de la sana crítica racional porque el juez de la instancia anterior tuvo por acreditado el pago parcial de la obligación alimentaria a cargo del acusado (recibos de pago parcial con fecha 02/06/2019, 08/06/2019, 16/07/2019, 27/07/2019 y 26/08/2019), fundando exclusivamente esa premisa en el testimonio de Ana María Buenanueva –hermana del acusado– y con los dichos del propio acusado en ejercicio de su defensa material.

Sin embargo, expresa que ese razonamiento es débil, parcial y arbitrario, porque el sentenciante no sólo omite valorar las pruebas referidas precedentemente sino que, además, nada expresa acerca de los otros veintinueve meses en los cuales no ha existido ningún tipo de cumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

Al respecto manifiesta que el sentenciante ha valorado la voluntad de pago del acusado circunscribiéndose solamente a pagos parciales de tres meses, omitiendo analizar qué ocurrió en los otros períodos en los que no pagó. Agrega que esos pagos parciales que se consideran realizados por el acusado, y que fueron controvertidos por la denunciante, no pueden ser apreciados como demostración de intención de su parte de cumplir, porque resulta evidente que estas escasas oportunidades en las que habría ayudado económicamente a sus hijos fueron insuficientes, esporádicas y tardías, lo que demuestra la falta de interés o de intención por parte de Buenanueva de otorgar la ayuda necesaria a sus hijos menores de edad.

En línea con lo anterior, señala que el *a quo* yerra en su razonamiento cuando no analiza el carácter permanente del delito, apartándose también de doctrina y la jurisprudencia acerca de que la prestación alimentaria debe ser cumplida por el alimentante en forma regular y suficiente.

Finalmente, entiende que la sentencia recurrida no cumple con los estándares mínimos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para hacer operativo el interés superior del niño y otras normas convencionales. A lo que agrega que el juez de la instancia anterior también incurrió en la omisión de encuadrar el caso con enfoque y perspectiva de género, al no reparar en que la restricción al pago de cuotas alimentarias constituía una forma de violencia económica o patrimonial contra su ex pareja (art. 4 y 5.4 de la ley 26.485).

En función de todo lo expuesto, el recurrente solicita se case la resolución impugnada, se declare la nulidad de la misma y se remita la causa al subrogante legal a los efectos de que dicte una nueva sentencia.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del Procurador General

El Procurador General, al analizar los agravios formulados en el escrito de impugnación, entiende que el recurso extraordinario promovido debe ser acogido en esta instancia (fs. 6/9 vta.).

En los mismos términos que la impugnante, refiere que la presentación casatoria reúne los recaudos de impugnabilidad subjetiva desde que, si bien su legitimidad procesal no está prevista expresamente en la legislación local, surge habilitada a través de la jurisprudencia de este Cuerpo que se ha pronunciado en anteriores fallos sobre este extremo en el sentido pretendido por la recurrente.

Por un lado, descarta que la diferencia en el período que comprende el delito para la acusación respecto del que señaló oralmente el juez *a quo* signifique una violación al principio de congruencia procesal. Entiende que aquella pudo deberse a un error material involuntario en la reproducción oral del requerimiento fiscal por parte del sentenciante, salvable con la aclaración pertinente.

Por otro lado, considera que le asiste razón a la recurrente en los demás agravios incoados en su escrito recursivo, particularmente en cuanto a la alegada omisión de valoración de prueba de cargo esencial.

En línea con ello, destaca que el testimonio de María Alejandra Vera no ha sido debidamente valorado por el sentenciante porque no ponderó la salvedad que hiciera la testigo respecto del contenido de aquellos recibos que, incorporados a la causa, tuvieron por acreditado el cumplimiento parcial de la obligación alimentaria. Particularmente, cuando explicó que ellos instrumentaban aportes de la abuela paterna de sus hijos menores, y no del acusado como surge consignado en los mismos. Subraya el valor de esta información, porque controvierte el peso convictivo que el juzgador le otorgó.

En cuanto a la omisión de valoración de los expedientes del fuero de familia incorporados a la presente causa en carácter de A.E.V., comparte con la recurrente que no han sido debidamente valorados por el *a quo*, porque tanto la sentencia judicial que fija la cuota alimentaria a cargo del acusado, como el convenio celebrado con la abuela paterna de los hijos menores involucrados, comprueban el incumplimiento en la prestación de alimentos de Buenanueva Aballay. A su vez, advierte que la resolución judicial que ordenó la restricción de acercamiento, revela el contexto de violencia de género que rodeaba la realización del juicio por el delito investigado en autos, al resultar motivada en la tramitación de un expediente penal en el que se investiga la presunta comisión del delito de incendio atribuido *prima facie* al aquí encausado.

Comparte asimismo con la recurrente que el tribunal de sentencia no encuadró el ilícito enrostrado al acusado dentro del derecho convencional de los derechos humanos, que exige considerar la obligación de alimentos como una obligación con contenido extra patrimonial, relacionado a la vida y la subsistencia necesaria de los hijos menores de edad en una familia, y ésta toda, como sujeto pasivo del delito, y no de una persona determinada, como podría ser la ex pareja del acusado. Del mismo modo coincide en cuanto al argumento por el que plantea que la sentencia en crisis no ha considerado el caso a partir de un enfoque con perspectiva de género.

Por todo ello, entiende que debe anularse la sentencia en crisis, ordenándose la remisión al tribunal subrogante a los fines de que se realice un nuevo juicio, en el que se tenga en cuenta todo el espectro probatorio, así como la incidencia del derecho convencional.

4.- La solución del caso

Puesto a resolver el recurso formulado por la recurrente considero que corresponde su admisión y, en consecuencia, corresponde la anulación de la sentencia cuestionada. Ello, puesto que le asiste razón al señalar que la resolución impugnada adolece de vicios que la descalifican como acto jurisdiccional válido,

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

desde que contiene argumentos criticables por ser arbitrarios.

Por estrictas cuestiones de orden lógico-expositivo, de acuerdo a las particularidades que presenta el caso bajo examen, conviene formular preliminarmente unas breves consideraciones referidas a la legitimidad procesal de la Asesoría de Menores para recurrir en casación un fallo que, en el presente caso, resulta de tipo absolutorio (a). Luego de lo cual, y tras brindar los motivos por los que entiendo cabe reconocerle a la Asesoría de Niños, Niñas y Adolescentes y Personas con Capacidad Restringida la posibilidad formal de acudir en casación a esta etapa extraordinaria de revisión, ingresaré en el tratamiento de los agravios expuestos por esa parte, a través de los cuales sustenta su pretensión nulificante del fallo en crisis (b).

a. Acerca de la capacidad procesal de la impugnante para recurrir en casación una sentencia penal absolutoria

Acierta la recurrente y el Procurador General cuando señalan, coincidentemente, que este Cuerpo, con una integración diversa a la actual, se ha pronunciado en oportunidades anteriores a la presente, sobre la legitimación procesal activa de la Asesora de Menores e Incapaces (hoy Asesora de Niños, Niñas y Adolescentes y Personas con Capacidad Restringida) para interponer un recurso extraordinario de casación.

En efecto, conforme se desprende de las consideraciones vertidas en los pronunciamientos recaídos en «Videla» (L.S. 391:234) y posteriormente «Marinozzi» (L.S. 407:166) –ambos referidos en las presentaciones efectuadas por la impugnante en su escrito de interposición, como por el Procurador General en su dictamen– esta Sala Penal resolvió ampliar excepcionalmente el criterio de admisibilidad formal del recurso de casación, al habilitarse la legitimación procesal de la entonces Asesora de Menores e Incapaces.

Más allá de las particulares circunstancias que rodearon los hechos que se ventilaron en los procesos judiciales que culminaron con esos fallos, lo cierto es que comparto integralmente el desarrollo argumental en que se sustenta

la decisión común alcanzada en ambas ocasiones en orden al tópico en cuestión, en cuanto se le reconocen, excepcionalmente, facultades recursivas a ese órgano perteneciente al Ministerio Público Pupilar, pues permiten sortear con contundencia el valladar formal que existe, también en la actualidad, sobre el punto bajo análisis. En honor a la brevedad, me remito a las consideraciones efectuadas en ambos pronunciamientos.

No obstante esa remisión, debo destacar que también en el caso bajo estudio, la razón fundamental que justifica otorgarle legitimación procesal activa a la hoy impugnante emerge de reconocer jurídicamente, y tutelar judicialmente, el interés superior del niño, niña o adolescente cuando, como en autos, sus derechos podrían verse vulnerados a través de una conducta delictiva, a los términos de la ley 27.372 de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos, en general, y de la ley 23.849 que aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en particular.

En este ámbito normativo, la protección normativa que dispensa el sistema jurídico visto en su integridad para este sector vulnerable de la población, encuentra sustento en la Convención sobre los Derechos del Niño su principal exponente.

El mencionado instrumento, que regula en el ámbito internacional los derechos de las personas menores de dieciocho años de edad, y que goza de raigambre constitucional al estar enumerado en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, consagra en su preámbulo *«la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño», así como también que «el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento».

A partir de tales postulados, los Estados parte, entre ellos la República Argentina, se comprometen a que «[e]n 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 condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño» (art. 3.1). Asimismo, a «asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas» (art. 3.2), por lo que resulta una obligación de los aquellos de adoptar todas las medidas «administrativas, legislativas y de otra índole» que resulten necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la referida Convención (art. 4).

Por su parte, la ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, establece que «[l]a Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigible» (art. 2).

En ese orden, refiere que «[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. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia [...]. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros» (art. 3).

Puntualiza, además, que «Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes», y establece que la "prioridad absoluta implica" -entre otras cuestiones- la "prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica **cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos**, de las personas jurídicas privadas o públicas» (art. 5 inc. 2, el destacado me pertenece).

En función de ello, y en cuanto aquí más interesa, describe que «[l]os Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte» (art. 27, el destacado me pertenece).

En línea con la normativa señalada, nuestro Máximo Tribunal Nacional ha dicho sobre el particular que «[1]a atención principal al interés superior del niño a que alude el art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos por lo que, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño» (Fallos 328:2870; en el mismo sentido, Fallos 321:589; 318: 1269, entre otros).

Entiendo que, en el *sub lite*, resultan enteramente aplicables las consideraciones brevemente señaladas en los párrafos precedentes, pues el respeto y la estimación del interés superior de niños, niñas y adolescentes, cuando resultan víctimas de hechos delictivos, tales como los que dieran origen a las presentes actuaciones, revelan y justifican adecuadamente la imperiosa necesidad de ampliar, excepcionalmente, el criterio de admisibilidad formal del recurso de casación, permitiendo la viabilidad de una impugnación promovida por una de las partes del proceso que, conforme la legislación de rito, no se encuentra *ab initio* habilitada para ello.

Pues de esta manera, entonces, entiendo que este Tribunal, como órgano del Estado, cumple con el deber de ponderar privilegiadamente el interés superior del niño como criterio que viabilice la intervención institucional –en este caso de la Segunda Asesoría de Niños, Niñas y Adolescentes y Personas con Capacidad Restringida de la Tercera Circunscripción– destinada primordialmente a velar por el efectivo ejercicio de los derechos de las personas menores de edad. En otras palabras, se trata de la adopción de una medida de carácter judicial que garantiza la tutela efectiva de los derechos y garantías reconocidos por ley en

relación con ese segmento vulnerable de la población (art. 29 de la ley 26.061), permitiéndoseles, representación legal mediante, recurrir resoluciones jurisdiccionales que atañen a sus intereses.

Repárese en este sentido que la propia casacionista ha invocado en su presentación recursiva el referido interés, el que no puede ser desoído ni desatendido en esta instancia recursiva *so pretexto* de valladares formales que impidan efectivamente la revisión de una sentencia que, en el *sub iudice*, se presenta de tipo absolutoria.

b.1. Sobre la alegada nulidad de la sentencia por presentar un déficit de fundamentación

Superado satisfactoriamente el examen formal acerca de la impugnabilidad subjetiva de la recurrente, corresponde en lo que sigue abordar los agravios presentados. Como se adelantó, y de acuerdo a lo que seguidamente se explicará, la fundamentación del fallo cuestionado no se adecua a las exigencias establecidas por la ley de procedimiento en tanto su fundamentación es arbitraria.

Al respecto debo decir que, según lo adelantara al comienzo del presente acápite, la motivación cuestionada no cumple con los recaudos necesarios para constituir, desde su contenido, un acto jurisdiccional válido. Ello por cuanto se verifica con meridiana claridad una ausencia de fundamentación, pues la decisión del juez *a quo* de absolver al acusado se basó en una arbitraria, fragmentada y descontextualizada apreciación de los hechos en función de la valoración de la prueba obrante en la causa. Todo ello sin dar una respuesta completa y debidamente motivada a la hipótesis acusatoria que conformó la teoría del caso del órgano acusador, ni integrar en el razonamiento absolutorio las consideraciones efectuadas por quien intervino durante el proceso como representante complementaria de los menores de edad involucrados en el caso –art. 103 inc. a del Código Civil y Comercial de la Nación, art. 16 y conc. de la ley 8.928–.

De modo tal que, al no cumplir acabadamente con la exigencia de

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

motivación prevista en el art. 155 del CPP, que impone ese deber legal al tribunal de juicio bajo sanción de nulidad, y que sirve no sólo a la publicidad y control republicano sino que persigue la exclusión de decisiones irregulares o arbitrarias y pone límite a la libre discrecionalidad del juez, una ausencia de fundamentación como la observada en la resolución devenida en crisis no resulta admisible, por lo que entiendo que resulta nula de nulidad absoluta.

Conviene recordar que, en cuanto a la motivación del acto sentencial se trata, se tiene dicho que ésta consiste en *«explicar la razón de ser, los “porqué” de la conclusión que define la decisión. Esas razones abarcan tanto la explicación de la conclusión acerca del suceso real imputado, acción u omisión, con todos los elementos fácticos o normativos que la ley penal utiliza para describir el hecho punible [...] mediante la valoración de la prueba incorporada legítimamente al proceso»* (MAIER, JULIO, *Derecho Procesal Penal. Actos Procesales*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2011. T. III, p. 340). De este modo nos encontramos ante un supuesto de motivación aparente cuando el juez *«expone los fundamentos de forma tal que no sirven para motivar en concreto el acto, sea porque sus razones no tienen asiento en los hechos debatidos, o bien porque se aparta de las pruebas producidas en el proceso»* (Chaia, Rubén, *“La prueba en el proceso penal”*, 2º edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2.013, pág. 191).

La conclusión precedente surge con nitidez de las constancias de audio y video acompañadas en las que obran los fundamentos orales del fallo. Desde allí se observa que el magistrado interviniente puso en tela de juicio que los hechos objeto del proceso y la responsabilidad que se le atribuyó sobre ellos al acusado, hayan sido acreditados con el grado de convicción que requiere una sentencia condenatoria y, en consecuencia, aplicó el principio *in dubio pro reo*. Sin embargo, como explicaré en lo sucesivo, a esta conclusión subyace un análisis parcial y fragmentado de los hechos investigados, además de un incorrecto y arbitrario abordaje de las constancias de la causa. Veamos.

b.1. Apartamiento arbitrario de los hechos incluidos en la acusación fiscal

Conforme se desprende de las constancias de la causa, en la audiencia de acusación (art. 417 *quater* del CPP), y luego al inicio del debate oral y público, la fiscalía imputó a Manuel Adrián Buenanueva Aballay la autoría en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. En ambas oportunidades, al enunciar el hecho enrostrado, el representante fiscal sostuvo que el imputado se sustrajo al deber de cumplir con la cuota alimentaria de sus hijos N. I. B., de 4 años de edad, y Z. D. B., de 8 años de edad, establecida mediante convenio homologado en el marco de los autos N° 48.866/17 radicados en el Tercer Tribunal de Gestión Judicial de Familia, circunscribiendo temporalmente esa conducta omisiva al período de tiempo transcurrido entre los meses de abril del año 2019 a la fecha del debate –noviembre de 2020– (ver formulario de audiencia de acusación obrante en soporte digital; ver formulario de debate obrante en soporte digital y registros audiovisuales, “*audiencia 5/11/20. Parte I*”, 00:01:49/00:02:25).

Luego de haberse producido parte de la prueba durante el debate, concretamente la declaración testimonial de la denunciante de autos –María Alejandra Vera Olivares–, así como la oportuna intervención de la Asesora de Menores (00:17:45/00:21:50), el agente fiscal solicitó la ampliación del requerimiento fiscal en los términos de lo previsto por el art. 391 del CPP. Ello al entender que, de los términos de aquella declaración, surgían elementos que permitían considerar que el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar que se le atribuye al imputado comprendía un espacio de tiempo mayor de aquel que fuera definido en la acusación originaria. De este modo, la plataforma fáctica de la acusación resultó ampliada por los mismos hechos, los que habrían tenido lugar así «[d]esde el día 03 de marzo del año 2018 al día de la fecha [05/11/20]» (00:31:27).

Atento a ello, se corrió vista a la defensa quien solicitó la

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

suspensión del debate (ver registros audiovisuales correspondientes a la audiencia del día 5 de noviembre de 2020, segunda parte, minuto 00:00:30/00:01:29), y dispuso un cuarto intermedio. Reanudado el juicio, el juez le solicitó al representante fiscal que le comunicara al acusado el hecho objeto de la acusación, quien al hacerlo expresó que «[l]a acusación contra el Sr. Buenanueva consistiría que, desde el mes de marzo de 2018 hasta el mes de noviembre del año 2020, no habría cumplido con sus deberes alimentarios para con sus hijos menores [...] hecho comprendido en el art. 1 de la ley 13.944» (ver registros audiovisuales, “audiencia 19/11/2. Parte I”, 00:01:02/00:02:13).

Finalmente, al momento de formular sus alegatos de clausura del debate, el fiscal concretó la acusación contra el acusado de autos, y solicitó la aplicación de pena. En este punto, surge relevante destacar que el titular de la acción pública tuvo por probado el hecho imputado, al que circunscribió temporalmente en los términos referidos en el párrafo precedente, esto es, dentro del «[p]eríodo comprendido entre el mes de marzo del 2018 y el mes de noviembre de 2020 [...]» (ver registros audiovisuales, correspondientes a la audiencia del 3 de diciembre de 2020, minuto 00:01:20/00:01:30); lapso del que excluyó, únicamente, el tiempo durante el cual el acusado permaneció privado de su libertad, por encontrarse alojado en el complejo penitenciario provincial, esto es, de febrero a marzo del año 2019 (minuto 00:20:27/00:21:21).

Referidas estas breves consideraciones sobre el caso aquí examinado, resulta evidente que la sentencia adolece *ab initio* de un vicio grave de fundamentación vinculado con el sustrato material de la acusación sobre la cual se pronunció el juez interviniente, que radica en la limitación arbitraria del campo fáctico sobre el que decide en términos absolutorios la sentencia aquí cuestionada. Veamos.

Según surge de la audiencia de debate en la que el sentenciante, luego de los alegatos de cierre de las partes, y de las expresiones efectuadas por el acusado en uso de la palabra, expuso oralmente las razones que lo persuadieron a

absolver al enjuiciado del delito enrostrado. Sin embargo, al hacerlo, se apartó arbitrariamente de los términos de la acusación fiscal, ya que marginó del desarrollo intelectual en el que motivó el sentido absolutorio del fallo, sin expresar motivo o justificación alguna de su decisión, el análisis de la responsabilidad penal de Buenanueva Aballay sobre una buena parte de los comportamientos delictivos por los que fue acusado. Me estoy refiriendo concretamente al incumplimiento de los deberes de asistencia familiar que, según la teoría del caso concretada en la acusación fiscal –en los términos señalados anteriormente–, tuvo lugar durante el período de tiempo transcurrido entre el mes de noviembre del año 2019 al mes noviembre del año 2020.

Lo antedicho se observa con claridad cuando el juez *a quo*, al referirse a las circunstancias de tiempo del hecho objeto del proceso, expresó que «[e]n este caso, lo que tenemos es un supuesto delito entre marzo del 2018 y noviembre del 2019, que **en definitiva es lo que se acusó**, y, en definitiva, éste es lo que se tiene que ver y lo que se tiene que fallar [...] si ha sido regular, suficiente y constante el aporte de fondos o no» (1:06:35/1:06:51, el destacado me pertenece).

Ahora bien, conforme a lo expuesto debe descalificarse el fallo como acto jurisdiccional válido por cuanto es arbitraria la fundamentación respecto del segmento de los hechos que conformaron y definieron la acusación fiscal.

Dicho en otros términos, el órgano judicial ha exteriorizado el razonamiento que justifica la decisión absolutoria aquí impugnada, incurriendo en una omisión de pronunciamiento al no emitir una resolución que contemple y abarque la totalidad de los hechos que fueron ventilados durante el debate, y luego contenidos en la acusación fiscal. Esto en razón de que nada ha dicho el sentenciante en sus fundamentos de los comportamientos delictivos de tipo omisivos que, según la acusación fiscal, fueron cometidos por el acusado en el período de tiempo comprendido desde el mes de noviembre de 2019 al mismo

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

mes del año 2020; lo que convierte la sentencia en un acto nulo, de nulidad absoluta a los términos del art. 416 inc. 4° del CP.

b.2. Omisión de valoración de prueba esencial

No obstante que las conclusiones expresadas tras el análisis efectuado en el acápite precedente resulta suficiente para demostrar que la sentencia en crisis adolece de un vicio grave de fundamentación que la descalifica como acto jurisdiccional válido, estimo oportuno efectuar unas breves consideraciones en orden al modo en que el tribunal de sentencia ha valorado el material probatorio que acompaña la causa. Ello por cuanto el sentenciante, aún en la porción del sustrato material de los hechos contenidos en la acusación sobre los que se pronunció en clave absolutoria, se apartó notoriamente de los postulados que informan el sistema de la sana crítica racional en el análisis convictivo de los elementos de prueba que resultan determinantes cuando se trata de examinar la responsabilidad penal por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

Lo afirmado en el párrafo precedente resulta de observar que el *a quo* funda su razonamiento desincriminante a través de una ponderación del plexo probatorio que no sólo no ha sido efectuada de modo comprensible, puesto que no sigue un orden lógico, sino que, además, luce fragmentaria y descontextualizada, desde que margina de esa labor la valoración de elementos esenciales que contienen referencias directas acerca del contexto dentro del cual sucedieron los comportamientos omisivos objeto del proceso. Este vicio determina que la sentencia que absuelve a Manuel Adrián Buenanueva Aballay ha sido edificada sobre la base de argumentos arbitrarios.

Entiendo que cuando se trata de comportamientos delictivos como los aquí investigados, resulta fundamental poner el acento primordialmente sobre «el contexto en que se producen estos hechos». Sólo desde allí es posible determinar adecuadamente qué elementos probatorios resultan imprescindibles tener en cuenta, qué información obtenida resulta pertinente y suficiente a los

finés de apreciar ese contexto, y cómo deben ser valorados.

En la directriz señalada, se advierte con claridad que la prueba producida ratifica que nos encontramos ante una conducta delictiva que involucra violencia de género, como una manifestación de violencia económica y patrimonial (ley 26485, art. 5 inc. 4). Ello pues, los contextos en los que se enmarcan estas conductas penalmente reprimidas no pueden ser visualizados como meras conflictivas familiares que pertenecen al ámbito privado. Se trata de situaciones que, mayormente, involucran aristas de violencia, lo que demanda la intervención del Estado. Además, el incumplimiento de los deberes de asistencia constituye una forma más mediante la cual el varón ejerce violencia sobre la mujer, pero también respecto de otros miembros del grupo familiar, como por ejemplo los hijos e hijas, que deben ser abordados como víctimas, directas o indirectas, de esa misma violencia.

Lo antedicho impone el deber jurídico de apreciar y ponderar el material probatorio bajo los lineamientos contenidos en la legislación nacional e internacional a la que ha adherido nuestro país, enfocando la mirada en atención a la víctima (ley 27.372). Pero, además, ese mismo contexto fáctico también requiere atender al interés superior del niño, niña y adolescente (art. 3 de la ley n° 26.061), tal como se adelantó en el tratamiento del punto vinculado a la legitimación de la impugnante en esta instancia.

Así tenemos que de la declaración de la denunciante María Alejandra Vera en la audiencia de debate (ver registros audiovisuales correspondientes a la audiencia del 5 de noviembre de 2020, a partir del minuto 00:02:54; también los relativos a la audiencia del 19 de noviembre de 2020, primera parte, a partir del minuto 00:04:31) surge la presencia de indicadores de violencia de género que no han sido considerados por el tribunal de juicio al emitir el pronunciamiento desincriminante. En este orden, vemos que la declarante afirmó que *«[l]o que pasa es que esto ocurrió después del incidente de 2017, o sea, después de que él comete el delito de rociar con nafta la habitación y*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

prendernos fuego [...]. Entonces con la doctora que me designan en el juzgado hicimos el convenio para que él me pasara cuatro mil pesos, que él dijo que no podía, que dos mil pesos sí podía. Pero tampoco depositó ni me pasó los dos mil pesos, pero esto pasó después del 2017 de que él comete ese hecho [...]. En ese entonces no lo denuncié, nosotros le quisimos dar una oportunidad para que él pudiera seguir estando con nosotros como familia [...] yo lo quise perdonar [...] pero él siguió incumpliendo [...]. Después él comete otra cosa, y ahí le piden directamente que se retirara de la casa. Entonces le hacen la prohibición no solamente hacia mí, sino hacia los chicos también, porque ya interviene acá medidas tutelares [...] y desde ahí no cumplió más, se olvidó que tenía hijos».

Lo que resulta conteste con las constancias –conforme la documentación digitalizada en el legajo a la vista– que dan cuenta que en la causa N° P-60.397/17, de fecha 21 de julio de 2017, se requirió la citación a juicio respecto del acusado por el delito de incendio agravado por el peligro de muerte para alguna persona en grado de tentativa. Por su parte, en la causa N° P-11.873/19 el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial en fecha 15 de marzo del año 2019 condenó al hoy acusado a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas calificadas por la relación de pareja preexistente y por mediar violencia de género.

Asimismo, de su declaración se desprende que la denunciante acudió a la justicia de familia para reclamar alimentos para sus hijos menores. En este sentido, dijo que primero demandó a su ex pareja, con quien arribó a un convenio sobre la cuota de alimentos que aquél sistemáticamente incumplió; razón por la cual, con posterioridad, demandó a la abuela paterna de los niños –Ramona Laura Aballay–, con quien también llegó a un acuerdo conciliatorio (ver registros audiovisuales correspondientes a la audiencia del 5 de noviembre de 2020, primera parte, a partir del minuto 00:14:10).

Los dichos en este punto encuentran basamento objetivo en las

constancias probatorias incorporadas a la causa pues, según surge del legajo, cuyas copias digitalizadas se encuentran a la vista, la denunciante realizó las presentaciones judiciales a las que hizo alusión en su declaración. De ello dan cuenta los autos N° 48.866/17 caratulados «V., M. A. c/ B., M. A. p/ alimentos», así como también, los autos N° 50.906/19 caratulados «V., M. A. c/ A., R. L. p/ alimentos», del Primer Tribunal de Gestión Judicial de Familia de la Tercera Circunscripción Judicial, los fueron ofrecidos por las partes y debidamente incorporadas al debate en carácter de A.E.V. (ver constancias digitales).

En el mismo sentido deben ser señaladas los autos N.º 67.599/19 caratulados «V., M.A, por sí y pshm c/ B., M. A. p/ prohibición de acercamiento», radicados en el tribunal señalado *ut supra*.

Advierto que ninguno de tres expedientes del Tribunal de Familia venidos *ad effectum videndi et probandi* (A.E.V.) al tribunal de juicio han sido adecuadamente ponderados por el tribunal de juicio, pese a que resultaba evidente que eran elementos esenciales que permitían la adecuada determinación y apreciación contextualizada acerca de cómo ocurrieron los hechos. Entiendo que esa omisión resulta esencial y decisiva en el razonamiento del *a quo* al impedir apreciar la existencia de elementos objetivos que, en su conjunto, controvierten la prueba de descargo a través de la cual el sentenciante consideró la falta de constatación del elemento subjetivo –omisión dolosa–, que lo llevó a la duda insuperable.

Repárese que, aún con la fragmentación arbitraria de la plataforma fáctica que fuera ya advertida, el aspecto central que destaca el juez para absolver por la duda radicó en que, según su posición, no existirían elementos de prueba suficientes que permitirían acreditar con certeza que el acusado se sustrajo *dolosamente* de su deber de efectuar los aportes dinerarios o en especie suficientes para la subsistencia de sus hijos menores (ver registros audiovisuales correspondiente a la audiencia del día 3 de diciembre de 2020, tercera parte, a partir del minuto 01:08:18).

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Sin embargo, para arribar a esa conclusión determinante de su razonamiento, el magistrado no integró en la valoración de los hechos –como es su deber– la prueba señalada, de la que resultan elementos que descubren –precisamente– el modo en que el acusado se sustrajo al cumplimiento de su obligación. Es que si bien nadie discute que se trata de actuaciones producidas en la órbita de la justicia civil, éstas debieron ser valoradas en el ámbito penal.

Si bien no es ésta la oportunidad de profundizar el análisis acerca de la naturaleza y la extensión de la obligación asistencial recogida en el tipo penal previsto en la ley 13.944, y su relación con obligación alimentaria regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 541, arts. 658, ss y cc del CCyCN), lo cierto es que existen puntos en común entre ambos deberes alimentarios. Ello genera la necesidad de abordar la investigación y juzgamiento de la responsabilidad penal de esta clase de ilícitos sin prescindir de elementos relevantes que permitan descubrir verdaderamente si el sujeto penalmente acusado se ha sustraído de su obligación de subvenir a lo indispensable para la subsistencia de sus hijos menores, aún cuando cierta parte de aquellos resulten de actuaciones producidas en la órbita de la justicia de familia. Máxime teniendo en cuenta que estas aparecen formando parte del plexo probatorio que acompaña la presente causa.

Ahora bien, obsérvese que el repaso de las constancias audiovisuales revela que el juez interviniente ha omitido lisa y llanamente pronunciarse argumentativamente sobre el valor o desvalor probatorio de las piezas incorporadas en carácter de AEV. En su alocución se verifica un abordaje genérico, impreciso y desordenado, con una manifiesta reiteración sobre las diferencias que –a su criterio– existen entre la obligación alimentaria penal con relación a ese mismo deber en la órbita civil, pero sin fundamentar concretamente en qué consiste esa distinción, ni tampoco cuál sería el efecto que provoca la proyección de esa distinción ambas especies del deber de alimentos en el campo de la justicia punitiva, siendo que, de lo que se trata en este último segmento, es de analizar la responsabilidad del agente en el tipo omisivo enrostrado (ver al

respecto, minutos 01:06:33; 01:07:19)

Con lo cual, comparto el argumento que postula la Asesoría de Menores en cuanto a que todos los meses que el imputado habría incumplido la prestación de alimentos, sustrayéndose a la misma, estaría constatado en la sentencia judicial que ordenó al hoy imputado al pago de la cuota alimentaria en sede civil, que no habría sido merituada en el razonamiento jurisdiccional –N° 48.866/17–. Lo mismo en cuanto a la falta de ponderación del expediente del convenio de alimentos celebrado entre la denunciante de autos y la abuela paterna de los menores, donde la demanda precisamente se articula por el incumplimiento del principal obligado a los mismos –N° 50.906/19–.

Por otra parte, la omisión de valoración de prueba esencial también se observa cuando el juez *a quo* analiza sólo algunos de los comprobantes de pago que fueron agregados en la causa, precisamente los que documentan aportes dinerarios efectuados por el acusado a la denunciante acotados a un limitado período de tiempo. Concretamente me estoy refiriendo a los recibos que dan cuenta de entregas de dinero en fecha 2 de junio (\$600), 8 de junio (\$650), 18 de julio (\$500) y 27 de julio (\$1000), todos del año 2.019.

Ello revela varias una seria falencia en el silogismo del sentenciante, ya que profundiza su decisión de fragmentar aún más la plataforma fáctica objeto del proceso, así como la prueba obrante en la causa. Ello pues, dentro de aquel acotado espacio de tiempo en que analizó arbitraria y limitadamente el hecho contenido en la acusación fiscal –esto es, desde el mes de marzo de 2018 hasta el mes de noviembre de 2019–, el magistrado interviniente margina injustificadamente de su desarrollo argumental el análisis valorativo de aquellos períodos de tiempo en que la obligación alimentaria, siendo judicialmente exigible, fue incumplida por el acusado.

Dicho en otros términos, al valorar únicamente aquellos comprobantes, que acreditarían aportes dinerarios parciales efectuados por el imputado a la denunciante, y sustentar desde allí el cumplimiento del deber

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

alimentario de parte de aquel, omite pronunciarse acerca de cómo interpreta y valora la comprobada irregularidad en las fechas de pago y en los importes de los mismos. Porque, en definitiva, lo que dejan al descubierto tales recibos es que el imputado habría realizado aportes que no sólo cuantitativamente difieren de lo acordado, sino que, además, documentan que temporalmente existen períodos mensuales en los que la cuota alimentaria, desde que se tornó jurídicamente exigible –mediante homologación judicial producida en fecha 19 de marzo de 2018–, no ha sido debidamente abonada, dada la falta de comprobantes que demuestren lo contrario.

Pero, a su vez, en este tramo de los fundamentos también se observa una clara contradicción en el silogismo desincriminatorio que sustenta el fallo en revisión, porque si el juez interviniente consideró que el aspecto relevante para tener por acreditada penalmente la responsabilidad del acusado en el delito omisivo que se le atribuyó es determinar si el aporte de fondos «*ha sido regular, suficiente y constante el aporte de fondos*» (01:06:55), evidentemente no pudo desconocer y ponderar entonces –entre otros–, todas las constancias actuadas en los diversos expedientes de familia precedentemente individualizados. Ello por cuanto ellos demuestran el incumplimiento del acusado del convenio de alimentos celebrado oportunamente con la madre de sus hijos menores en la causa N° 48.866/17, cuyo conocimiento por parte del acusado nunca constituyó un punto controvertido en la causa.

Pero aún cuando ese incumplimiento no fuera considerado relevante para el juzgador, así debió expresarlo, debiendo brindar las razones por las que entendía que no resultaba determinante a los fines conmovier el estado de duda respecto de la responsabilidad penal del encausado sobre el delito endilgado. Nada de esto se desprende de los fundamentos de la resolución recurrida.

Aquí es preciso recordar dos aspectos que, siendo propios del contenido del delito investigado en autos, debieron ser analizados y proyectados en la fundamentación del fallo, para que el mismo resulte ajustado a derecho. Por

un lado, que la obligación de alimentos impuesta por la ley es personalísima, intransferible, de rango principal e insustituible, por lo que aún cuando el alimentado haya logrado igual o aún mejor auxilio que el omitido por el alimentante, se incurre igual en delito. Sostener lo contrario cuando se da el supuesto de que otra persona ha acudido al socorro del necesitado, importa hacer depender la responsabilidad penal de la conducta de terceras personas, y no ya de la omisión dolosa del obligado, lo que además de introducir una exigencia de carácter objetivo extraña al texto de la ley, conduce a frustrar su finalidad y a tornar prácticamente imposible su aplicación.

Por otro lado, que tampoco exime de responsabilidad por la anterior conducta omisiva el pago tardío o parcial de las cuotas alimentarias, desde que 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.

Nada de lo antedicho ha sido analizado en la sentencia.

Finalmente, y como corolario de lo analizado en el acápite precedente, también acierta la impugnante cuando señala que el tribunal de juicio no ha valorado el plexo probatorio de acuerdo al contexto en el que aparecen insertos los hechos objeto del proceso, el que revela con claridad que el caso se enmarca en un contexto de violencia de género.

En este sentido, surgen evidentes las notas que revelan una situación de vulnerabilidad y de disparidad de poder como consecuencia de una estructura desigual entre el agente y la denunciante, quien aparece como único sostén económico de la subsistencia de los menores de edad cuyos intereses aparecen involucrados en el caso de autos. Situación de desventaja en la que el imputado colocó a María Alejandra Vera, supone un tipo de violencia de género a tenor del artículo 5.4.c de la Ley N° 26.485, porque condicionó su bienestar e integridad económica-patrimonial y recargó sus responsabilidades de cuidados (*in re* “Domínguez”).

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Este aspecto contextual del caso ha sido indebidamente ponderado por el juez *a quo*. Así, si bien admite inicialmente que entre el imputado y la denunciante existía «*una mala relación*», con «*denuncias y condenas respecto del imputado*» (01:06:08/01:06:22), esa afirmación no lo persuadió a cumplir con el deber legal de realizar el proceso valorativo de la prueba de acuerdo con los parámetros interpretativos emanados a través los diversos compromisos asumidos por el Estado Nacional mediante la suscripción y ratificación de instrumentos legales nacionales y supranacionales en materia de violencia de género, desde donde surgen directivas expresas para el cumplimiento de esa labor ponderativa que deben ser utilizadas –especialmente– por los operadores del sistema de administración de justicia, en tanto guías interpretativas de estos fenómenos criminológicos en el marco de los procesos judiciales, conforme al sistema de la sana crítica racional adoptado por nuestra legislación local (arts. 206 y 409 del CPP).

En definitiva, considero que todo lo hasta aquí expresado pone de manifiesto que el camino argumentativo en base al cual el juez *a quo* construyó su silogismo desincriminante, no se presenta como una operación intelectual que respete la lógica interpretativa de la sana crítica racional. Lo que pone de manifiesto la existencia de vicios en la fundamentación de la sentencia impugnada, derivados de la inobservancia de lo dispuesto por el art. 416 inc. 4º del CPP, circunstancias que acarrearán la declaración de nulidad del fallo aludido.

Al respecto, nuestro máximo tribunal ha sostenido que «*la regla de la sana crítica se viola cuando directamente el juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia. Puede decirse que en este caso, la sentencia carece de fundamento y, por ende, esta es una grosera violación a la regla que debe ser valorada indefectiblemente tanto por el tribunal de casación como por esta Corte. Cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método histórico en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento. En el fondo, hay un acto arbitrario de poder*» (CSJN fallos: 328:3399).

c. Conclusión

Por las razones precedentemente expuestas, en opinión concordante con la del señor Procurador General, doy respuesta afirmativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. En consecuencia, entiendo que el recurso de casación interpuesto por la titular de la Segunda Asesoría de Niños, Niñas y Adolescentes y Personas con Capacidad Restringida de la Tercera Circunscripción Judicial debe ser acogido en esta instancia, anulándose la sentencia recurrida, debiéndose reenviar la causa al subrogante legal a fin de que se desarrolle un nuevo juicio.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Comparto los fundamentos en virtud de los cuales el ministro preopinante entiende que la sentencia cuestionada presenta vicios que conllevan la declaración de su nulidad.

En particular me interesa destacar que las falencias en el razonamiento del sentenciante descriptas en el voto que me precede, y que dan sustento a la solución que se propicia, implican –según entiendo– la vulneración a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto de delitos cometidos en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–. A lo que debe sumarse que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares y como una garantía del derecho a la verdad (Conf. «Concha, Jesús).

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

De este modo, considero que la situación de mayor vulnerabilidad por motivo de la edad que presentan las víctimas en autos, en cumplimiento de los compromisos convencionales asumidos en la materia, deriva en deberes específicos de protección por parte del Estado. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) se ha pronunciado sobre la necesidad de que los Estados asuman una especial posición de garante frente a esta problemática, implementando medidas de protección integrales que se encuentren determinadas por el interés superior del niño (ver, Corte IDH, «Caso González y otras v. México». Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 16/11/09. Serie C, nro. 205, párr. 408).

En particular, y en lo referido a la participación de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) en los distintos procesos en donde se diriman derechos fundamentales para su desarrollo, como acontece en el presente caso, la Convención del Derecho del Niño (en adelante, CDN) establece el derecho a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado (art. 12.2, CDN).

Del mismo modo, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, a la que adhirió esta Corte mediante Acordada 24.023 de fecha 6 de febrero de 2012, tiene como objetivo central garantizar las condiciones de acceso efectivo a justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad y, con ello, que los sistemas judiciales sean reales instrumentos de defensa de sus derechos.

En referencia al caso en análisis y respecto a las facultades y atribuciones de los Asesores/as de niños, niñas, adolescentes y personas con capacidad restringida dentro de un proceso, me interesa señalar que la ley 8928, del Ministerio Público de la Defensa y Pupilar, establece dentro de sus funciones los deberes de «velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal» y de *«[v]elar por la protección integral del o de la niño/niña y del adolescente, de acuerdo a lo dispuesto por las normas constitucionales y las leyes sobre la*

materia» (art. 9).

Por su parte, el art. 16 de aquella ley establece para estos funcionarios la obligación de *«[i]ntervenir en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte a la persona o bienes de los niños/ as y/o adolescentes o incapaces o personas con capacidad restringida, y entablar en defensa de éstos, las acciones y recursos pertinentes ya sea en forma autónoma o junto con sus representantes legales, en los términos previstos por el CCyCN y leyes complementarias» (inc. 1), y la de «[p]romover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de niños/as y/o adolescentes o incapaces o personas con capacidad restringida, de conformidad con las leyes respectivas cuando carecieran de asistencia o representación legal, cuando fuere necesario suplir inacción de sus representantes legales, parientes o personas que los/las tuviesen a su cargo o hubiere que controlar la gestión de éstos últimos» (inc.2). Asimismo, se dispone, entre sus deberes y atribuciones, la de «[s]er parte necesaria en el ámbito penal, en todo expediente que se forme respecto de una persona menor de edad víctima de delito, conforme las leyes pertinentes para su protección integral. Deben intervenir en todo acto procesal del cual pueda derivarse un beneficio o perjuicio para sus representados y estar presentes en cada ocasión en que los niños/as y/o adolescentes fueren citados [...]» (inc. 7).*

Ahora bien, reseñada la normativa en la materia, y a fin de analizar la legitimación procesal de la recurrente –amén de compartir los argumentos brindados por el ministro preopinante en este tópico–, entiendo que debe tenerse presente que el representante del Ministerio Público Fiscal, quien también tiene el deber de velar por la protección de los niños y niñas (art. 27, inc.8, ley 8.008) no recurrió la sentencia que cuestiona la representante del Ministerio Público Pupilar. Por su parte, en las presentes actuaciones no existe constitución de querellante particular. De tal manera, puede decirse que en el caso concreto los derechos fundamentales de los NNA reconocidos en la normativa convencional y constitucional, y a los que el Estado se ha comprometido garantizar, han sido

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

debidamente tutelados por la representante del Ministerio Público Pupilar. No habilitar excepcionalmente su legitimación para impugnar la resolución que, como se analiza en el voto preopinante adolece de serios vicios en su motivación, implicaría dejar los intereses de los hijos del acusado sin la debida tutela.

En otro orden, coincido con el ministro preopinante en tanto entiende que el hecho controvertido constituye un supuesto de violencia económica hacia la mujer, que afecta de manera directa a los NNA. Al respecto, en anteriores pronunciamientos he sostenido que «[...] *la violencia económica, ha sido expresamente reconocida como una de las manifestaciones de violencia contra la mujer (art. 5, Convención Belem Do Pará; art. 4, ley 26.485). Por su parte, el Comité de la CEDAW, en la Recomendación n° 19, afirma que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de éstas para gozar de sus derechos y libertades en pie de igualdad con los varones. Entre las observaciones refiere que «[l]a falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a permanecer en situaciones violentas [...].»*. En esa ocasión también entendí que «[...] *la violencia económica es una forma de control y de manipulación que ejerce el hombre sobre la mujer en una sociedad estructuralmente desigual»* (ver “Muñoz García”, y más recientemente «Rodríguez Ginestra»).

Estas apreciaciones las considero pertinentes porque el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar por parte del acusado respecto de sus hijos es también una forma de violencia económica contra la mujer. Ello en tanto se ve condicionado su bienestar económico por el incremento de erogaciones que implica aquel incumplimiento por parte del progenitor de los NNA, en el marco de la responsabilidad parental que aquella le incumbe. Específicamente así lo establece el art. 5, inc. 4, c del decreto 1011/2010 cuando dispone que «*[e]n los casos en que las mujeres víctimas de violencia tengan hijos/as y éstos/as vivan con ellas, las necesidades de los/as menores de edad se considerarán comprendidas dentro de los medios indispensables para que las mujeres tengan una vida digna»*.

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho en sus distintas funciones ponderen los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables. Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos.

Por todo lo expuesto, en coincidencia con el voto preopinante, considero que corresponde contestar de manera afirmativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, anular la sentencia n° 4.554 y sus fundamentos vertidos en forma oral, y remitir al Juzgado Penal Colegiado n° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

RESUELVE:

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la titular de la Segunda Asesoría de Niños, Niñas y Adolescentes y Personas con Capacidad Restringida de la Tercera Circunscripción Judicial.

2.- Anular el debate efectuado, la sentencia n° 4.554 y sus fundamentos vertidos en forma oral, dictada por el Juzgado Penal Colegiado n° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial en el marco de este legajo N° P-708.704/19.

3.- Remitir al Juzgado Penal Colegiado n° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho (Art. 486 CPP).

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO
Ministro

DR. MARIO D. ADARO
Ministro

DR. OMAR A. PALERMO
Ministro