(Registro: Tomo 186: 247/270)

Salta, 12 de marzo de 2014.

_____Y VISTOS: Estos autos caratulados **"C/C B.A.M.– RECURSO DE CASACIÓN"** (Expte. Nº CJS 34.869/11), y _____

_____**CONSIDERANDO**: _____

_____Los Dres. **Guillermo Alberto Posadas** y **Sergio Fabián Vittar**, dijeron:_____

_____1º) Que a fs. 111/115, la Sra. Defensora Penal Correccional N° 2, Dra. Karina Alejandra Peralta, en el ejercicio de la defensa de A.M.B., interpone recurso de casación contra la sentencia del ex Juzgado Correccional y de Garantías de Segunda Nominación, obrante a fs. 107 vta./108, que condenó a su asistido a la pena de seis meses de ejecución condicional, por encontrarlo autor del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. 1º de la Ley 13944) como también a abonar la suma de $ 800 (pesos ochocientos) en forma mensual en carácter de reparación de los perjuicios ocasionados (art. 29 del C.P.) bajo apercibimiento de tornar efectiva la pena privativa de libertad impuesta. _____

_____2º) Que a fs. 129/130 vta., esta Corte declaró formalmente admisible el recurso, dispuso el trámite y otorgó luego la intervención de las partes que establecen los arts. 474 y sgtes. del C.P.P. (texto según Ley 6345 y modificatorias), cumplido lo cual, los autos se encuentran ahora en estado de resolver. _____

_____3º) Que la defensa funda los agravios en los supuestos previstos en los incs. 2º y 3º del art. 466 del Código Procesal Penal (texto según Ley 6345 y modificatorias). Entiende que deviene arbitrario el fallo impugnado al otorgarle valor sublime a una sola prueba, la declaración de la denunciante, la que no posee entidad suficiente para fundar una condena, quebrantándose así las reglas de la sana crítica racional, con una apreciación parcial de la prueba, basada en argumentos subjetivos que no se desprenden de la causa. Como contrapartida, se descartó lo manifestado por su representado, quien dijo su verdad, pues si bien no le pasa dinero en efectivo, compra vestimenta y calzados, como también el informe ambiental de donde surge que tanto los integrantes de la familia B. como el propio denunciado son personas respetables, responsables y generosas, no advirtiéndose que el menor sufra carencias; asimismo, la propia manifestación del menor al expresar que no coincide con lo que su madre dice ya que su padre es generoso con él y no necesita pedirle nada. _____

_____Señala también que la sentencia contiene otro vicio, cual es la falta de fundamentación, pues se razona sobre elementos de prueba de una manera subjetiva, entrando en el terreno de la íntima valoración, que no es propio de nuestro sistema procesal. Se agravia porque el fallo reconoce el cumplimiento de su defendido, pero va más allá, entrando a la esfera íntima al decir que es un mal padre, sin tener elemento alguno que haga razonar de tal manera._____ _____

_____Por otro lado, entiende que la sanción pecuniaria impuesta a modo de reparación del perjuicio ocasionado, en absoluto es aplicable para este delito, por lo tanto ha extralimitado la ex jueza correccional su competencia material, así como tampoco es acorde a los arts. 13, 27 bis y cc. del Código Penal. _____

_____Considera que ello es así, en primer lugar porque el daño al que refiere el art. 29 del C.P. es el producido por un delito que ocasiona el mismo bien; en segundo lugar, porque en este supuesto no existe daño alguno que pueda atribuírsele en condiciones de obligado a indemnizar, no se ha demostrado el daño al que se hace referencia. Por último, afirma que tampoco existe un monto fijo establecido a modo de reparación, sino que es lisa y llanamente la fijación de una cuota alimentaria, pues se hace mención a todos los meses sin indicar plazo de duración.__

_____Cuestiona que se resuelva sobre un supuesto daño sin que haya

sido reclamado por un actor civil, extralimitando la juez sus facultades resolutivas. Sin perjuicio de ello, disiente también de la manera en que fue impuesto, supeditando la condena en forma condicional al cumplimiento de tal requisito, ya que se trata de una cuestión exclusiva del fuero de familia, siendo ese magistrado el que puede examinar la procedencia y alcance de una cuota alimentaria._____

_____Solicita, entonces, que se deje sin efecto la sentencia condenatoria en razón de lo normado por el art. 4º del citado Código Procesal Penal. Subsidiariamente, pide que se reduzca considerablemente el monto de la pena impuesta, por entender que es excesiva, ya que no guarda correspondencia con las reglas establecidas en el Código de fondo para mensurar e individualizar la pena en el caso concreto; para ello -sostiene- el juez debe dejar de lado los prejuicios, los apegos y las emociones, y orientar su decisión exclusivamente a esos criterios objetivos y subjetivos. _____

_____4º) Que en su informe de fs. 137/139, la Sra. Asesora General de Incapaces, expresó que los argumentos del recurrente resultan insuficientes para conmover la decisión impugnada, la cual se encuentra sustentada en los elementos probatorios colectados en autos, de los cuales resultó que los aportes realizados por el imputado fueron esporádicos y limitados a algunas prendas de vestir y calzado, lo que demuestra una satisfacción parcial que equivale a una insatisfacción de lo debido, por lo que considera debe rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa. _____

_____Por su parte, el Sr. Fiscal Nº 1 ante la Corte, Dr. Alejandro Saravia, sostuvo, a fs. 141/142 vta., que el fallo condenatorio resulta acorde a derecho y encuentra sustento en las pruebas arrimadas y legalmente incorporadas a la causa, pero sin embargo considera que existe un exceso o desproporción en relación al concepto de reparación de perjuicios contemplado en el punto II del resolutorio; por lo que se pronuncia por la admisión del recurso planteado respecto al punto II del fallo impugnado, debiendo rechazarse los restantes agravios. _____

_____5º) Que en lo que respecta al fallo condenatorio, es conveniente recordar que al tribunal de juicio le está vedado remitirse simplemente a los términos del requerimiento formulado por el fiscal para dar sustento a una condena, debiendo en todo caso llegar a valoraciones y a conclusiones propias acerca de la hipótesis referida en la acusación (esta Corte, Tomo 73:25; 76:285; 125:957; 136:833; 138:281)._____

_____En este sentido se observa que el proceso se inicia con la denuncia efectuada por R.E.S. a fs. 1, en la cuál relata que a raíz de problemas de pareja es que terminó su relación con el acusado seis meses antes de la denuncia y que el nombrado no colaboró económicamente con la manutención del hijo que tienen en común durante los doce años de vida del mismo. Idéntico relato describe S.A.S. -abuela del menor- a fs. 2._____

_____A partir de esta breve plataforma fáctica, es que el Sr. Fiscal Correccional efectúa el requerimiento de fs. 10/11, del que toma como base el juez “a quo” para su decisorio condenatorio. Sin embargo, en el informe social de fs. 45 y vta. y 70 y vta., la denunciante manifiesta que el incoado le proporciona lo que el niño necesita en cuanto a vestuario y calzado, lo que resultó coincidente con lo expresado por A.B. en el debate, quién declaró que durante los años que convivió con la madre del menor compartió las ganancias que obtenía de su trabajo y que todos los meses le compra ropa, calzado o los elementos que el niño necesita._____

_____Por otra parte, el imputado manifestó que percibe $ 1.500 (pesos mil quinientos) mensuales y que busca otro empleo dado que no le resulta redituable el cultivo del tabaco, encontrándose en una situación económica difícil debido a que esta saliendo de muchas deudas,

procurando otras tareas en el campo ya que es lo que sabe hacer, dedicándose actualmente al cultivo de hortalizas, por lo que a su hijo le da todo lo que puede. En este sentido, obsérvese que los informes de fs. 71/74 dan cuenta que A. B. es socio de la Cooperativa de Productores Tabacaleros y que los valores de producción de las últimas cosechas –períodos 2009, 2010 y 2011- no llegan a la quinta parte del volumen de producción del menor valor de los 7 períodos anteriores, en tanto resultan ser notablemente inferiores a los años anteriores, lo que demuestra la verosimilitud de la realidad económica descripta por el encartado. _____

_____A su vez, de los informes de fs. 43, 44 y 45, surge que B. no posee inmueble en el territorio provincial y no percibe beneficio previsional, mientras que en la audiencia de debate, la denunciante expresó que ella percibe la pensión del menor y que goza de obra social a través del padre. _____

_____Finalmente, cabe destacar que en el informe de fs. 45 y 70, el menor manifiesta que no coincide con su madre por cuanto considera que su padre siempre es generoso, mientras que los vecinos entrevistados emiten buen concepto del imputado, lo describen como trabajador y responsable, suelen verlo acompañado del niño en una actitud afectiva, que también su abuela y tía se desviven por él y que no creen que sufra carencias dado que la flia. B. es muy generosa; lo que resulta contradictorio con la conclusión a la que llega el juez “a quo” en cuanto a que sostiene la falta de asistencia económica e incluso moral y espiritual por parte del padre y que el mismo no es responsable, sólo en los dichos de la denunciante y en base a que B. no supo la edad del menor ni el año que se encuentra cursando en la escuela, cuando, incluso la madre manifestó en el debate que asistía al primer año, para luego decir que cursa el octavo año. _____

_____El juez de grado se refirió a la previsión legal de la figura penal, a la acreditación del vínculo paterno-filial entre el imputado y el hijo en común con la denunciante y a los contenidos de la obligación alimentaria que surge de la ley, afirmando que se ha configurado el delito en razón que el acusado no demostró haber cumplido con su deber, lo que implica un liso y llano traslado de la carga de la prueba desde la parte acusadora hacia el incoado, en franca contravención con el estado de inocencia que demanda que la demostración certera del hecho delictivo sea lograda mediante el aporte de elementos suficientes que introduzca al proceso la parte acusadora o que procure de manera oficiosa el tribunal, los que en el caso de autos se centraron en los hechos vertidos por la denunciante, los cuales, como se dijo anteriormente, fueron debilitándose en razón de los distintos elementos probatorios producidos en el debate. _____

_____6º) Que no se ha confirmado acabadamente el núcleo del tipo, cual es la omisión simple o pura, la conducta omisiva dolosa de no dar lo que se debe, es decir, la substracción, el apartamiento consciente y deliberado de prestar los medios indispensables para la subsistencia, ni se encuentra configurada la faz subjetiva del tipo penal presuntamente infringido, es decir, la malicia en el incumplimiento (cfr. esta Corte, Tomo 136:833). _____

_____La acreditación de la afectación al bien jurídico tutelado es indispensable a los fines de la tipicidad. No hay tipicidad cuando el autor no se sustrae, elude, aparta o se separa, prescinde o se desentiende de su deber, que es cuando quien debiendo y pudiendo cumplir voluntariamente no lo hace, que es la acción nuclear, dejar de cumplir. Al no alcanzar la prueba colectada para acreditar la comisión del delito, el que no admite la tentativa, corresponde acoger favorablemente al recurso de casación incoado y absolver al imputado en orden al ilícito por el que fuera requerido debido a que al ser el delito atribuido de carácter doloso es necesario que al imputárselo

certeramente en la sentencia condenatoria, se reflexione conforme la prueba disponible si las circunstancias permiten establecer que el acusado omitió el cumplimiento de su deber, de lo cual existe duda más que razonable._____

_____En dicho contexto, cabe afirmar que la condena se ha pronunciado con violación del principio “in dubio pro reo”, ya que a las resultas del juicio no existían elementos suficientes para acreditar de manera certera la conducta típica sobre la que versó la imputación._____

_____7º) Que la doctrina del máximo rendimiento del recurso de casación, claramente definida por la Corte Federal en el caso “Casal”, no sólo debe servir para suscitar en el marco de dicho medio de impugnación un análisis más amplio, sino también para permitir que, a las resultas del recurso, el tribunal se expida de un modo que le permita incidir, con el mayor alcance posible, en la cuestión traída a su conocimiento. Conforme a este nuevo parámetro, si de la apreciación cumplida en casación se observa que el tribunal de juicio no contaba con elementos suficientes para fundar el estado de certeza necesario para condenar, corresponderá reconocer que en las resultas de la etapa plenaria válidamente cumplida el imputado adquirió el derecho a ser absuelto por el beneficio de la duda.__ _____

_____Aceptado que el tribunal de alzada puede sustituir al de mérito en el análisis de los hechos y en lo referido a la suficiencia de la prueba, y en tanto no se magnifican las limitaciones derivadas de la inmediación, la verificación de que el juicio, tal y como se llevó a cabo, produjo una acumulación de evidencia que no podía servir para condenar al acusado, no puede tener otra consecuencia que el pronunciamiento liberatorio (Tomo 106:375; 109: 1001; 116:987; 123:711; 128:1135; 129:045). _____

_____Corresponde en consecuencia, acoger favorablemente al recurso de casación incoado y absolver al imputado en orden al ilícito por el que fuera requerido debido a que la prueba disponible no permite establecer que en el período respectivo el acusado haya omitido el cumplimiento de su deber y si estaba en condiciones de satisfacerlo, la cual quita entidad penal al hecho investigado (esta Corte, Tomo 136:833).

_____El Dr. **Guillermo Alberto Catalano**, dijo: _____

_____Adhiero al voto que antecede y estimo oportuno agregar lo siguiente._____

_____1º) Que el hecho es conducta humana manifestada como actividad (acción) o inactividad (omisión) y el tipo es la descripción formal de una conducta punible. El tipo delictivo o tipo penal o tipo legal o figura delictiva o, simplemente tipo no es el hecho punible, sino uno de sus elementos. Desde el punto de vista dogmático, el tipo constituye la característica jurídica del hecho punible que representa la base fáctica alrededor de la cual giran la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad. Por su parte, la tipicidad es la exigencia legal de subsunción o configuración del hecho al tipo o figura legal (Tomo 160:121). _____

_____ 2º) Que el delito sancionado por la Ley 13944 consiste en una conducta típica: la voluntaria sustracción del progenitor a prestar los medios indispensables para la subsistencia del hijo, lo cual supone demostrar la deliberada intención con que pudiera haber obrado el padre del menor. Para configurar el delito previsto en el art. 1º de la Ley 13944 debe acreditarse que el obligado haya omitido consciente y deliberadamente las prestaciones de asistencia. El núcleo del tipo es la omisión simple o pura, la conducta omisiva dolosa de no dar lo que se debe, es decir, la substracción, el apartamiento deliberado a prestar los medios indispensables para la subsistencia. La ley de marras pretende proteger a la familia y principalmente el interés superior de los menores que la conforman y fue creada para sancionar

a quienes se sustraen voluntariamente de un deber que les es posible afrontar (esta Corte, Tomo 166:163, entre otros). _____

_____3º) Que en audiencia de debate el imputado adujo que todos los meses en que el menor le solicita que le compre ropa o calzado, lo hacía (fs. 105 vta.). La denunciante referenció que el menor posee obra social a través del padre y que le compra ropa y zapatillas (fs. 106). Dichos que corroboran el informe social de fs. 45 y vta., reproducido a fs. 70 y vta., en el que la denunciante admite que el imputado proporciona lo que el niño necesita en cuanto a vestuario y calzado, además de que el propio niño expresó no coincidir con la denuncia de su madre puesto que dijo no faltarle nada ni necesitar pedir ayuda al padre porque éste siempre es generoso (fs. 45 vta. y 70 vta.). _____

_____4º) Que nunca debe perderse de vista que en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar perseguible de oficio, la víctima es el hijo menor de 18 años de edad (niño en sentido del derecho internacional de los derechos humanos), o de más si estuviere impedido (esta Corte, Tomo 158:25; 166:163, entre otros). _____

_____5º) Que no puede soslayarse que asistencia familiar es un concepto mucho más amplio que el de deberes alimentarios o asistencia económica, a su vez con diferente alcance en la faz civil y en la faz penal. Igualmente, permitir que el tipo penal se vuelva un medio para que las parejas desavenidas se ataquen y criminalicen no puede ser nunca el objetivo del legislador. Aun en caso de desavenencia definitiva, no puede caber duda alguna de que el interés social y el sentido común privilegian la menor causación de daños posibles entre los integrantes de la familia y que propicia toda forma de restitución de la armonía (Tomo 158:25). _____

_____En razón de lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de casación impetrado a fs. 111/115, y en su mérito revocar la sentencia de fs. 333 y vta. y absolver de culpa y cargo al Sr. A.M.B., de las demás condiciones personales obrantes en autos, del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. _____

_____Los Dres. **Susana Graciela Kauffman de Martinelli, Abel Cornejo** y **Guillermo Félix Díaz**, dijeron: _____

_____1º) Que adherimos a los considerandos 1º a 4º del voto de los Dres. Posadas y Vittar en cuanto efectúan una síntesis de lo acontecido en autos y de los fundamentos del recurso interpuesto pero discrepamos del resultado al que arriban por las siguientes consideraciones. __

_____2º) Que la defensa se agravia por considerar arbitrario el fallo al entender que se basa en una sola prueba, consistente en la declaración de la denunciante -lo que a su criterio quebranta las reglas de la sana crítica racional- y por sustentarse en apreciaciones subjetivas que no se desprenden de la causa. _____

_____Esta Corte ha precisado en numerosos precedentes que en nuestro sistema procesal rige la libertad probatoria (art. 201 del C.P.P. texto según Ley 6345 y modificatorias) y el de libre convicción del juez o sana crítica, indicados por la ley (arts. 230 “in fine”, 252 inc. 4º “in fine” y 403 inc. 3º tercer párrafo del C.P.P.). Ello implica, por un lado, que el juez no debe atenerse o limitarse a los elementos probatorios descriptos legislativamente y que, sean cuales fueren los que se arrimen a la causa para demostrar o desvirtuar la existencia del hecho, conserva la facultad de valorarlos conforme las reglas del recto entendimiento humano, sin sujeción a directiva o tasación legal alguna (esta Corte, Tomo 109:1043; 157:231; 161:577, entre otros).

_____Es dable recordar que el sistema de la sana crítica racional permite construir un determinado acontecer mediante inferencias que descansan en indicios, y éstos sólo tienen valor probatorio cuando no pueden dar lugar a ninguna otra conclusión, es decir, cuando resultan unívocos (esta Corte, Tomo 122:901; 136:179). Ello es así porque si

la sumatoria de indicios, que individualmente pueden tener explicaciones compatibles con otras hipótesis fácticas, en su valoración global permite descartar la probabilidad, entonces, la duda que cada uno trae intrínsecamente se transforma en certeza. Empero, tal juicio requiere un extremo rigor empírico en la fundamentación de la decisión (esta Corte, Tomo 112:353; 115:507). _____

_____En tanto el núcleo del recurso radica en el cuestionamiento de la valoración probatoria que fuera la base del fallo recurrido, la mera discrepancia personal del recurrente no habilita el reexamen del cuadro probatorio, ya que corresponde al tribunal de juicio apreciar el valor de convicción de los distintos elementos probatorios recolectados durante dicha etapa y del grado de convencimiento que aquellos puedan producir, de acuerdo a las reglas de la sana crítica y queda, en principio, dicho examen excluido de la revisión casatoria, salvo que se constatare una valoración arbitraria, absurda o ilógica de la prueba cuya compulsa debe ser amplia en esa sede, especialmente respecto de aquellos elementos de prueba disponibles para este Tribunal (esta Corte, Tomo 128: 663; 169:829, entre otros). _____

_____En ese marco, no es cierto que la sentencia otorga un “valor sublime a tan sólo una prueba, las versiones de la denunciante” (fs. 112). Antes bien, el “a quo” funda la condena especialmente en los propios dichos del imputado, fundamentalmente, en el reconocimiento que efectúa en la audiencia de debate sobre su alegada falta de recursos económicos, en los que pretende ampararse para eludir sus responsabilidades paterno-filiales, y en sus dubitativas respuestas en torno a la edad de su hijo y a los estudios que se encuentra cursando. En ese contexto probatorio, el sentenciante afirma que “con sólo escuchar los dichos del imputado constató la trasgresión del art. 1º de la Ley 13944”, pues –a su criterio- dan cuenta del modo en que el imputado está faltando al deber de bregar por la formación integral de sus hijos, emergente y fundante de la patria potestad, que incluye no sólo la dimensión económica de la asistencia debida a los hijos e hijas, sino también la moral y espiritual (fs. 107 vta). _____

_____Así, es dable concluir que no le asiste razón a la defensa técnica respecto de la pretendida parcialidad y arbitrariedad de la sentencia casada, a la que le imputa, a los fines de calificarla de esa forma, equivocadamente, haberse valido exclusivamente de la testimonial de la denunciante. Pues, como bien lo ha ponderado el “a quo”, el cumplimiento de los deberes de asistencia familiar, exigen algo más que la esporádica cobertura de ropa y calzado. Las necesidades de un adolescente de 14 años no pueden de ningún modo reducirse a tales aspectos, máxime si se tiene en cuenta –como lo hace en su dictamen la Asesora General de Incapaces- que además hay otras derivadas ya no de su edad sino de su discapacidad (del informe social que obra a fs. 45 surge que el menor de edad posee una discapacidad en su mano), tales como la rehabilitación u otras que pudiere requerir para poder vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida (arts. 9º y 19 de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad). _____

_____3º) Que es preciso considerar que el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar es un acto voluntario de abandono que implica para los hijos e hijas pérdida, desvalorización, desprotección y carencia afectiva de quien se niega a cumplir con sus responsabilidades paterno/materno filiales, con el agravante que ello conlleva cuando se trata de hijos/as menores de edad, por la situación de mayor vulnerabilidad en que la minoría de edad coloca a las personas de cara a sus reales posibilidades de autovalimiento y autodeterminación. _____

_____El incumplimiento de los deberes de asistencia filial es una forma de violencia familiar, que afecta directamente a niñas, niños

y adolescentes, en tanto lisa y llanamente avasalla sus derechos a una vida psicofísica, emocional y material plena, aun siendo el responsable principal de garantizarlos, en función de los derechos/deberes emergentes de la patria potestad (arts. 18 de la C.D.N., art. 7º de la Ley 26061, y art. 264 del Cód. Civil). Pero al mismo tiempo supone un tipo de violencia de género, pues la inobservancia de la obligación legal perjudica indirectamente a la mujer que además de atender sus obligaciones materno-filiales, cubre la falta que genera aquella omisión parental con los recursos económicos de que dispone para satisfacer sus propias necesidades (art. 5.4.c de la Ley 26485), lo que condiciona su bienestar e integridad económica-patrimonial (art. 6º inc. a de la Ley 26485), y con su tiempo, lo que recarga su función materna (muestra de ellos son los propios dichos y actitudes del imputado, quien en la audiencia de debate, se muestra dubitativo sobre el año escolar del niño, lo que es un indicio de su ausencia en las cuestiones vinculadas a la educación de su hijo; asimismo, admite que sólo está a cargo del niño los fines de semana, otro indicio de que se desentiende de las actividades del niño y de su cuidado cotidiano). La sobrecarga que asume la madre ante la ausencia paterna, se hace patente en la afirmación “al niño no le falta nada”. De allí que la configuración del delito no requiera que el niño o niña pase hambre o necesidades vitales, la exigencia tipificante es la acción de sustraerse efectivamente al deber de prestar los medios indispensables para la subsistencia de un hijo/a menor de edad, pudiendo cumplir, como ocurre en el caso, con tal obligación parental. _____

_____Al respecto la jurisprudencia ha entendido que “El hecho de que las diversas necesidades de los hijos menores se encuentren mínimamente paliadas por la actividad de la madre, no diluye el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar por parte del padre, resultando procedente decretar su procesamiento en orden al delito previsto en el artículo 1° de la Ley 13944” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VII, sentencia del 16/08/2005, DJ 2005-3, 1273, AR/JUR/4842/2005, Adla, X-A, 86). _____

_____4º) Que del conjunto de derechos y deberes emergentes de la responsabilidad parental o patria potestad (arts. 264 y cc. del Cód. Civil), se desprende la obligación paterna/materna de proveer a los hijos e hijas los bienes materiales y espirituales necesarios para cubrir sus necesidades vitales, o, en otras palabras, la obligación de velar por la satisfacción del derecho de los niños, niñas y adolescentes a recibir cuidados, alimentos y educación. _____

_____Las convenciones internacionales a las que nuestro país adhiriera y nuestra legislación interna contemplan los derechos de niñas, niños y adolescentes y obligan a los padres a protegerlos, aunque sólo sea materialmente. Así la Constitución Nacional en su art. 75 incs. 22 y 23; la Convención Internacional de los Derechos del Niño en sus arts. 3º, 4º, 5º, 9º, 12, 13, 18, 27, 31; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. I, II, VI, XI, XII, XIII, XV, XVII, XXX; la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 3º, 10, 16, 25, 26; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus arts. 3º, 10, 11, 12, 13; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: arts. 3º, 5º, 6º, 23; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), arts. 4º, 5º, 8º, 17, 19, 32; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer: arts. 5º, 11, 16 y la Ley 26061 en las disposiciones de los arts. 3º, 7º, 24, 27, 29, 37.___

_____5º) Que la propia manifestación del imputado en el sentido que le provee al menor ropa y calzado implica el reconocimiento de la existencia del delito por cuanto los alimentos debidos comprenden tanto la alimentación propiamente dicha, como la vestimenta, el

esparcimiento, la educación y la atención médica. Al respecto sostuvo Borda que los alimentos deben satisfacerse en dinero, a menos que el alimentado aceptara que lo fuera en especie (Borda, Familia, Tomo II, pág. 372). En igual sentido, Kemelmajer de Carlucci señala que los caracteres propios de la obligación asistencial derivada de la ley, que la distancia de algunos aspectos del resto de las obligaciones patrimoniales, “no la desnaturalizan a tal grado que impida sostener que se trata de una obligación de dar, cuya prestación es traducible en dinero” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Intereses y obligación alimentaria”, Summa de Familia, Tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 2814).

No puede el imputado excusar la responsabilidad que emana de la patria potestad invocando falta de trabajo o de ingresos suficientes, pues al padre le corresponde arbitrar los medios para la satisfacción de los deberes producidos por el nacimiento del hijo por lo que se encuentra constreñido a trabajar de modo de procurarse los medios necesarios, más aún en el supuesto en examen en el que se reconoce que el niño padece una discapacidad motora de uno de los miembros superiores al no tener desarrollada normalmente la mano (informe social de fs. 45 y vta.) y que requiere tratamiento físico y psicológico para sobrellevar la incapacidad. La mera manifestación del niño, en defensa de su padre, respecto a que tiene lo que necesita, no alcanza para desvirtuar el incumplimiento del imputado.

Tampoco la insuficiencia de medios del obligado resulta eximente para los alimentos que debe el padre a su hijo pues le corresponde arbitrar lo necesario para satisfacer los deberes que la paternidad le impone y su obligación no se ciñe a lo estrictamente necesario sino que comprende también los gastos de educación (cfr. Dutto, “Juicio por Incumplimiento Alimentario”, pág. 33).

También es necesario tener presente que el imputado no es indigente sino que es productor tabacalero, según dan cuenta los informes de fs. 71 a 74 y, no obstante que afirma tener problemas económicos, en la audiencia de debate alegó que era su intención ofrecer mercadería dado que quería solucionar la situación (fs. 105 vta.), reconociendo así que de algún modo puede obtener recursos suficientes como para cumplir con sus deberes asistenciales, aunque no lo hace, y con ello admite el incumplimiento de los deberes a su cargo que conlleva a la sanción penal por la cual ha sido condenado en este juicio.

6º) Que por otra parte, el juez “a quo” ha dado razones en su fallo teniendo presente las reglas de la sana crítica y la experiencia común, y el mismo no se presenta “prima facie” infundado o arbitrario, habiéndose efectuado un análisis de las probanzas rendidas en la causa.

Por otro lado la reparación del daño que le fuera impuesta al imputado en el apartado II de la sentencia es una potestad facultativa del juez, de acuerdo a lo previsto en el art. 29 del Código Penal que, en este caso, además de ser indemnizatoria, equivale al valor de una cuota alimentaria, de modo que no puede considerarse excesiva porque permitirá paliar las necesidades y los derechos del menor de edad, atendiendo el supremo interés de éste (art. 3º de la C.D.N. y de la Ley 26061).

En ese sentido cabe tener presente dentro de la figura típica bajo análisis la posición de garante que rige en este delito de pura omisión.

Al respecto Edgardo Alberto Donna, señala: “Armin Kauffman afirma que la singularidad dogmática de los mandatos de garante reside en la posición especial del sujeto del mandato, de la que fluye la relación de garantía entre el bien jurídico y el obligado; los mandatos de garante son normas especiales; los delitos de omisión impropia,

delitos especiales. Pero exigencias especiales dirigidas al sujeto del mandato se encuentran también en el ámbito de los delitos de omisión propia. Por ello, la calificación de delito de omisión impropia requiere, además del carácter de delito especial una relación singularmente estrecha del especial sujeto del mandato con el bien jurídico garantizado, una posición de obligado que, por contenido de injusto y de culpabilidad, justifica la equiparación de omitir impedir el resultado con ejecutarlo. Cuando se da tal posición de garante que sustenta la equiparación en cuanto al merecimiento de pena constituye una cuestión valorativa, un problema axiológico y no dogmático con lo cual se pone de relieve, asimismo, que la esencia especial del delito de omisión impropia no reside en su estructura dogmática, sino en sus referencias axiológicas. Por ende, objeto de los mandatos de evitar resultados, relevantes para los delitos de omisión impropia, es por lo general el impedir lesiones de bienes jurídicos. La posición de garante consiste, pues, en una posición de protección con respecto a un bien jurídico. La tarea de defensa del garante puede orientarse en dos direcciones: por una parte, el sujeto del mandato puede tener que estar vigilante para proteger determinados bienes jurídicos contra todos los ataques, vengan de donde vengan: aquí la función de protección consiste en la defensa en todos los flancos del concreto bien jurídico contra peligros de todo género. Esta imposición de tareas prevalece en aquellas posiciones de garante que están reconocidas directamente en un precepto jurídico, así como aquellas basadas en la asunción fáctica de deberes contractuales. Por otra parte –afirma Kauffman-, la posición de garante puede consistir en la supervisión de determinadas fuentes de peligros, no importando qué bienes jurídicos amenacen peligros desde esta fuente. La misión de protección del garante tiene por contenido el poner coto a la concreta fuente de peligro; sólo secundariamente, como efecto reflejo, se deriva la garantía de aquellos bienes jurídicos amenazados por esta fuente de peligros. Desde la percepción del bien jurídico concreto, la función protectora del garante se reduce a una sola dirección de ataque: a aquella que amenaza el bien jurídico desde la fuente que hay que controlar. De esta manera se plantea la misión de protección casi siempre en los supuestos de injerencia para los peligros que surgen en el ámbito social de dominio de una persona, así como en las posiciones de garante derivadas de relaciones de confianza especiales" ("Derecho penal. Parte general", Ed. Rubinzal Culzoni, 2010, Tomo IV, págs. 263/264).

Es decir entonces que el acusado tuvo y tiene la posición de garante en relación con su hijo menor en lo que respecta a su asistencia, traducida en alimentos, vestimenta, salud, educación, recreación, a los fines de evitar lesionar bienes jurídicos que como es el caso que nos ocupa recae sobre la integridad física y psíquica del menor.

Entonces cabe sostener que la suma de $ 800 (pesos ochocientos) impuesta por el tribunal sentenciante en concepto de reparación de perjuicios de manera mensual, es consecuencia de la posición de garante propia del Sr. B. asumida desde el nacimiento de su hijo hasta el cumplimiento de la mayoría de edad, razón por la que aquel monto deviene en una indemnización por los daños materiales y morales ocasionados, en atención a que como se expresó, la conducta del imputado siempre fue omisa (v. también la declaración de la Sra. S. de fs. 105 vta. y 106), razón por la que el pago de aquel valor desde la sentencia condenatoria del tribunal "a quo" hasta que el menor cumpla la mayoría de edad resulta correcta y acorde a la devaluación monetaria e inflación vigente, sumado a que de las constancias de autos surge que el imputado es productor tabacalero (v. fs. 72/74).

De acuerdo a lo expuesto Andrés D´Alessio sostiene: "Como vimos, sólo en la medida en que el estado anterior al delito no pueda lograrse

mediante la reposición –de aceptación obligatoria para el damnificado- procede la indemnización por el daño material. La indemnización es siempre pecuniaria y debe fijarse en una suma global, entregada en plena disposición al damnificado, aunque excepcionalmente puede hacerse por medio de una renta.” Caso ocurrido en autos. Agrega que: “Esta debe corresponder a una reparación plena.... Esto es así ya que la obligación de reparar el daño, de conformidad con el art. 1069 del Código Civil, comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido sobre el patrimonio (daño emergente), sino también las ganancias de que fue privado el ofendido (lucro cesante), es decir, las pérdidas e intereses” (“Código penal, comentado y anotado. Parte General”, Ed. La Ley, 2005, pág. 186).___ _____

_____En lo que respecta al daño moral dice: “Todo delito de lo que el código civil llama del derecho criminal, sea doloso o culposo, puede dar lugar a la indemnización del agravio moral. La jurisprudencia tiene dicho que esta indemnización debe estimarse teniendo en cuenta la naturaleza subjetiva de las molestias producidas en la seguridad personal o en el goce de los bienes y en la lesión a las afecciones legítimas del ofendido. El monto, de todos modos, depende en buena medida de la apreciación judicial” (ob. cit., pág. 187). _____

_____La suma de $ 800 impuesta al Sr. A.M.B. resulta pertinente para reparar el daño sufrido por el menor durante el transcurso de su vida toda vez que la atención alimentaria corresponde a ambos padres, situación que no ha sido cumplida por el imputado al mantener una conducta indiferente hacia las necesidades básicas que requiere la subsistencia de una persona menor de edad, traducida en alimentos, vestuario, educación, salud, recreación. _____

_____Desde el punto de vista moral el perjuicio se traduce en la afección sufrida por el menor durante doce años de su vida al haber sobrellevado una situación traumática que ha desarrollado a causa de la apatía del Sr. B., generando con ello que la responsabilidad que implica la crianza de un hijo recaiga en cabeza de la progenitora del menor y de su abuela, situación que provoca además sentimientos negativos que afectan el pleno desarrollo en armonía del menor.___

_____En ese sentido es que el pago de la suma $ 800 debe ser abonada de manera mensual hasta que el menor cumpla la mayoría de edad.___

_____7º) Que en lo referente al monto de la pena cabe resaltar que se encuentra dentro de los parámetros legales impuestos por el art. 1º de la Ley 13944 y que la determinación de su escala se halla debidamente fundada en la conducta renuente y desinteresada del imputado respecto de su hijo menor, en su educación, en la ausencia de antecedentes condenatorios, razón por la que el agravio pertinente a este punto corresponde sea rechazado, sin perjuicio de resaltar además que la pena impuesta resulta cercana al mínimo de la escala penal de la figura típica bajo tratamiento. _____

_____8º) Que por todo lo expuesto corresponde hacer lugar de manera parcial al recurso de casación interpuesto a fs. 111/115, en consecuencia modificar el punto II) de la sentencia recurrida y ordenar que el Sr. A.M.B. abone la suma de $ 800 del 1 al 10 de cada mes en concepto de reparación de daños hasta que el menor damnificado cumpla la mayoría de edad, sin perjuicio que la víctima pueda recurrir a la vía civil para fijar la cuota alimentaria correspondiente al deber de asistencia que le cabe al imputado respecto a su hijo menor._____

_____El Dr. **Ernesto R. Samsón**, dijo:_____

_____Comparto la solución jurídica propuesta en el voto que antecede y también sus fundamentos, salvo lo expresado en el penúltimo párrafo del considerando sexto; ello, en mérito a las circunstancias que surgen del informe socio-ambiental de fs. 45 y vta. (con copia a fs. 70 y vta.) incorporando a la audiencia de debate de fs. 106 vta. _____

_____Por lo que resulta de la votación que antecede, _____

_____**LA CORTE DE JUSTICIA**, _____
_____**RESUELVE**: _____
_____I. **HACER LUGAR** parcialmente al recurso de casación interpuesto a fs. 111/115 y, en su mérito, **modificar** el punto II de la sentencia de fs. 107/108 y **ordenar** que el Sr. A.M.B. abone la suma de $ 800 (pesos ochocientos) del 1 al 10 de cada mes en concepto de reparación de daños hasta que el menor damnificado cumpla la mayoría de edad, sin perjuicio que la víctima pueda recurrir a la vía civil para fijar la cuota alimentaria correspondiente, conforme lo dispuesto en el considerando 8º.___
_____II. MANDAR que se registre, notifique y, oportunamente, bajen los autos._____

(Fdo.: Dres. Guillermo A. Posadas -Presidente-, Guillermo A. Catalano, Abel Cornejo, Sergio Fabián Vittar, Guillermo Félix Díaz, Susana Graciela Kauffman de Martinelli y Ernesto R. Samsón -Jueces de Corte-. Ante mí: Dr. Gerardo J. H. Sosa –Secretario de Corte de Actuación-).