

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 26062/12 STJ

SENTENCIA Nº: 209

PROCESADO: M. F.M.

DELITO: INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 10/12/12

FIRMANTES: MANSILLA BAROTTO SODERO NIEVAS (NO FIRMA POR COMISIÓN DE SERVICIOS)

///MA, de diciembre de 2012.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Enrique J. Mansilla, Sergio M. Barotto y Víctor Hugo Sodero Nievas, con la presidencia del tercero y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “M., F.M. s/Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar s/Casación” (Expte.Nº 26062/12 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 439 del Código Procesal Penal, con el planteo de la siguiente:- - -

CUESTIÓN

----- ¿Es procedente el recurso deducido?- - - - -

VOTACIÓN

El señor Juez doctor Enrique J. Mansilla dijo:- - - - -

-----1.- Mediante Sentencia Nº 16, del 29 de mayo de 2012, la Cámara Primera en lo Criminal de Cipolletti -como tribunal unipersonal, con competencia correccional-resolvió condenar a F.M.M. a la pena de un mes de prisión en suspenso y al pago de costas, por considerarlo autor responsable del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. 1 Ley 13944); asimismo, le impuso reglas de conducta por el plazo de dos años.- - -

-----2.- Contra lo decidido, la defensa dedujo recurso de casación, que fue denegado por

el Tribunal de origen, lo que motivó su queja ante este Superior Tribunal de Justicia, que le hizo lugar mediante el Auto Interlocutorio N° 39/12 STJRNSP.- - - - -

---2.--- En razón de ello, se dispuso que la causa principal quedara por diez días en la Oficina para su examen por parte del Ministerio Público de la Defensa, y a fs. 202/211 se agrega el escrito de la señora Defensora General.- - - - -

----- Realizada la audiencia prevista en los arts. 435 y 438 del Código Procesal Penal, se procedió a la agregación de las breves notas escritas de la señora Fiscal General subrogante, donde contesta el recurso de casación, y los autos quedaron en condiciones para su tratamiento definitivo.- - - - -

-----3.- El casacionista se agravia pues no advierte una acusación válida y porque el hecho de la acusación no se encuentra acreditado. En punto a ello, sostiene que -por el contrario- en el juicio se estableció que el imputado muchas veces no tiene dinero para comer y, por ende, “menos va a tener para ayudar a sus hijos a quien por otro lado les dejó todos sus bienes (el vehículo que compró cuando lo indemnizaron)”.- - - - -

----- Argumenta que en su alegato la Fiscalía alegó que “hoy en día (año 2012) el Sr. M. no pasa alimentos cuando en realidad el hecho que se juzga es el período Diciembre de 2009 a Mayo de 2010”, esto es, que el hecho juzgado es siempre un hecho del pasado.- - - - -

----- A lo anterior suma que la sentencia ha tenido por acreditado que en el lapso de tiempo mencionado su pupilo se sustrajo a prestar medios indispensables para la subsistencia de sus hijos, aun cuando consideró probado que desde antes de su separación la señora R. se quedó con la totalidad del dinero de la indemnización del imputado

---3.- y con el vehículo que le daba una renta como remise, por lo que ella y sus niños pudieron subsistir.- - - - -

----- De lo anterior concluye que no hay sustracción a prestar alimentos e insiste en que no se demostró que le era posible a su pupilo “pasar dinero”. Cita doctrina legal en apoyo de su postura.- - - - -

-----4.- A su turno, la señora Defensora General considera que la resolución cuestionada debe ser dejada sin efecto de acuerdo con los fundamentos expuestos por el recurrente, a los cuales remite por compartirlos.- - - - -

----- Luego de hacer una reseña de los agravios, señala que la sentencia sustenta su

condena por el incumplimiento en períodos de tiempo que no le fueron intimados en la indagatoria ni imputados en el requerimiento de elevación a juicio. Advierte que la prueba evaluada hace referencia a un lapso que no se encuentra incluido en el requerimiento fiscal.- - - - -

----- Además de ello, opina que el fallo es arbitrario puesto que se aparta de las constancias de la causa, que son demostrativas de que el imputado no se encontraba en condiciones económicas de solventar la manutención de sus hijos menores de edad. Agrega que para la configuración del delito no basta con la simple omisión del deber alimentario, sino que debe existir la posibilidad económica de hacerlo. Esto es, prosigue, es responsable quien puede y no quiere cumplir con dicha obligación, y no quien quiere pero no puede.- - - - -

----- La titular del Ministerio Público de la Defensa estima que se ha acreditado que durante el período de tiempo

///4.- individualizado en los hechos F.M.M. carecía de capacidad para suministrarles alimentos a sus hijos y que entregó el único bien que componía su patrimonio -un auto- a la señora R.. También remite a los informes sociales, que dan cuenta de una realidad económico-financiera pobre de M., quien no cuenta con recursos para solventarse su propio alimento, de modo que no pudo -ni puede actualmente- satisfacer las necesidades de sus hijos, pues se encuentra desempleado.- - - - -

----- A lo dicho agrega que la sentencia no debió pasar por alto la realidad física del imputado, por cuanto refleja una incapacidad de hecho. Finalmente, sostiene el recurso en los términos del art. 21 inc. d) de la Ley K 4199.- - - - -

-----5.- Por su parte, en su escrito de fs. 218/233, la señora Fiscal General subrogante doctora Adriana Zaratiegui reseña los agravios de la defensa y, por razones metodológicas, trata inicialmente el planteo según el cual M. se encontraba imposibilitado de cumplir con sus obligaciones alimentarias y que la sentencia no resolvió el punto de acuerdo con la doctrina legal de este Cuerpo.- - -

----- Así, analiza los motivos del fallo y la doctrina sentada por este Cuerpo en las Sentencias 71/10 y 147/07 STJRNSP, y afirma que no debe invertirse la carga de la prueba respecto de la falta de posibilidad real y efectiva de cumplir con el mandato legal, de modo que, ante las alegaciones del imputado, debió acreditarse la mendacidad de sus dichos o la insuficiencia de las excusas esgrimidas. En consecuencia, observa que en autos no se ha probado que durante el período denunciado el causante haya percibido

///5.- ingreso alguno.- - - - -

----- Destaca especialmente que la acusación ha marcado las actividades que el imputado podría realizar y no hace, criterio luego recogido por la Juez correccional para fundar la condena, lo que contrapone con la postura del Superior Tribunal en cuanto a que "... es inexistente el delito si la imposibilidad económica de satisfacer la obligación obedece a negligencia o desocupación (holgazanería, vida disipada, vicios), conforme lo sostiene Ure en El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (pág. 62)" (cf. Se. 78/07 STJRNSP), como asimismo en el sentido de que "... dicha capacidad es un elemento del tipo objetivo y que por tanto su acreditación se encuentra a cargo de quien acusa" (Se. 147/07 STJRNSP).-

----- A juicio de la representante del Ministerio Público Fiscal, la resolución del a quo es a todas luces incompatible con la doctrina legal obligatoria del Superior Tribunal, por lo que cabe dejarla sin efecto, lo que a su vez hace innecesario tratar el resto de los agravios.-----

-----5.- La acusación:-----

----- La requisitoria de elevación a juicio reprocha al imputado que "en fecha que no puede determinarse con exactitud pero, estimativamente, desde mediados del mes de diciembre de 2009 y hasta el mes de mayo de 2010... se substraе a prestar los medios indispensables para la subsistencia de sus cuatro hijos menores F. de 16 años, A. de 14 años, M. de 13 años y N. de 8 años, todos de apellido M., quiénes nacieron producto de la relación de pareja con la denunciante N.S.R."-----

///6.-- En el debate, el acta respectiva dice que se le informaron al imputado los hechos atribuidos y, en su alegato final, la señora Agente Fiscal ratificó el requerimiento de elevación juicio y dijo que había quedado acreditada la imputación. En el punto que interesa, agregó: "El deber alimentario no se limita únicamente a los requerimientos del alimentado sino a las posibilidades del alimentante. No lo hace ahora y no lo hizo en aquél período".-----

----- Por lo tanto, contrariamente a lo sostenido por la defensa, la acusación que permite la jurisdicción del Tribunal para el dictado de una sentencia condenatoria incluye el período formulado en la requisitoria.-----

-----7.- Capacidad económica de sujeto activo. Doctrina legal que rige el caso:-----

----- En la Sentencia 71/10 STJRNSP, el Superior Tribunal estableció que, en cuanto a "... la argumentación de la parte querellante respecto de que la ausencia de capacidad económica debe ser acreditada por quien la alegue, apunto que la doctrina de este

Cuerpo es contraria a dicha postura, tal como resulta del precedente mencionado supra, en el sentido de que '\... en el fallo 147/07 STJRNSP, que el recurrente cita en apoyo de su postura... se dijo: «[...] los ingresos del imputado son poco mayores que la mitad del haber previsional de su padre, que ya se encuentra por debajo de la línea de pobreza.- -

----- “\«Entonces, hasta aquí se encuentra alegada la incapacidad de hecho y no hay prueba que se oponga a ello; empero, el juzgador entiende que se trata de una ///7.- justificación que debe ser acreditada por quien la invoca y que no basta su mera aserción, postura esta que define la condena.- - - - -

----- “\«[...] desde la teoría para la imputación en los delitos omisivos -como es el caso sub examine- se había señalado que la comprobación de la tipicidad objetiva de los delitos propios de omisión necesitaba establecer tres elementos, entre ellos, el poder de hecho de ejecutar la acción mandada. Es el tercer elemento del tipo objetivo, que Bacigalupo, en la obra citada [Derecho Penal. Parte General], menciona como un elemento individual.- - - - -

----- “\«De tal manera, la capacidad para realizar la acción mandada debe ser analizada en el tipo objetivo del delito propio de omisión -art. 1º Ley 13944-. Como cualquier otro requisito del tipo objetivo, la carga de la acreditación de la capacidad técnica para la realización de la acción se encuentra a cargo de la acusación y su carencia determina que la omisión es atípica (Bacigalupo, Lineamientos de la teoría del delito, pág. 204).- -

----- “\«La posibilidad física, técnica o económica de realizar la acción ordenada -que se omite- es `... una exigencia que el derecho no puede desconocer: no es posible que ordene lo físicamente imposible. De antiguo se conocía esta limitación: Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi potest; ultra posse nemo obligatur’ (Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Tº III, pág. 455 y la cita 37, Digesto, V. Engisch, Auf der Suche, 239).- - - -

----- “\«En lo que respecta al delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, a este elemento del tipo

///8.- «se lo ha asimilado siempre a la posibilidad económica que debe existir en el sujeto activo. Se ha dicho reiteradamente, en efecto, que si el imputado no está en condiciones económicas que le permitan satisfacer los deberes de asistencia respecto de sus hijos menores, no se configura el tipo. Se ha llegado a decir de este elemento que ``funciona, cuando falta, como una excepción a favor del encartado´´. A nuestro

entender, esta última terminología es inaceptable. Porque si con ella se quiere afirmar que la posibilidad económica se presume... nosotros... no estamos de acuerdo, ya que siendo la posibilidad económica un ingrediente del tipo, la prueba de su existencia debe estar a cargo de la parte acusadora. De lo contrario, no sólo se desnaturaliza la propia estructura del tipo omisivo, sino también, y lo que es más grave, se convierte en letra muerta al principio de inocencia...´ (Caimini/Desimone, Los delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia fraudulenta, págs. 104/105)»\”.- - - -

- - - - -

-----8.- Fundamentos del Tribunal de grado:- - - - -

----- En punto a dicha capacidad económica el juzgador ha entendido que lo que “se discute en este proceso es la conducta omisiva desplegada por el Sr. M., quien probado está que padece una incapacidad física y además no tiene ingresos fijos, pero ello no obsta a que colabore en la medida de sus posibilidades con la alimentación en el sentido amplio de la palabra de sus hijos menores. Claramente lo señaló la Sra. Agente Fiscal en cuanto afirmó que M. se desentendió de sus hijos... La Defensa no ha podido demostrar lo contrario y demás está decir que fue el

///9.- propio incluso quien reconoció que, a pesar de su incapacidad puede hacer tareas o trabajos de distinta índole, lo que no parece es muy dispuesto a compartir lo que consigue producto de dicho esfuerzo, ni tampoco demostró mayor predisposición para conseguir trabajos”.- - - - -

----- Agregó que del informe de fs. 39 surge que “a la época del suceso tenía trabajo, según sus dichos changas relacionadas con sus habilidades para reparaciones eléctricas, de plomería, etc.. En función de ello... M. no tuvo en el período aludido ninguna actitud demostrativa de su interés por colaborar y cumplir así con su obligación alimentaria... Dispuso el imputado, durante el período de reproche punitivo, de medios económicos como para colaborar en alguna medida y frecuencia con la manutención de sus hijos y no lo hizo”.- - - - -

-----9.- El informe social del imputado (fs. 39):- - - - -

----- En el informe social mencionado por la señora Juez como demostrativo de la capacidad económica del imputado se lee: “El Sr. M.M.desde que se separó de la Sra. N.R., se mudó a vivir en la casa de su hermana, realiza changas laborales y por sus escasos ingresos no puede colaborar en los gastos de la familia T.-M. La vivienda es propiedad de la Sra. M., y el ocupa una habitación que está anexa a la casa principal, compartiendo varias horas del día el hogar de sus familiares, incluidos los horarios de

almuerzo y cena”.- - - - -

----- En punto a ello, destaco que dicha prueba no proporciona razón suficiente a la conclusión de la sentenciante, pues no es demostrativa de ninguna capacidad

///10.- económica que exceda lo mínimo e indispensable para el imputado. Por el contrario, menciona que “no puede colaborar en los gastos” del lugar donde está viviendo, pese a que comparte la comida con ellos, de lo que es dable colegir que tampoco podría con los del hogar de la señora N.R.- - - - -

----- A lo dicho sumo que incluso el imputado no ratificó el pedido de suspensión de juicio a prueba solicitado a su favor por la defensa, pues “no cuenta con trabajo en este momento”, y en su declaración indagatoria en el debate sostuvo que se encuentra desocupado, que no ha pasado dinero porque no tiene trabajo, que cuando sale alguna changa la hace, que tiene discapacidad para ingresar a una empresa y por eso no puede trabajar. Agregó que su única fuente para trabajar de remisero era un auto que compró con la indemnización que cobró y que este se lo entregó a su mujer; que no tiene plan social ni subsidio, que su hermana hace comida para vender y él la ayuda, y que come en la casa de su hermana cuando no tiene para comer en su casa.- - - - -

----- Tal hipótesis de descargo -donde se alega una incapacidad económica que vuelve atípico lo sucedido- no fue contradicha con ninguna prueba de cargo, y además cuenta con el aval del informe arriba reseñado.- - - - -

----- En todo lo demás, me remito a la postura sostenida por la señora Fiscal General subrogante en sus breves notas escritas.- - - - -

-----10.- Por lo tanto, la sentencia es arbitraria por falta de fundamentación, por lo que propicio al Acuerdo hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa,

///11.- revocar los puntos I y II de la parte resolutive de la sentencia cuestionada y absolver de culpa y cargo a F.M.M. de los hechos reprochados, sin costas. MI VOTO.- -

- - - - - Los señores Jueces doctores Sergio M. Barotto y Víctor Hugo Soderó Nievas dijeron:- - - - -

----- Adherimos al criterio sustentado y a la solución propuesta por el vocal preopinante y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.- - - - -

----- Por ello, y dejando debida constancia de que, no obstante haber participado del Acuerdo y haber emitido opinión en el sentido expuesto precedentemente, el doctor Víctor Hugo Soderó Nievas no firma la presente por encontrarse en comisión de servicios,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

RESUELVE:

Primero: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a

----- fs. 177/181 vta. por el señor Defensor Oficial doctor Juan Pablo Piombo.- - - - -

- - - - - Segundo: Revocar los puntos I y II de la parte resolutive de

----- la Sentencia N° 16/12 de la Cámara Primera en lo Criminal de Cipolletti Sala unipersonal con competencia correccional-, y absolver de culpa y cargo a F.M.M. de los hechos reprochados, sin costas.- - - - - Tercero: Registrar, notificar y oportunamente devolver los

----- autos.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 13

SENTENCIA: 209

FOLIOS: 2602/2612

SECRETARÍA: 2