

## **“M. A. W. O. S/ INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR”**

**4 de mayo de 2007**

NEUQUÉN

### **Texto del fallo**

ACUERDO N° 17/2007: En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los cuatro días del mes de mayo del año dos mil siete, se reúne en Acuerdo el Tribunal Superior de Justicia con la Presidencia de su Titular, Dr. EDUARDO J. BADANO, integrado por los señores Vocales, Dres. JORGE O. SOMMARIVA, ROBERTO O. FERNÁNDEZ, EDUARDO FELIPE CIA y RICARDO TOMÁS KOHON, con la intervención del Titular de la Secretaría Penal Dr. JOSÉ DANIEL CESANO, para dictar sentencia en los autos caratulados “M. A., W. O. s/Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar” (expte.n°93-año 2006) del Registro de la mencionada Secretaría, se procedió a practicar la pertinente desinsaculación, resultando que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Jorge O. Sommariva; Dr. Eduardo Felipe Cia; Dr. Roberto O. Fernández; Dr. Ricardo Tomás Kohon y Dr. Eduardo J. Badano. ANTECEDENTES: Por sentencia n°27/2006 (fs.360/364) el magistrado que actuó por subrogación legal ante el Juzgado Correccional n° 2 de esta ciudad, Dr. Marcelo G. Muñoz, resolvió -en lo aquí relevante- condenar a W. O. M. A. a la pena de nueve meses de prisión de efectivo cumplimiento y al pago de las costas del proceso por considerarlo autor penalmente responsable del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. 1° ley 13.944), por hechos ocurridos desde el mes de octubre de 1999 hasta el 27 de noviembre de 2003 en perjuicio del menor W. S. M. R.. Contra dicha sentencia el Dr. ..., defensor de confianza del encartado, interpuso recurso de casación (fs. 366/370); el que fue declarado parcialmente admisible por resolución interlocutoria N° 147/2006 (fs. 397/401 vta.). Por aplicación de la ley 2153, de reformas del Código Procesal (Ley 1677) y lo dispuesto en el artículo 423, 1° párrafo, ante el requerimiento formulado las partes no hicieron uso de la facultad allí acordada, por lo que a fs. 409 se produce el llamado de autos para sentencia. Cumplido el proceso deliberativo que prevé el artículo 427 del Código de rito, el Tribunal se plantea las siguientes CUESTIONES: 1°) ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?; 2°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 3°) Costas. VOTACIÓN: A la primera cuestión planteada el Dr. JORGE O. SOMMARIVA, dijo: I.- En contra de la sentencia n°27/2006 (fs.360/364), dictada por el magistrado que actuó por subrogación legal ante el Juzgado Correccional n° 2 de esta ciudad, Dr. Marcelo G. Muñoz, el letrado defensor del imputado M. A., Dr. ..., dedujo recurso de casación. Concretamente – y en orden al único agravio admitido – el impugnante reclama la nulidad del capítulo del fallo vinculado con la pena impuesta por el a-quo. Desde esta perspectiva, el recurrente cuestiona el rigor punitivo de la sentencia pues no obstante afirmar que el imputado carece de antecedentes penales, se termina imponiendo una sanción de efectivo cumplimiento y que, aunque se estipule ello en “la deplorable impresión personal” que le causó su defendido en la audiencia de debate o en la alegada “indolencia”, por demás inexistente, no constituiría ello un fundamento objetivo de la sanción pues no podría basarse en “pareceres” u “opiniones”. Por lo demás – agrega - la pena carcelaria agravaría la situación del menor ya que si el alimentante debe cumplir con la condena en prisión efectiva, no podría satisfacer tales obligaciones

asistenciales. II.- Que luego de efectuado un análisis de la sentencia y del recurso, soy de opinión – y así lo propongo al Acuerdo – que la casación deducida debe ser declarada procedente. Doy mis razones: 1º) Que al fundar la pena, el a-quo expresó: “Teniendo en cuenta las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del C.P., como atenuante valoro su falta de antecedentes penales; y como agravantes, su grado de cultura que le permitía una clara capacidad de reconocer la antijuridicidad del hecho, la edad del menor desde que empezó a incumplir sus aportes, esto es al mes de nacer; su total desapego por el desarrollo del niño, al que pese a sus declamaciones en su descargo en el sentido que intentó verlo, poco le importó e hizo para lograrlo; la extensión del daño causado, esto es el nulo aporte económico por el término de cuatro años, la deplorable impresión personal que me causó en la audiencia en razón de la indolencia demostrada ante los hechos que se estaban juzgando, como así su reiterada contumacia demostrada a lo largo del proceso, es que estimo justo y equitativo imponer a W. O. M. A. la pena de nueve meses de prisión de efectivo cumplimiento” (fs. 363). 2º) Han expresado Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, en opinión que comparto, que: no obstante afirmarse “que el cumplimiento de los requisitos formales [para la concesión de la condena de ejecución condicional] no hace surgir ningún derecho a la condicionalidad”; ello no implica “que ese derecho no exista cuando se reúnan también los requisitos materiales. Es claro que cumplimentados los extremos formales y materiales requeridos por la ley, hay un derecho del procesado a la condicionalidad, puesto que lo contrario implicaría confundir la función valoradora del juez con una potestad arbitraria” (Derecho penal. Parte general, Ed. Ediar, Bs. As., 2005, p. 967). Al ser esto así, lógicamente, constituye un deber de la judicatura explicitar las razones por las cuáles, pese a darse los extremos formales para la procedencia del beneficio (es decir: primera condena a pena de prisión que no supere los tres años), el mismo se deniega por supuestos defectos en orden a las exigencias materiales. En tal sentido, desde una perspectiva constitucional, “las condiciones materiales que prevé el artículo deberían ser entendidas como pautas facilitadoras de la procedencia de la pena de ejecución condicional, y sólo cuando fueran desvirtuadas por el juez, de manera fundada y bajo sanción de nulidad, sería posible el dictado de una pena de efectivo cumplimiento” (Cfr. Andrés José D’Alessio [Director]- Mauro A. Divito, [Coordinador], Código penal. Comentado y anotado. Parte general, Ed. La Ley, 2005, p. 165. El énfasis me corresponde). En sintonía con lo dicho, nuestro máximo Tribunal Federal, en precedente dictado con posterioridad al decisorio que se impugna – y que justifica también el cambio de posicionamiento de este Cuerpo - ha expresado que: “(...) si bien los jueces de la mayoría del fallo de casación argumentaron que sólo la aplicación de la condenación condicional debía ser fundada por ser la excepción a la pena de encierro (art. 26 del Código penal), no es menos cierto que la opción inversa, en casos donde aquella hipótesis podría ser aplicada, también debe serlo, puesto que de otro modo estaría privando a quien la sufre la posibilidad de conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarle un trato más favorable. En tales circunstancias, los condenados se verían impedidos de ejercer una adecuada defensa en juicio ante la imposibilidad de refutar decisiones basadas en criterios discrecionales de los magistrados que la disponen. Que, justamente, el instituto de la condenación condicional previsto en el art. 26 del Código Penal tiene por finalidad evitar la imposición de condenas de efectivo cumplimiento en casos de delincuentes primarios u ocasionales imputados de la comisión de conductas ilícitas que permitan la aplicación de penas de hasta tres años de prisión. Tal aserto encuentra explicación en la demostrada imposibilidad de alcanzar en tan breve lapso de prisión el fin preventivo especial positivo que informa el art. 18 de la Constitución Nacional” (Cfr. C.S.J.N., in re “Squilario, Adrián – Vázquez, Ernesto Marcelo

s/defraudación especial en grado de partícipe primario – Smoldi, Néstor Leandro s/defraudación especial en grado de partícipe secundario”, S.579.XXXIX, fallada el 8/8/2006). 3º) Que sobre esta base interpretativa, considero que, el acápite del fallo que he transcrito supra, no satisface las exigencias de fundamentación adecuada; lo que torna, este aspecto del decisorio, inválido. En efecto, la genérica referencia a una “deplorable impresión personal”, no constituye fundamento alguno para que la imposición de la pena sea de efectivo cumplimiento. En todo caso, se trata una apreciación meramente subjetiva y que, no parece vincularse con ninguno de los estándares que menta el artículo 26 del Código penal. Por otra parte, la alegada contumacia, si bien podría subsumirse en la expresión legal de actitud posterior al delito, en sí mismo considerada no puede conformar el único factor que decida la efectividad en el cumplimiento de la sanción privativa de libertad. Ello, sobre todo, si se tiene en cuenta que, en virtud del artículo 27 bis del Código penal, esta actitud renuente puede ser perfectamente conjurada con la aplicación de algunas de las reglas de conducta que allí se prevén (por ejemplo: inciso 1º, art. 27 bis). Por fin, no puedo dejar de señalar – como otro argumento a favor de la tesis que vengo sosteniendo – que, cuando el artículo 26 faculta al tribunal a requerir informes, tal referencia procesal no deja de evidenciar que, el legislador ha pretendido basar la denegatoria del instituto sobre datos objetivos y, por lo tanto, verificables, lo que “no sólo garantiza el ejercicio del derecho de defensa en juicio, sino que también evita que el pronunciamiento pueda basarse en pronósticos o conclusiones puramente subjetivas, que resultarían inadmisibles constitucionalmente” (Cfr. Andrés José D’Alessio [Director] - Mauro A. Divito, [Coordinador], Código penal (...), op. cit., p. 165). Por los argumentos expuestos considero haber demostrado la razón por la cual, la casación deducida, debe ser declarada procedente. Tal es mi voto. El Dr. EDUARDO FELIPE CIA, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto. El Dr. ROBERTO O. FERNÁNDEZ, dijo: Que no obstante haber sostenido en pronunciamientos jurisprudenciales anteriores un criterio diverso al aquí postulado por el magistrado ponente, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación mentado por mi colega, me convence de la corrección de tal argumento. Por ello, habré de sufragar a favor de la procedencia de la casación deducida. Mi voto. El Dr. RICARDO TOMÁS KOHON, dijo: Por compartir las conclusiones dadas por el señor Vocal que sufragara en primer término, adhiero a la solución que propicia. Así voto. El Dr. EDUARDO J. BADANO, dijo: Que adhiero a los fundamentos precedentemente expuestos, por el señor Vocal que votara en primer término, por lo que emito mi voto en igual sentido. Así voto. A la segunda cuestión, el Dr. JORGE O. SOMMARIVA, dijo: Atento al modo en que resolviera la cuestión precedente, propongo al Acuerdo: se haga lugar al recurso de casación, únicamente en lo que concierne al agravio relativo a la falta de fundamentación (art. 415, inciso 2º y 369, inciso 3º, del C.P.P. y C.) del modo de ejecución de la pena; nulificándose, de esta manera, sólo el capítulo del fallo que se refiere a este aspecto, declarándose la plena validez de los restantes acápites del decisorio en crisis. Por consiguiente, deberá reenviarse (art. 429, C.P.P. y C.) los actuados al juzgado de origen para que, a través del subrogante que corresponda, previa audiencia destinada a discutir únicamente lo atinente a la modalidad de la pena a ejecutar, dicte nuevo pronunciamiento circunscrito a ese punto. Tal es mi voto. El Dr. EDUARDO FELIPE CIA, dijo: Comparto la conclusión sustentada por el Vocal preopinante, atento los fundamentos dados a la primera cuestión. Mi voto. El Dr. ROBERTO O. FERNÁNDEZ, dijo: Por compartir la solución dada a esta segunda cuestión, por el Dr. Jorge O. Sommariva, voto en igual sentido. El Dr. RICARDO TOMÁS KOHON, dijo: Atento los fundamentos propiciados a la primera cuestión planteada, comparto la

solución dada por el señor Vocal de primer voto a esta segunda cuestión. El Dr. EDUARDO J. BADANO, dijo: Atento la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante en primer término, a esta segunda cuestión. A la tercera cuestión planteada, el Dr. JORGE O. SOMMARIVA, dijo: Sin costas en la instancia (artículos 491 y 492, a contrario sensu, C.P.P. y C.). Tal es mi voto. El Dr. EDUARDO FELIPE CIA, dijo: Adhiero a lo propuesto por el Dr. Jorge O. Sommariva. Así voto. El Dr. ROBERTO O. FERNÁNDEZ, dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto. El Dr. RICARDO TOMÁS KOHON, dijo: Corresponde eximir de costas como lo expresa el Dr. Jorge O. Sommariva. Así voto. El Dr. EDUARDO J. BADANO, dijo: Debe eximirse de costas al recurrente de conformidad con los arts. 491 y 492, a contrario sensu, del C.P.P. y C. Mi voto. De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE: I.- HACER LUGAR al Recurso de Casación, deducido por el señor Defensor Particular, Dr. ..., a favor del imputado W. O. M. A..- II.- DECLARAR LA NULIDAD del capítulo del fallo únicamente en lo que concierne al agravio relativo al modo de ejecución de la pena por falta de fundamentación (art. 415, inciso 2º y 369, inciso 3º, del C.P.P. y C.), declarándose la plena validez de los restantes acápites del decisorio en crisis. III.- REENVIAR los actuados al juzgado de origen para que, a través del subrogante que corresponda, previa audiencia destinada a discutir únicamente lo atinente a la modalidad de la pena a ejecutar, dicte nuevo pronunciamiento circunscripto a ese punto (art. 429 C.P.P. y C.). IV.- Sin costas (art. 491 y 492 del C.P.P. y C.). V.- Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las presentes actuaciones al Juzgado de origen. Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación, por ante el Actuario, que certifica. Dr. EDUARDO J. BADANO - Presidente. Dr. JORGE O. SOMMARIVA - Dr. ROBERTO O. FERNÁNDEZ - Dr. EDUARDO FELIPE CIA - Dr. RICARDO TOMÁS KOHON Dr. JOSÉ DANIEL CESANO - Secretario