

# Pena de prisión efectiva

## Incumplimiento del deber de asistencia alimentaria. Tutela judicial efectiva

TSJ CÓRDOBA, "A., H. R. s/ INFRACCIÓN LEY 13.944  
de INCUMPLIMIENTO de los DEBERES de ASISTENCIA  
FAMILIAR s/ RECURSO de CASACIÓN", 30 de DICIEMBRE de 2013

por **MARIEL F. MOLINA DE JUAN**<sup>(1)</sup>

*El destino de la cosa juzgada es el de que se cumpla,  
que la justicia no dé consejos, sino que sancione normas  
coactivas. Que la promesa hecha en la Constitución  
garantizando justicia a todos los que quieran habitar  
este suelo no sea un apotegma que nos enorgullezca  
cuando lo leamos en las páginas del preámbulo, sino que nos  
avergüence cuando contemplemos su burla con nuestros propios ojos*  
**Eduardo Couture**<sup>(2)</sup>

.....

(1) Abogada. Doctora en Derecho (Universidad Nacional de Cuyo). Docente de Doctorado en Derecho (Universidad Nacional de Cuyo). Miembro del cuerpo docente de la Maestría en Magistratura y Gestión Judicial (Universidad Nacional de Cuyo). Integrante de la subcomisión que colaboró en el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial, Libro II.

(2) COUTURE, EDUARDO, "Formas penales de la ejecución civil", en *Rev. de Derecho Civil*, Montevideo, n° 3, año II, p. 321.

## I | Breve introducción

El 30 de diciembre del 2013, la sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Córdoba confirmó lo resuelto por el Juzgado en lo Penal Juvenil de la 7ª Nominación de la Ciudad de Córdoba<sup>(3)</sup> que condenó a un progenitor por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (ley 13.944, art. 1º). Dispuso así la pena privativa de la libertad de cumplimiento efectivo.

El fallo de grado evidencia su profunda preocupación por desbaratar la estructura de comportamiento negligente de un padre absolutamente irresponsable y desentendido de sus obligaciones parentales.<sup>(4)</sup>

Advierte la necesidad de dar una respuesta a la progenitora, a la que considera una verdadera “heroína”, en el marco de un crecimiento significativo del número de mujeres jefas de hogar inmersas en situaciones de vulnerabilidad y pobreza quienes, no obstante las grandes dificultades con las que se enfrentan a diario ante la ausencia de la figura paterna, hacen increíbles esfuerzos por darles a sus hijos una vida digna.

La ley 13.944 introdujo el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia alimentaria. El típico hecho punible consiste en sustraerse de prestar los medios **indispensables** para la subsistencia económica. Es decir, no brindar los recursos económicos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas del alimentado. Tiene por finalidad prevenir, con la amenaza penal, aquellas conductas que coloquen en riesgo el derecho alimentario de las personas más vulnerables, en especial los niños y adolescentes.

La argumentación brindada por ambos pronunciamientos judiciales está encaminada a justificar el monto y el modo de cumplimiento de la pena impuesta ante la convicción de que no existe otro camino para hacer reaccionar a este progenitor inmaduro e irresponsable.

.....  
(3) JPENAL JUVENIL 7ª NOM., Ciudad de Córdoba, “A., H. R. p.s.a. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar”, 01/11/2013, Expte. N° 1.346.821, del 08/05/2012, C/P.

(4) En el mismo sentido, ver antecedente TSJ Córdoba, 13/05/1999, LL Córdoba, 2000-389.

## 2 | Los antecedentes

Producida la separación de hecho, en el 2005 se firmó un convenio de alimentos. En él se fijó una prestación de \$300 para los cinco hijos (hoy, entre once y diecisiete años de edad), quienes quedaron viviendo con la madre. Ante la irregularidad de los pagos, la progenitora solicitó el embargo del sueldo. Obtuvo como respuesta del obligado, la renuncia a su empleo en enero del 2007. A partir de ese momento, y pese a las múltiples gestiones realizadas tanto en el fuero civil como en el penal, no realizó más aportes, manteniendo su incumplimiento hasta febrero del 2012. En esa oportunidad se le concedió el beneficio de suspensión de juicio a prueba, no obstante lo cual, continuó con su conducta remisa hasta el momento de su detención. De las constancias de la causa surge que el imputado reconoce su falta. No se trata de un padre estafador que se hubiera insolventado fraudulentamente, sino de un sistemático incumplidor, en perjuicio de sus hijos menores.

El Juzgado en lo Penal Juvenil considera configurado el delito, en tanto se acreditó:

- a. La existencia de necesidades insatisfechas de los hijos, aunque la madre ha realizado todos los esfuerzos posibles para mantenerlos dignamente, trabajando a tiempo completo. Valora que se trata de un delito de pura omisión o de peligro abstracto, por lo cual "no es necesario acreditar que la conducta omisiva haya privado a la víctima de los medios indispensables para su subsistencia".<sup>(5)</sup> Considerarlo un tipo de peligro concreto o de daño o lesión, dejaría a la norma sin eficacia, pues, el incumplidor quedaría sin punición, toda vez que otro cumple con las obligaciones a su cargo y, tratándose de alimentos debidos a niños y adolescentes, es frecuente que esto suceda y que sean cubiertos por la madre o terceras personas, como en el caso, los abuelos maternos, quienes les proveen vivienda y asistencia de salud.
- b. La posibilidad de cumplir la prestación por parte del imputado, quien durante su vida desempeñó diversos trabajos (en ferreterías, heladerías, etc.), lo que demuestra que sabe trabajar y que ha tenido oportunidades laborales no obstante haberse sustraído de su obligación. Además, durante la convivencia con la madre era él quien mantenía el hogar (trabajó como albañil, transportista, jardinero). De la prueba aportada surge que, a pesar de su inmadurez psicoló-

(5) CAIMMI y DESIMONE, *Los delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta*, Bs. As., Depalma, p. 3. Ver por ejemplo, TSJ CÓRDOBA, 04/04/2000, LL Córdoba, 2001 764; CÁMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, sala VII, 16/08/2005, DJ 2005-3-1273; sala IV, 31/05/2006, LL 2006 F 284.

gica, no tiene impedimentos para trabajar, con el agravante que la suma pautada era tan ínfima que con “tres changas” —como dice el fiscal— le alcanzaba para cubrir la cuota.

- c. Muestra una total despreocupación por sus hijos en todos los aspectos. No tiene ningún contacto con ellos, el desapego parental no solo es económico sino también afectivo y relacional. Ni siquiera cobró las asignaciones de ANSeS que tenía depositadas, aún a riesgo de caducidad de las mismas.
- d. A lo largo de todo el conflicto demostró manejarse con “sensación de impunidad y despreocupación”. Si bien asumía compromisos, luego no los cumplía, porque “realmente no quería”. La suspensión del juicio a prueba solicitada solo tuvo efectos dilatorios y no modificó su actitud omisiva, negligente y despreocupada respecto de sus hijos. No cumplió con los trabajos comunitarios acordados y tampoco concurrió a las citaciones judiciales. Resultaron totalmente inútiles las gestiones de todos los operadores jurídicos para conminarlo a pagar la cuota, causando un enorme desgaste jurisdiccional en la justicia de familia.

Frente a este panorama, el Tribunal de Grado asume un rol activo y garante del derecho alimentario de las personas más vulnerables, aunque no desconoce que la vía más adecuada sea la justicia de familia que, en el caso, ha demostrado ser ineficaz. Por ello, la Justicia Penal, en su interpretación más humanitaria —no solo para el acusado sino también para las víctimas, sus hijos menores de edad— aparece como “la última playa”, el último recurso para obtener su cumplimiento.

### 3 | La condena

En el afán de hacer reaccionar a este padre, el fallo de grado rechaza tanto la pena de prisión condicional así como también la imposición de una multa. Sostiene que la multa no sería eficaz ni la cumpliría. Si en todo momento se ha insistido en su incapacidad económica, mal puede pensarse que la condena a pagar una suma de dinero cumpla su función resocializadora; aun siendo sus familiares los que la hicieran efectiva, tal circunstancia no vendría más que a reforzar la habitualidad de obtener beneficios a expensas de otros, sin compromiso alguno de su parte.

En cuanto a la condena de ejecución condicional, descarta que pueda tener un impacto fortalecedor de la persona del incumplidor. No resulta lógico presumir que vaya a buscar trabajo “de inmediato” para cumplir con sus deberes económicos y afectivos como padre. La historia de este

grupo familiar sustenta un pronóstico desfavorable e impone no confiar en el principio de autodisciplina. Otorgarle libertad condicional después de siete años de conducta abandonica sería casi como otorgarle una “patente” para que siga con el mismo comportamiento. En esta línea, el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba sostuvo que “la condena condicional no correspondería cuando la suspensión de la pena produciría un serio peligro para la actitud ante el derecho de la población, al disminuir la confianza en el papel a cumplir por la administración de justicia, o bien podría suponerse que existiría una injustificable indulgencia y muestra de inseguridad ante el delito”.<sup>(6)</sup>

Por ello, el Tribunal opta por la efectividad del cumplimiento de la pena. Considera que el sometimiento al encierro posibilitará el tratamiento penitenciario como el instrumento más apto desde la óptica de prevención especial que, de acuerdo a la Constitución de la Nación, es el fin esencial de la pena (art. 75, inc. 22 en vinculación con el art. 5º, inc. 6 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)).<sup>(7)</sup>

En consecuencia, dispuso que cumpla un año y un mes de prisión en una Unidad Carcelaria del Servicio Penitenciario, donde se le ofrezca: 1) asistencia psicoterapéutica que le permita adquirir los recursos adecuados tendientes al afrontamiento de su problemática, a fin de modificar, desde lo intrínseco, su posicionamiento subjetivo inmaduro y reflexionar sobre sus conductas presentes o pasadas y poder proyectar cambios a futuro para asumir el rol paterno y todo los compromisos que este conlleva; 2) incorporarse de inmediato a una actividad educativa que le permita concluir el ciclo escolar primario; 3) capacitarse laboralmente para desarrollar un trabajo remunerado, en cuyo caso, parte del salario en la proporción de ley será destinado a reparar el daño causado y abonar la cuota alimentaria de sus hijos.

Asimismo, fijó como prestación alimentaria mínima e indispensable para la subsistencia de los niños, una vez que recupere su libertad, la suma de dos mil trescientos pesos. Dicho monto resulta de multiplicar por cinco la

(6) TSJ CÓRDOBA, “G, J. A. a p.s.a. lesiones leves calificadas —Recurso de Casación—” S. N° 239, 31/08/2011.

(7) TSJ CÓRDOBA, “Morata, Franco p.s.a. lesiones culposas agravadas —Recurso de Casación—”, S.N° 210, 19/08/2011.

Asignación Universal por Hijo ya que, tal como lo asume el Estado, es el importe mínimo para hijos menores de edad en situación de vulnerabilidad social.

Para fundar el modo de ejecución y el monto de la pena, tuvo en cuenta: i) la edad y el estado de salud del imputado, con buen potencial de trabajo; ii) que no realizó tratamiento alguno para superar su inmadurez psicológica, lo que, lejos de ser un atenuante, es un agravante y debe cargar con ella quien la padece, no sus hijos; iii) la irresponsabilidad manifiesta frente a todos sus deberes parentales; iv) el tiempo del daño (siete años); v) la conducta evidenciada pues, pese a todas las oportunidades dadas, no honró el proceso penal y continuó omitiendo ilícitamente su deber alimentario, con lo cual incurrió en un nuevo período del mismo delito; y vi) el impacto del incumplimiento frente a la progenitora —jefa de hogar— y sus hijos, que exige adoptar **medidas de acción positiva** para proteger a las personas más vulnerables.

La opción por el modo de cumplimiento efectivo registra algunos antecedentes. Un Juzgado de Menores de la provincia de Córdoba condenó al imputado al cumplimiento de una pena de cinco meses de prisión que, unificada con otra, resultó en pena única de un año de prisión efectiva.<sup>(8)</sup> En este caso, también se habían agotado todas las vías para lograr un cumplimiento mínimamente satisfactorio, siendo manifiesta la voluntad de no cumplir (existía una condena en suspenso, el condenado tenía ingresos económicos suficientes y observaba una deliberada voluntad de no cumplir). En otro caso, un Juzgado Correccional de Rosario condenó a una pena de prisión efectiva pero discontinua. El progenitor debía permanecer en la seccional policial más próxima a su domicilio pero, para que pudiese atender a las necesidades de la hija, se le posibilitó la libertad necesaria para trabajar.<sup>(9)</sup> También un Juzgado Correccional de la provincia de Neuquén condenó a una pena de nueve meses de prisión efectiva a un progenitor que tenía un alto nivel de vida (era instructor de *ski*, no solo en Argentina sino en España y en Estados Unidos).<sup>(10)</sup>

.....

(8) JUZGADO DE MENORES N° 4 CÓRDOBA, JA 2005 I 28, RDF 2005 III 195 con nota de SCHNEIDER, MARIEL, *Distintas sanciones impuestas al incumplimiento de los deberes de asistencia familiar*.

(9) JCORRECC. N° 8 ROSARIO, 02/05/2005 JA, 2005 II 39, LL Litoral 2005, 1080.

(10) JCORRECC. N° 4 NEUQUÉN, 24/04/2002, LL Patagonia, 2006-2007, 621.

El fallo de grado concluye que, en el caso, la tutela judicial oportuna solo puede alcanzarse con la pena de cumplimiento efectivo. Para que los hijos puedan seguir confiando en la justicia, deben poder observar que, en este proceso, como mínimo se ha respetado su interés superior (art. 3° CDN) y se han cumplido los pasos previstos por la ley. En última instancia, si bien estos pasos pueden no ser suficientes para compensar los daños sufridos, han de prevenir un daño adicional para ellos. Una benevolencia infundada les generaría una imagen de impunidad intolerable.

## 4 | El Superior Tribunal de Justicia

La defensa del imputado cuestiona que la sentencia de grado haya fijado dos sucesos distintos cuando en realidad se trata de un único delito continuado y considera ilegítimos tanto el monto de pena como el modo de ejecución decidido.

El Superior Tribunal desgrana uno a uno los agravios, explicita que el recurso solo implica una mera disconformidad con lo resuelto, que no logra conmover la legitimidad de la solución y consecuentemente, confirma el fallo.

Como cuestión previa aclara que la decisión no considera dos sucesos distintos, sino que desdobra la plataforma fáctica debido a las contingencias procesales de otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba —luego revocada por incumplimiento— sin que ello signifique considerarlos concursados materialmente.

Luego analiza los agravios: violación al derecho de defensa, fundamentación contradictoria en relación con la afectación de la salud psíquica y la capacidad de trabajar del imputado, falta de fundamentación en relación con la ausencia de tratamiento psicológico, doble valoración de circunstancias como la falta de gestión de las asignaciones de ANSES, omisión de consideración de las atenuantes, como el escaso grado de instrucción y la carencia de antecedentes penales. Los rechaza sosteniendo que el fallo se encuentra debidamente motivado, que no hay lesión a la prohibición de doble valoración ni al principio de no contradicción y que tampoco se advierten vicios que conduzcan a la nulidad del decisorio.

Las censuras del recurrente, esgrimidas sin sustento en argumentos hábiles que evidencien la irrazonabilidad de las pautas seleccionadas por el tribunal o la incongruencia de la sanción impuesta en relación al injusto cometido, no alcanzan para demostrar la arbitrariedad de la condena en función de los límites casatorios previamente referidos. Máxime cuando no se advierte una evidente desproporción en la condena impuesta, toda vez que dentro de un marco punitivo que oscila entre un mes y los dos años de prisión, la establecida de un año y un mes no aparece como irrazonable o desmedida en razón de los hechos cometidos por el acusado, en perjuicio de sus cinco hijos.

## 5 | El derecho a los alimentos como un derecho humano fundamental

La cuestión que nos convoca se relaciona directamente con un derecho humano de vital importancia a los fines de garantizar el acceso a un nivel de vida adecuado. Implica la obligación de los Estados de generar condiciones necesarias para vivir dignamente.<sup>(11)</sup> Se encuentra recogido en una pluralidad de instrumentos internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 25 establece que "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...". La Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre menciona que "Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad..." (art. 30). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el art. 11, indica: "1) Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia". El inc. 2 agrega el reconocimiento del derecho fundamen-

(11) El Estado debe garantizar la creación de condiciones necesarias para no vulnerar el derecho a la vida (CIDH, "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica" (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28/11/2012, Serie C, N° 257, párr. 172).

tal de toda persona a estar protegida contra el hambre. El art. 2° establece el compromiso de “adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga...”. El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha explicado el sentido de expresión, que se refiere tanto a los recursos existentes dentro de un Estado como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacional.

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) reconoce a la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad” (art. 17) y garantiza la protección de los niños, niñas y adolescentes (art. 19).<sup>(12)</sup> El art. 15 de su Protocolo Adicional menciona la obligación de protección de la familia y la obligación del Estado de brindar un adecuado amparo al grupo familiar, garantizando a los niños, entre otros derechos, “una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar,” y consagra el derecho de toda persona “a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual” (art. 12).

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer dice que los Estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia (art. 12). Además, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados (art. 28).

Junto a las personas con discapacidad, los niños y adolescentes también se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad. Ellos dependen de los adultos para su crecimiento integral y el desarrollo de potencialidades. Requieren de los cuidados de los padres o personas de su entorno que aseguren un saludable y completo desenvolvimiento físico, psíquico y

(12) Recordar CIDH, “Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala” (Fondo), sentencia de 19/11/1999, Serie C, n° 63, párr. 196. Ver también la Opinión Consultiva de la Corte sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, OC-17/02, 28/08/2002, Serie A, N° 17.

mental. Por eso, la Convención de Derechos del Niño reconoce el derecho a la salud y a servicios ligados al tratamiento de las enfermedades, entre ellos, a la atención sanitaria apropiada para las mujeres embarazadas (art. 24). Establece que los Estados adoptarán las medidas apropiadas para combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable. El art. 27 consagra el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Agrega que corresponde a los padres o a otras personas responsables por el niño, la responsabilidad **primordial** de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para su desarrollo; pero afirma que los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres.

La tutela efectiva de la obligación alimentaria a través del sistema penal ha sido objeto de específico tratamiento en algunos instrumentos internacionales. Por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos, luego de sentar la prohibición de la prisión por deudas, aclara expresamente que ese principio “no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios” (art. 7° párr. 7).<sup>(13)</sup>

El art. 75 inc. 23 párr. 1 CN reconoce medidas de acción positiva respecto de ciertos grupos vulnerables, los primeros aludidos son los niños. Todas estas directrices, que posicionan al niño y al adolescente en una condición relevante, no pueden ser desoídas, ni puede caer “en saco roto” la profunda preocupación consagrada en las legislaciones fundamentales y supranacionales. Existe una indudable relación entre el principio de solidaridad familiar y la responsabilidad del Estado y de la sociedad. Por eso:

... violan los derechos de los niños tanto el padre que incumple su obligación alimentaria, como el Estado que no asume la responsabilidad a la cual se comprometió, dado que si bien son los padres los primeros obligados en criar y educar a sus hijos, el

(13) Ver NIKKEN, PEDRO, “Sobre el concepto de Derechos Humanos”, en *Rev. Estudios Básicos de Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, p. 24.

Estado debe suplir la deficiencia paterna mediante diversos mecanismos que implican una ayuda directa a dichas personas.<sup>(14)</sup>

El fallo alude a una pauta hermenéutica fundamental en relación con el sistema de derechos humanos: el principio *pro homine*. Ciertamente, este principio tiene importantes implicancias en el ámbito de las relaciones sociales y, en consecuencia, del derecho que regula las relaciones familiares.<sup>(15)</sup> Él exige que el operador jurídico encuentre y aplique la norma que en cada caso resulte más favorable a la persona humana para su libertad y derechos, independientemente de cuál sea la fuente que aporte esa norma (un tratado, la constitución o el derecho interno). La selección de la mejor fuente y la norma no repara en el nivel donde se sitúa la solución que ofrece, sino que lo que importa al principio *pro homine* es que aporte la mejor solución para el caso.<sup>(16)</sup> Por eso Sagüés lo llama "principio del mejor derecho".<sup>(17)</sup> Lloveras y Salomón agregan que esta regla procura "canalizar el desarrollo pleno de la personalidad y el proyecto individual de vida de cada uno de los ciudadanos, dentro de un marco de tolerancia y respeto".<sup>(18)</sup> Es decir, que la normativa interna debe interpretarse en conformidad con los tratados de derechos humanos aplicables, buscando en cada caso la solución que resulta más beneficiosa para la protección de la persona y el sistema integral de derechos. De este modo se pone de relieve la interdependencia de los órdenes normativos, que no son compartimentos estancos sino que convergen e interactúan. Esta interacción se realiza siempre en favor de los derechos y libertades de las personas más vulnerables y demuestra que el propósito de la coexistencia de distintas fuentes referidas a los mismos derechos con un mismo ámbito material de aplicación, no es otro que potenciar su garantía, vigencia y promoción.

.....

(14) Ver GROSMAÑ, CECILIA, *Alimentos a los hijos y derechos humanos*, Bs. As., Universidad, 2004, p. 60.

(15) LLOVERAS, NORA, SALOMÓN, MARCELO, "El paradigma constitucional familiar: análisis a una década de su reformulación", JA 2005-II-888.

(16) Ver BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. III, Bs. As., Ediar, 1995 y "Las fuentes del derecho constitucional y el principio *pro homine*", en BIDART CAMPOS, GERMÁN J., GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, (coord.), *El derecho constitucional del Siglo XXI, Diagnóstico y Perspectivas*, Bs. As., Ediar, 2000, p. 12.

(17) SAGÜÉS, NÉSTOR, *Elementos de Derecho Constitucional*, 2ª ed., t. I, Bs. As., Astrea, 1997, p. 224.

(18) LLOVERAS, NORA, SALOMÓN, MARCELO, "El paradigma constitucional familiar: análisis a una década de su reformulación", *op. cit.*

## 6 | La obligación de los progenitores de realizar todos los esfuerzos necesarios

La ley 23.264, que instaló la igualdad respecto de los deberes y derechos relativos a la **patria potestad**, dispuso como regla el **régimen compartido**. Entre las obligaciones derivadas de esa función, consagró el deber alimentario (arts. 265 y 267 CC). No obstante la reforma de la mayoría de edad (18 años), la responsabilidad de prestar alimentos se mantiene hasta los 21 años, aunque con ciertas especificidades. El derecho proyectado recoge esta obligación en el art. 658.<sup>(19)</sup> Si bien la obligación alimentaria incumbe a ambos progenitores, ello no significa que deban efectuar aportes equivalentes; se cumple conforme a la condición y fortuna de los obligados al pago.<sup>(20)</sup> Este criterio se mantiene en el derecho proyectado aunque “el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos”.

El deber de proveer alimentos a sus hijos es de tal entidad que los padres no pueden excusarse aduciendo la falta de trabajo o la disminución de ingresos, ya que quien ha engendrado un hijo asume el deber de proveer de sus necesidades, no solo en su interés sino en el de la sociedad. Por eso los progenitores deben realizar todos los esfuerzos que resulten necesarios para desempeñar trabajos productivos sin que puedan excusarse de cumplir con su obligación alimentaria invocando ingresos insuficientes cuando no existen dificultades insalvables.<sup>(21)</sup>

En esta línea, la jurisprudencia ha sostenido que:

La mera invocación de falta de recursos alegada por el alimentante no puede relevarlo, sin más, de su obligación, ya que le corresponde arbitrar los medios para la satisfacción de los deberes que provienen del matrimonio y nacimiento de los hijos. El padre se encuentra constreñido a trabajar, de modo de procurarse los recursos necesarios y, sobre dicha base, corresponde fijar la cuota.<sup>(22)</sup>

(19) Ver Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial (aprobado por el Senado el 27/11/2013), pendiente de tratamiento en la Cámara de Diputados.

(20) BOSSERT, GUSTAVO, *Régimen jurídico de los alimentos*, Bs. As., Astrea, 1998, p. 184.

(21) CNCiv., Sala F, “F. C., M. I. c/ P., R. J.”, 13/10/2000, LL 2001-D, 836 AR/JUR/3376/2000.

(22) Ver CAPEL. FLIA. MENDOZA., “S. L. R. por los menores F. S. L. y o c/ F. L. R. p/ alimentos”, 04/06/10, autos N° 486/10.

También sostuvo que:

El progenitor cuyo ingreso no es suficiente para atender las necesidades del hijo, tiene la responsabilidad de dedicar parte de sus horas libres, en una medida razonable, a tareas remuneradas con las cuales poder completar la cuota alimentaria, e incluso tiene el deber de reemplazar el trabajo escasamente remunerado por otro de mejor ingreso aunque ello importe mayores esfuerzos.<sup>(23)</sup>

Es cierto que en materia penal, para que se configure el delito de incumplimiento del deber de asistencia, su autor debe haberse sustraído de las prestaciones esenciales. En esta sintonía, la sentencia exige al imputado “un mínimo de esfuerzo o compromiso” en satisfacer las obligaciones asistenciales, aun cuando sus ingresos sean escasos. En otras palabras, aunque atravesase dificultades económicas, no impide que se configure el tipo penal. Para excusar el delito “debe tratarse de una incapacidad económica auténtica, total, insuperable y no provocada, y debe haberse acreditado de algún modo la voluntad de cumplir”. El ejercicio del derecho de no trabajar “se torna abusivo” (art. 1071 CC; art. 34 inc. 3 CP) “y por ello ilegítimo, si la falta de poder económico es el resultado de ese ejercicio, e impide el cumplimiento de los deberes asistenciales a los que está obligado, más aun cuando para que se configure el tipo penal se exige sustraerse de prestar los medios indispensables, con un alcance francamente restrictivo”.

## 7 | El problema de la eficacia de las sentencias de alimentos

Es indudable que el mero pronunciamiento de un juez, relativo a la existencia del derecho alimentario o a la fijación de una cuota, es insuficiente si no va acompañado de medios concretos y disponibles para hacer efectivo ese derecho declarado. La práctica muestra que la sentencia que condena a pagar alimentos, típica del derecho de familia y decisiva para la cobertura de las necesidades básicas, es el paradigma de la ineficacia.<sup>(24)</sup> En otras palabras, no basta que el juez determine el contenido de una

(23) CNAC. AP. Civ., Sala H, “B., E. J. H. y otros v. S., M. A.”, 30/11/1998, AR/JUR/4603/1998.

(24) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “Principios Procesales en el derecho de familia contemporáneo”, en *Derecho de Familia*, AbeledoPerrot, n° 51, septiembre 2011. Informe presentado

obligación alimentaria a favor de los alimentados si después de notificada esta resolución, la justicia se desentiende por completo del problema, sin preocuparse por la eficacia de la decisión tomada<sup>(25)</sup> porque con excesiva frecuencia los obligados son remisos a su cumplimiento<sup>(26)</sup> y, en estos casos, aunque exista condena y se encuentre expedita su ejecución, puede resultar muy difícil su pago oportuno.<sup>(27)</sup>

Resulta innecesario señalar que muchas veces esta conducta no responde solo a un problema económico, sino que se trata de un verdadero problema cultural y de falta de conciencia sobre las responsabilidades parentales porque se ignoran los graves trastornos que su falta provoca a quienes necesitan de sostenimiento urgente para atender a sus necesidades vitales, tal como sucede con los niños y adolescentes.

En el caso comentado, la vía penal fue considerada como la última opción posible para desbaratar la nefasta actitud del incumplidor. Con razón pudo considerarse que las estrategias previstas por la doctrina, la jurisprudencia y la ley para paliar estas conductas, en nada servirían para revertir la situación.

No obstante, puede resultar oportuno recordar algunas de ellas:

- a. En algunas jurisdicciones provinciales se ha dispuesto la creación de registros de deudores alimentarios morosos. De modo que, ante el incumplimiento de la obligación puede peticionarse en ellos la inscripción del condenado. Con este instrumento se procura constreñir al pago de la cuota establecida por sentencia o convenio, a fin de evitar que el beneficiario sea colocado en una situación de desamparo.<sup>(28)</sup> La inscripción procede toda vez que se cumplen los requisitos objetivos señalados por las normas que crean estos registros: incumplimiento de la obligación y plazo. Por ello se ha resuelto que “La su-

.....  
en la Comisión N° 3 sobre “Derecho Procesal de Familia” en el XXXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en la ciudad de Santa Fe 8,10/06/2011.

(25) JURY, ALBERTO, “Incumplimiento de la cuota alimentaria”, en Kemelmajer-Molina (dir.), *Alimentos*, t. II, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 248.

(26) Ver CAMPS, CARLOS, NOLFI, LUIS, “La obligación alimentaria derivada de la patria potestad y el conflicto originado en su incumplimiento”, *JA* 2001-I-823.

(27) ZANNONI, EDUARDO, *Derecho Civil Derecho de Familia*, t. II, Bs. As., Astrea, 2005, p. 154.

(28) SCJ MENDOZA, “García Carlos c/ Menéndez María Alejandra s/ Div. Vinc. Cont. s/ INC. CAS”, 04/10/11, autos N° 101.505 en J° 76.149/32.958.

puesta imposibilidad económica que el alimentante invoca para agravarse y el eventual cumplimiento de los pagos en especie no desvirtúa en modo alguno la procedencia formal de la medida dictada, la que se encuentra dentro de las atribuciones discrecionales del magistrado de grado. Para disponer de la inscripción recurrida, el juez no debe evaluar circunstancias subjetivas, pues la medida no deriva ni de la malicia en el obrar ni de la intención de no cumplir, sino de la comprobación de un dato objetivo que se ha configurado en la especie.<sup>(29)</sup> La jurisprudencia se pronunció a favor de la constitucionalidad de estos registros “aunque se confronten derechos en pugna (los del alimentante y los del alimentado), a la luz de los Tratados y Convenciones Internacionales a los que nuestro país adhiere y que tienen plena vigencia constitucional (art. 75 inc. 22 CN), el interés de los menores debe ser preferido al de sus progenitores”.<sup>(30)</sup>

- b. Sanciones conminatorias (astreintes). Su finalidad es hacer efectivas las decisiones judiciales frente a la renuencia injustificada de sus destinatarios recurriendo a una condena pecuniaria. Indudablemente se requiere que el incumplidor tenga capacidad económica para que no se convierta en una manda de imposible cumplimiento. El fin de esta institución trasciende holgadamente el acotado ámbito de las obligaciones y se posiciona como una herramienta de altísimo valor y de suma utilidad para compeler el cumplimiento de cualquier deber jurídico, obligacional o de otra índole.<sup>(31)</sup> Si bien se ha sostenido que, en principio, no resultarían procedentes cuando se trata de créditos que pueden satisfacerse por otros medios más directos, las particularidades de la obligación alimentaria permiten apartarse de esta conclusión,<sup>(32)</sup> pudiendo aplicarse para conminar al deudor alimentario fijándose en un porcentaje de la cuota diaria, que comenzaría a devengarse a partir del primer día de retraso de cada período, una vez notificada y ejecutoriada la resolución que las impone.<sup>(33)</sup> En posición favorable a su procedencia, la Cámara Nacional Civil, sala H, resolvió que “si el acuerdo celebrado entre las partes respecto a los alimentos es reciente, no se ha invocado una variación de la situación de he-

(29) CNAC. AP.EL. CIV., sala H, “P. A. L. c/ M. M. s/ alimentos”, 19/08/08, MJ-JU-M-40270-AR.

(30) CAPEL. FLIA. MENDOZA, “C. M. L. c/ M. J. H. p/ ejecución alimentos”, 25/10/2013, autos N° 1716/11/4F-734/12.

(31) OSSOLA, FEDERICO A., “Las astreintes y los incumplimientos en el régimen comunicacional”, en Faraoni-Famacciotti-Rossi (dir.), *Régimen Comunicacional*, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2011, pp. 468/470. Ver también CARRANZA CASARES, CARLOS A. y CASTRO, PATRICIA E., “Las astreintes y el cumplimiento puntal e íntegro de la obligación alimentaria”, LL 1987-C-594.

(32) CAPEL. FLIA. MENDOZA, “M. J. J. c/ F. N.”, N° 136/10, por ejemplo Convenio Reg. Visitas, 04/10/2010.

(33) MÉNDEZ COSTA, MARÍA J., D’ANTONIO, DANIEL H., *Derecho de Familia*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 482.

cho considerada por aquellas al tiempo de emitir su consentimiento y el alimentante ha incurrido en atraso, el apercibimiento de astreintes es ajustado a derecho en virtud de la índole de la prestación comprometida”.<sup>(34)</sup>

- c. Otras medidas razonables dispuestas judicialmente (por ejemplo, restricciones migratorias). Un tribunal de Rosario prohibió salir del país al progenitor alimentante que incumplió la cuota a favor su hijo matrimonial, después que se hizo la denuncia penal y se inscribió al demandado en el registro de deudores morosos, todo infructuosamente.<sup>(35)</sup> En el derecho comparado algunos sistemas legales establecen en forma expresa restricciones migratorias, como por ejemplo la Ley de Pensiones Alimentarias de Costa Rica.<sup>(36)</sup> El Código de Familia de El Salvador exige acreditar el cumplimiento de la obligación alimentaria para diferentes actos, como por ejemplo renovación del pasaporte, licencia de conducir, tarjeta de circulación, contratación de préstamos mercantiles, etc. (ver art. 253-A). El art. 258 se ocupa de la restricción migratoria facultando al juez o al procurador de la república a disponer (a petición de parte) que la persona obligada al pago de alimentos provisionales o definitivos por sentencia, resolución administrativa o convenio, no pueda salir del país mientras no caucione previa y suficientemente dicha obligación.<sup>(37)</sup>

El Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial ofrece algunas soluciones. Prevé las medidas cautelares para asegurar el pago de alimentos futuros, provisionales, definitivos o convenidos (art. 550). También se refiere a los intereses que devengan las sumas debidas por alimentos (equivalente a la más alta que cobran los bancos a sus clientes, según las reglamentaciones del Banco Central, a la que se adiciona la que el juez fije según las circunstancias del caso), y admite otras “medidas razonables” para asegurar el cumplimiento que pueden ser dispuestas por el juez ante el incumplimiento reiterado de la obligación.

.....

(34) CNCiv., sala H, 29/09/1997, LL 1997-F-770.

(35) TRIB. COLEG. FLIA. 5ª NOM. ROSARIO, 29/10/2010, con nota adversa de KIELMANOVICH, JORGE, “¿Prohibición de salida del país contra el deudor alimentario?”, LL boletín del 08/02/2011, LL 2011-A-227 y en Rev. *Derecho de Familia y de las personas*, n° 1, año 3, enero/febrero 2011, con nota aprobatoria de BELLUSCIO, CLAUDIO, “Prohibición de salir del país ante el incumplimiento alimentario”.

(36) “Ningún deudor de alimentos obligado a pagar prestación alimentaria, podrá salir del país salvo si la parte actora lo ha autorizado en forma expresa o si ha garantizado el pago de, por lo menos, doce mensualidades de cuota alimentaria”. Ley de Pensiones Alimentarias Costa Rica reformada por el art. 12, ley 8662 del 12 de noviembre de 2008; *Investigaciones Jurídicas SA San José de Costa Rica*, N° 18, 2009.

(37) Código de Familia de El Salvador [en línea] [www.asamblea.gov.sv](http://www.asamblea.gov.sv) (25/08/2012) D.L. n° 766, 23/06/2011; DO n° 136, t. 392, 20/07/2011 (Disposiciones consideradas de orden público).

## 6 | Conclusiones

La solución comentada apostó a la pena de cumplimiento efectivo, apoyada en sólidos argumentos del sistema de derechos humanos y de derecho interno.

No obstante, el papel de la ley penal como instrumento para obtener el cumplimiento de la prestación alimentaria no aparece del todo claro,<sup>(38)</sup> ni siquiera en el caso de los deudores recalcitrantes, aunque el Proyecto de Código Penal mantiene la tipificación del delito bajo el nombre “Incumplimientos lesivos de relaciones familiares”.

Para el caso, aumenta el mínimo de la pena y suprime la multa. En efecto, dispone la prisión de seis meses a dos años, aun sin mediar sentencia civil a los padres que se sustrajeren a prestar los medios indispensables para la subsistencia de sus hijos menores, o de los mayores que estuvieren impedidos (art. 138).

El análisis de la casuística judicial no permite visualizar si realmente provoca un impacto disuasorio en la conducta negligente del alimentante,<sup>(39)</sup> ni evaluar con claridad el resultado de las condenas de cumplimiento efectivo que, justo es advertir, son bastante excepcionales. El frecuente uso de la opción por la pena en suspenso permite sospechar que, en muchos casos, no se considera a la privación de la libertad como la mejor alternativa. Se argumenta que la pena de efectivo cumplimiento puede llevar a la imposibilidad de obtener una fuente laboral, y entonces, la herramienta punitiva, más que colaborar, se convierte en un obstáculo que complica el cumplimiento de la prestación.<sup>(40)</sup>

.....

(38) Con lamentable frecuencia los procesos son sumamente extensos. Compulsar, por ejemplo, un fallo en que el tribunal tardó más de once años en tomar una declaración indagatoria (Cámara de Acusación de Córdoba 24 de abril de 2007, *Actualidad Jurídica de Córdoba, Familia y Minoridad*, 45-2008 4816, con nota de Buteler, José, *Insubsistencia de la acción penal por dilación indebida del proceso*).

(39) Puede consultarse el muestreo jurisprudencial elaborado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, CACCIALI PUGA, ANDRÉS, “La prestación alimentaria, su incumplimiento y las sanciones penales”, en Kemelmajer-Molina (dir.) *Alimentos II*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 277 y ss.

(40) Ver los argumentos de la sentencia de la Cámara de Acusación de la Provincia de Córdoba que confirmó el sobreseimiento del progenitor (LL Córdoba, 22 de abril de 2009, p. 898).

Por ello no puede soslayar el esfuerzo y la creatividad del tribunal cordobés que acompaña la condena efectiva con una serie de medidas de contención orientadas a “educar” a este padre en el ejercicio de sus responsabilidades legales. Pues, como se dijo al principio, no podemos sino avergonzarnos cuando contemplamos la burla a la justicia con nuestros propios ojos y no podemos quedarnos de brazos cruzados entrampados en ella.

---