

## *Cámara Federal de Casación Penal*

REGISTRO N° 21.562

///la ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 13 días del mes de agosto 2013, se reúne la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por la doctora Ana María Figueroa como Presidenta, y los doctores Raúl R. Madueño y Luis María Cabral como Vocales, a los efectos de dictar sentencia en la causa N° 13.444 caratulada: "DIONE DE LA COLINA, Marcelo s/recurso de casación", de cuyas constancias **RESULTA:**

1°) Que el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 14 de esta ciudad, con fecha 1° de julio de 2010, a fojas 6/8, resolvió en cuanto aquí respecta: "*DECLARAR PARCIALMENTE EXTINGUIDA LA ACCION PENAL POR PRESCRIPCIÓN EN FAVOR DE MARCELO DIONE DE LA COLINA, y dictar el SOBRESEIMIENTO DE MARCELO DIONE DE LA COLINA, de las demás condiciones personales ya consignadas en autos, en orden a los delitos de desobediencia a la autoridad e incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en relación a sus hijos mayores de edad Martín Miguel y María Pía Dione (art. 1° de ley 13.944, arts. 239, 59 inc. 3° y 69 inc. 2° del C.P. y 336 inc. 1° del C.P.P.N.)...*".

Que contra dicha resolución, a fs. 10/12, interpuso recurso de casación el Fiscal Nacional Jorge H. E. Fernández, el que fue concedido a fs. 14, y mantenido ante esta instancia a fs. 20.

2°) Que el recurrente encausó el remedio casatorio en el primer supuesto previsto en el artículo 456 del CPPN. Centró su agravio en orden a que el Tribunal habría aplicado erróneamente la ley sustantiva, atento que a su criterio, la acción penal en cuestión no se encontraría prescripta respecto a los hijos Martín Miguel y María Pía Dione de la Colina. Sostuvo que en el caso *sub examine*, nos encontraríamos ante un supuesto de unidad de conducta, en el supuesto del artículo 1° de la ley 13.944, y por lo tanto, no podría dictarse parcialmente la prescripción de la acción

penal, al haber alcanzado la mayoría de edad los dos hijos aludidos.

Con cita al plenario "Guersi, Néstor M." de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (31/07/1981), en cuanto estableció que la pluralidad de víctimas no configura un supuesto de reiteración en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, sostuvo que: *"Sería totalmente irracional imputar en concurso real diez hechos omisivos a quien tuviere diez hijos y no cumpliera con los deberes de asistencia. La cantidad de víctimas o afectados, como sostuve al opinar en el incidente de prescripción, determinará la gravedad del injusto, pero no la independencia de hechos... Por lo tanto, la decisión que a través del presente impugno, al sobreseer de manera parcial a Marcelo Dione de la Colina, ha aplicado erróneamente la ley sustantiva, porque aunque expresamente no haya indicado que existiría concurso real de delitos, en virtud de lo normado por el art. 55, del Código Penal, ha escindido la imputación de la omisión de incumplimiento de los hijos que ya alcanzaron la mayoría de edad, de los que aún no la tienen"*.

Asimismo agregó que se vulneraría el principio de *ne bis in idem*, porque la resolución aquí recurrida posibilitaría la realización de un juicio por el mismo delito, pero en relación con los hijos Juan Facundo y Candelaria. Al respecto expresó que: *"Al considerar extinguida la acción penal y sobreseer a Marcelo Dione de la Colina, por el delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar, la consecuencia lógica, ya que se trata de una única omisión, es la de finalización definitiva del proceso, porque la acción penal respecto de los dos hechos de desobediencia por los que solicitó el juicio ha prescripto"*.

Efectuó reserva del caso federal.

**3°)** Que superado el trámite previsto por el art. 468 del CPPN, oportunidad en que la Defensora Pública Oficial presentó breves notas (cfr. fs. 34/35), las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan

## *Cámara Federal de Casación Penal*

su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Ana María Figueroa, Raúl R. Madueño y Luis María Cabral.

La señora jueza doctora **Ana María Figueroa** dijo:

-I-

1°) Corresponde señalar en primer término, que el juez *a quo*, sobreseyó a Marcelo Dione de la Colina considerando que la acción penal se encontraría prescripta, al decir que: *"...en cuanto a la imputación que se desprende del apartado A), teniendo en cuenta el acto interruptivo citado en el párrafo que antecede (citación a juicio de fecha 16 de junio de 2005)..., toda vez que los hijos Martín Miguel y María Pía han alcanzado respectivamente su mayoría de edad con fecha 21 de diciembre de 2002 y 22 de octubre de 2004, considero que se ha extinguido también la acción penal específicamente en relación al incumplimiento de los deberes de asistencia familiar que afectare a los mencionados Martín Miguel y María Pía Dione; no así al que atañe a los restantes hijos del encausado"*.

Luego de un detenido estudio de las actuaciones, la cuestión principal a meritarse ciñe a determinar si estamos en presencia de uno o varios actos escindibles entre sí. Ello así, por cuanto establecido si nos encontramos en presencia de uno o más delitos que concurrirían materialmente, se determinará si el curso de la prescripción de la acción penal, correrá separadamente por cada hijo -supuesto que medie concurso real-, o desde el que el último hijo cumpla los dieciocho años de edad -concurso ideal-. Tal situación dilucidará si en el caso concreto, la acción penal se encuentra o no prescripta por el lapso transcurrido.

Ante todo cabe señalar, en orden al carácter del delito en cuestión, que tengo dicho que el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar previsto en el artículo 1 de la ley 13.944, es un delito de omisión,

de peligro abstracto, continuo y de carácter permanente. Al respecto, ya he tenido oportunidad de expedirme al emitir mi voto *in re* "Pérez, César Omar s/ recurso de casación", Sala II, causa n° 14.670, reg. n° 20.039, rta. el 13/06/12, a cuyos argumentos me remito. Allí postulé que: *"...el delito permanente cubre un íter temporal desde que empieza hasta que concluye su comisión, de allí que su comisión no se agote en un incumplimiento en concreto, sino que se prolonga en el tiempo mientras el autor continúe incumpliendo su obligación... Se trata de un delito permanente y por éste se entiende a todo hecho en el que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo (cfr. Claus Roxin, 'Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito', Ed. Thomson-Civitas, reimpresión año 2007, pág. 329)"*.

Sin perjuicio de esto, desde ya conviene aclarar que tal extremo no influirá en el tipo de delito en cuestión, por cuanto su consumación y carácter no modifican el eventual concurso que podría mediar entre distintos delitos. En otras palabras, la interpretación del tipo penal en cuestión, donde inevitablemente debe considerarse el bien jurídico protegido, y aún su clasificación como delito permanente, no influyen en la teoría general del concurso de delitos.

Por lo tanto, en este caso en particular, encontrándose el imputado obligado a cumplir con las necesidades materiales respecto a cada hijo en particular, siendo que los mandatos son perfectamente escindibles, nos encontramos en presencia de un concurso real (artículo 55 del Código Penal).

Sin entrar a analizar los variados criterios establecidos por la doctrina desde antaño para distinguir la presencia de una o más acciones, el problema que aquí se presenta respecto a las teorías diferenciadoras entre concursos ideal o real, es que en materia de delitos de omisión, por definición, no pueden diferenciarse acciones a

## *Cámara Federal de Casación Penal*

nivel pretípico.

Considero que en el caso *sub examine*, podría sostenerse la unicidad de conducta en caso que el autor pueda evitar simultáneamente con una sola conducta, los distintos resultados típicos. En caso que aquel no evite con la misma acción distintos resultados típicamente relevantes, no pudiendo cumplir con todos ellos a la vez, habrá que tomar dicho obrar como una sola conducta, situación que no acontece en autos.

Por el contrario, acaecido un resultado típico -en el caso, el padre que se sustrajere a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años-, surgido otro mandato de obrar -requiriendo la ley un nexo de evitación entre la situación típica y su resultado- respecto a otro hijo, y pudiendo el padre cumplir con el segundo y no lo hace, se advierte que las omisiones son perfectamente escindibles entre sí, y por lo tanto, media un concurso material entre ellas.

Ya se ha pronunciado la doctrina hace tiempo al respecto, incluso para el caso específico que nos compete, en cuanto que: *"En los delitos de omisión hay que proceder con los mismos principios. Si, contrariamente a su deber de garante, el autor omite evitar varios resultados típicos (delito de omisión impropia) entonces hay que aceptar una omisión si por medio de una sola acción habría podido evitar todos aquéllos. En cambio, concurren varias omisiones si tras el acaecimiento de uno de los resultados hubiera sido todavía posible el impedimento de los otros. De este modo, concurre una pluralidad de omisiones ante la infracción del deber de manutención frente a varios legitimados a su percepción"* (Jeschek, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ed. Comares, Granada, 2002, página 769).

Más aún, en la interpretación del tipo legal en cuestión, lo dicho concuerda con lo establecido por el legislador en cuanto ha impuesto en el artículo 1 de la ley

13.944, una obligación de hacer respecto a cada hijo de modo singular. La interpretación dogmática aquí postulada no contradice la construcción del tipo prevista por el legislador.

Por último, el bien jurídico protegido en el tipo penal en cuestión -cuyo estudio corresponde a la parte especial del Derecho Penal-, no puede modificar el criterio seguido para dilucidar el carácter concursal imperante, cuyas reglas corresponden a la parte general y son plenamente aplicables a los delitos en particular. Así, efectuada la correcta interpretación de un tipo legal que protege el bien jurídico concreto, luego corresponderá establecer su modo concursal. Tampoco influye en el caso, el carácter permanente del delito en cuestión, por cuanto el estado consumativo se mantiene durante el lapso previsto por el tipo donde el imputado tiene la obligación de cumplir con el mandato debido, pero por cada beneficiario en particular.

2º) Sentado cuanto antecede, en el caso sujeto a análisis, estando en presencia de cuatro delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. 1 de la ley 13.944) que concurren materialmente entre sí (art. 55 del Código Penal), el curso de prescripción de la acción penal corre separadamente por cada delito de conformidad con lo previsto por el art. 67, último párrafo, del mismo cuerpo legal.

Por lo tanto, habiéndose superado el máximo de la escala penal para el delito en cuestión, desde que los hijos Martín Miguel y María Pía Dione cumplieron dieciocho años de edad, y no mediando otra causal interruptiva del curso de la prescripción, la acción penal se encuentra extinguida exclusivamente respecto a los nombrados (arts. 59 y 62 inc. 2 del Código Penal).

3º) Sin perjuicio de lo establecido en el punto anterior por cuanto las reglas respecto a la prescripción de la acción penal son comunes a todos los delitos del derecho interno, cabe señalar que el caso en análisis involucra una protección constitucional preceptuada en la "**Convención sobre los Derechos del Niño**" -con rango

## *Cámara Federal de Casación Penal*

constitucional en virtud del artículo 75 inciso 22 CN-, cual es el **interés superior del niño**, según los artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40.

Es por ello, que los magistrados deben ponderar al resolver las cuestiones que le son sometidas a su jurisdicción, las consecuencias que sus decisiones puedan tener, pues ellas podrán influir directa o indirectamente en la protección y el desarrollo personal de los niños.

La restricción al pago de las cuotas alimentarias, no sólo constituye una violencia económica con la ex pareja, sino una violación flagrante a los derechos del niño, siendo responsabilidad del Estado adoptar todas las medias necesarias para que los niños sean protegidos y cuidados para lograr su bienestar, teniendo en cuenta los deberes y derechos de sus padres -art.3.2 CDN-, en caso contrario se incumple con las compromisos asumidos internacionalmente.

**4°)** Por lo expuesto, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación impetrado por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas (arts. 456 inc. 1°, 470 *a contrario sensu*, 532 y concordantes del CPPN).

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Raúl R. Madueño** dijo:

Que he de disentir con la solución propuesta con la colega que lidera el acuerdo.

Que el juez de instrucción declaró extinguida parcialmente la acción penal por el delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar imputado, toda vez que los hijos del imputado, Martín Miguel y María Pía han cumplido 18 años de edad; quedando subsistente la acción respecto de los otros hijos menores.

Que, toda vez que la figura de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar constituye un delito de omisión, de peligro abstracto, continuo y de carácter

permanente, la prescripción de la acción penal recién comienza a correr respecto del imputado, una vez que los menores a su cargo cumplan los dieciocho años de edad (art. 1 de la ley 13.944 y 63, C.P.). Si se desprende de las actuaciones principales que dos de los hijos del encartado no han alcanzado aquella edad, la prescripción de la acción penal no ha operado.

Ello en virtud de que los tipos penales establecidos en la ley 13.944 no ampara personas singularmente consideradas sino en tanto integrantes de una familia, porque la pluralidad de sujetos pasivos no multiplica el delito, pues en esa hipótesis aunque las víctimas sean varias no desaparece la unidad de la familia como bien jurídico (cfr. Plenario "Guersi, Néstor M." de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, resuelto el 31/7/1981, voto del doctor García Torres al que adherí).

Por ello, y toda vez que dos de los hijos del imputado no han alcanzado la edad de 18 años, es que la acción penal continúa vigente. Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Luis María Cabral** dijo:

Que adhiere al voto emitido por el doctor Madueño, y expide el suyo en igual sentido.

Por ello, el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE: HACER LUGAR** al recurso de casación deducido por el Ministerio Público Fiscal a fs. 10/12, sin costas, y devolver las actuaciones a su origen a fin de que continúe con la tramitación de la causa, según su estado.

Regístrese, notifíquese y oportunamente, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 15/13, CSJN), a través de la Secretaría de Jurisprudencia de esta Cámara. Cúmplase con la remisión ordenada, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

Fdo.: Ana María Figueroa, Luis M. Cabral y Raúl Madueño.

Ante mí: Javier E. Reyna Allende. Secretario de Cámara

Causa N°13.444 -Sala I-  
DIONE DE LA COLINA,  
Marcelo s/ recurso de  
casación

*Cámara Federal de Casación Penal*