

**I.P.P. nro. diecisiete mil quinientos noventa y cinco.**

**Número de Orden:\_\_\_\_\_**

**Libro de Interlocutorias nro.\_\_\_\_\_**

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los 20 días del mes de Mayo del año dos mil veinte, reunidos en su Sala de Acuerdos los Señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, Doctores Guillermo Alberto Giambelluca y Gustavo Angel Barbieri (art. 440 del C.P.P.), para dictar resolución en la I.P.P nro. 17.595/I caratulada "**S. s/ incumplimiento de los deberes de asistencia familiar**", y practicado que fue el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debe tener lugar en este **orden Doctores Giambelluca y Barbieri**, resolviendo plantear y votar las siguientes:

### **C U E S T I O N E S**

1°) **¿Es justa la resolución apelada?**

2°) **¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?**

### **V O T A C I Ó N**

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE:** A fs. 126/130 interpone recuso de apelación el Sr. Agente Fiscal de la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio nro. 11 -Dr. Diego Conti-, contra el pronunciamiento dictado por la Sra. Juez a cargo del Juzgado de Garantías nro. 1 Departamental -Dra. Gilda Stemphelet, a fs. 124/y vta.-, que resolvió sobreseer totalmente a S. por haberse extinguido por prescripción la acción penal incoada respecto del delito de incumplimiento a los deberes de asistencia familiar que se le imputara como cometido en Bahía Blanca entre el mes de octubre de 2013 y el mes de mayo de 2015.

Como primer motivo de agravio denuncia la omisión de la elevación del recurso de apelación planteado por la fiscalía a fs. 75/77, e inobservancia de los arts. 18 y 75 inc. 22 de la C. Nacional.

Plantea también la errónea aplicación del artículo 67 del Código Penal. Entiende que se encuentra vigente el estado consumativo, por lo que no ha comenzado a correr el curso de la prescripción conforme al artículo 63 del C. Penal.

Cita doctrina en apoyo de su posición.

Hace hincapié en el carácter permanente del delito, que es lo que provoca que una vez que el estado consumativo se produce, éste se mantenga mientras la obligación continúe sin ser cumplida.

Destaca jurisprudencia en el sentido que, mientras persista el incumplimiento de deberes de asistencia familiar, la prescripción comienza a correr recién cuando el menor cumple los dieciocho años.

Solicita la revocación del pronunciamiento atacado.

El recurso es mantenido a fs. 144/146 por el Sr. Fiscal General Adjunto, Julián Martínez Sebastian, haciendo propios, por compartirlos los argumentos expuestos por el Agente Fiscal de la instancia.

De la confrontación del recurso de apelación, con el pronunciamiento en pugna y el derecho aplicable al caso, es dable anticipar la procedencia de la impugnativa intentada.

Cabe recordar que la prescripción es un instituto de orden público, que se produce de pleno derecho por el transcurso del plazo legal sin que se verifiquen circunstancias que la suspendan o interrumpan y que debe ser declarada por los tribunales en cualquier estado del proceso y en forma previa a toda decisión sobre el fondo del asunto.

En el caso el Sr. Agente Fiscal formuló requisitoria de citación a juicio, atribuyendo a S. que desde el mes de octubre de 2013 hasta el mes de mayo de 2015, haberse sustraído a prestar los medios indispensables para su subsistencia

a su hijo menor de edad, N., configurando el hecho el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. 1 Ley N° 13.944, ver fs. 63/66 vta.).

La normativa citada establece que "... se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de setecientos cincuenta pesos como mínimo y veinticinco mil pesos como máximo a los padres que, aún sin mediar sentencia civil, se sustrajeren a prestar los medios indispensables para la subsistencia de su hijo menor de dieciocho años, o más si estuviere impedido".

La Sra. Juez de Garantías interviniente, resolvió sobreseer totalmente a S. por haberse extinguido la acción penal incoada por el Ministerio Público Fiscal.

Para así resolver tuvo en cuenta que "... la requisitoria de citación a juicio fue presentada en el Juzgado con fecha 13 de mayo de 2016, por lo que desde esa fecha hasta el presente ha transcurrido el plazo de dos años necesario a los fines de dictar la prescripción de la acción penal en la presente causa ..." (fs. 124/vta.).

Ahora bien, en atención a la especial naturaleza que tiene el tipo penal imputado -delito de omisión, de peligro y continuo-, corresponde determinar cuándo empieza a correr el plazo de prescripción en este tipo de procesos.

En efecto, "...La mayor parte de la doctrina afirma que es un delito de carácter permanente. Por consiguiente su consumación se prolonga en el tiempo, a partir del comienzo de la omisión dolosa del obligado a la prestación alimentaria, y sólo se interrumpe por el cumplimiento del deber, por falta de poder económico para hacerlo, por cesar la obligación por imperio legal, es decir, la circunstancia de haber cumplido el menor 18 años de edad o, si tiene más, cesado su incapacidad, o por el dictado de sentencia condenatoria firme por ese delito. El estado de consumación es susceptible de prolongarse mientras la obligación continúe sin cumplirse... El carácter continuado trae consecuencias en relación a la prescripción de la acción, pues dado que la omisión típica se prolonga en el tiempo, se debe comenzar a computar su plazo una vez que dicha conducta haya cesado, tal como lo prescribe el artículo 63 del C.Penal, o bien desde que el menor cumpla dieciocho años de edad -art. 1 de la Ley 13.944-, o al cumplirse la obligación. No habiéndose interrumpido el incumplimiento no comenzará a correr

dicho plazo ...". (Código Penal, comentado y anotado, Andrés D'Alessio, Tomo III, pág. 141/143, Bs. As., La Ley, 2011).

Que siendo así, entra en juego el artículo 63 del Código Penal que dispone que, dado su carácter permanente, en este tipo de delitos, el curso de la prescripción de la acción empezará a correr desde su cesación.

En el "sub lite" considero que el cese de la conducta omisiva imputada habría ocurrido con el depósito de tres mil quinientos pesos efectuado por el encausado en fecha 11/09/2014 (ver fs. 45).

Conforme lo manifestara la denunciante a fs. 1/vta., por ante el Juzgado de Familia Departamental, se estableció que el encausado debía entregar la suma de setecientos pesos mensuales, para lo cual abrió una cuenta en caja de ahorros en el Banco Provincia sucursal Tribunales.

La suma dineraria, equivalente a cinco mensualidades, constituiría, en principio, el cumplimiento del deber de asistencia que se le imponía legalmente al encartado, interrumpiendo así el estado consumativo de la omisión que se le imputa, por lo que corresponde separar en dos tramos el suceso fáctico de la imputación y tomar como fecha en que cesó la conducta delictiva primigenia, aquella en que se realizó el pago por parte del imputado, es decir 11/09/2014 (fs. 45.).

Por ello la acción penal correspondiente al plazo transcurrido con anterioridad a esa fecha, se encuentra extinguida (arts. 62 y 63 del C.P.P., y artículo 1 de la ley 13.944).

Ahora bien, la Magistrada de la instancia sostuvo que existió un hito interruptivo del plazo de la prescripción de la acción penal, consistente en la requisitoria de citación a juicio presentada con fecha 13 de mayo de 2016.

Conforme todo lo expuesto, considero que no es necesario expedirse acerca del efecto interruptor de la referida citación, desde que en atención a la naturaleza del delito en tratamiento, no puede descartarse que el incumplimiento haya continuado.

En función de ello corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por el fiscal, ya que en el caso se advierte que la señora Jueza que resolvió declarar extinguida la acción penal por prescripción y sobreseyó al imputado, toda vez que el delito en tratamiento es de los denominados permanentes, prolongándose en el tiempo, debiéndose comenzar a computar el plazo de la prescripción una vez que dicha conducta haya cesado, tal como lo establece el artículo 63 del C.P., no derivando de las presentes actuaciones que el imputado haya cesado de incumplir con la obligación de asistencia familiar en favor de su descendiente. También ha de considerarse que en atención a que el tipo penal imputado (art. 1 de la Ley 13.944) tiene incidencia sobre menores, debe incorporarse el "interés superior del niño" como pauta constitucional y principio rector para la solución de los derechos en pugna.

Con este alcance voto por la negativa.

**A LA MISMA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI DICE:** Voy a disentir parcialmente con el voto emitido por mi colega preopinante, en tanto considero que la acción penal correspondiente a la totalidad del delito por el que se acusa al procesado no se encuentra extinguida por el plazo del tiempo.

En ese sentido, y en primer término, señalo que en autos no existe prueba suficiente para sostener que el depósito de 3.500 pesos realizado el 11/9/2014 constituya una aporte de entidad suficiente como para sostener que el estado consumativo del incumplimiento de deberes que se le adjudica al imputado hubiera, en algún momento, cesado.

En el entendimiento de que dicho pago no permite sostener que el causante hubiera dejado de sustraerse de las obligaciones de asistencia que legalmente le correspondían, contrariamente a lo propuesto en forma precedente, considero que no debe escindirse la imputación formulada, resultando que el delito se ha cometido durante todo el lapso temporal en que ha persistido el incumplimiento, desde el mes de octubre de 2013, sin que dicho pago implique un cese en su comisión.

Ahora bien. Sentado ello y en estricta referencia a la decisión apelada destaco que, tratándose de un delito continuo y a efectos de analizar la extinción de la acción penal por prescripción (por el transcurso del tiempo), resultaba necesario que la Sra. Jueza tuviera por probado en el expediente alguna circunstancia que evidencie el cese en la comisión del delito, de forma tal que pudiera tener por válidamente comenzado el curso de ese plazo prescriptivo, siendo "esa" la condición expresamente prevista por el legislador nacional (art. 63 del C.P.). Sin embargo, no existe referencia alguna a dicho extremo en el decisorio impugnado.

Así, y ante la falta de esa acreditación, no puede compartirse la decisión de la Magistrada de Grado, en tanto que, para sostener que la acción penal se ha extinguido, ha computado el transcurso del plazo de prescripción desde la ocurrencia de una causal interruptiva, como la presentación de la requisitoria de elevación a juicio, pero sin que se encuentre verificado que se hubiera dado la "previa condición legal" (cese del delito) para que ese lapso hubiera comenzado a correr.

Ello, dado que no existe constancia de la ocurrencia de ninguna de las circunstancias previstas por el código penal para tal inicio. Máxime en este caso, en el que el procesado ha estado rebelde desde el 18 de septiembre de 2017 hasta el 27 de diciembre de 2018, sin contar con información sobre cuál ha sido su conducta en relación al ilícito en todo ese lapso.

En ese sentido, la verificación previa de la existencia de una circunstancia que de comienzo del curso prescriptivo, resulta una condición lógicamente necesaria para que pudiera operar alguna causal interruptiva de dicho curso y que permita efectuar un cómputo temporal como el que realizó la Magistrada para declarar la prescripción de la acción penal.

Por ello propongo revocar el auto apelado, debiendo remitirse la I.P.P. a primera instancia a fin de que se resuelva sobre la concesión del recurso presentado -a fs. 75/77, y que se tuvo presente a fs. 112-, previo a que se declarara la rebeldía del causante.

Así lo voto.

**A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR SOUMOULOU DICE:**

Adhiero al voto del Dr. Barbieri, votando en el mismo sentido.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE:** Atento el resultado alcanzado al tratar la primera cuestión corresponde declarar procedente el recurso interpuesto por la Fiscalía, revocando parcialmente -por mayoría de opiniones- la resolución recurrida (arts. 421, 439 y ccetes del C.P.P.), declarándose vigente la acción penal del delito investigado a partir de la fecha, debiéndose tratar en la instancia de origen el recurso de apelación presentado a fs. 75/77.

Así lo voto.

**A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR, BARBIERI DICE:**

Adhiero al sufragio que precede.

**A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR, SOUMOULOU DICE:**

Adhiero al voto del Dr. Giambelluca, votando en el mismo sentido.

Con lo que terminó este acuerdo que firman los Señores Jueces nombrados.

## **RESOLUCIÓN**

Bahía Blanca, 20 de Mayo de 2020.

**Y Vistos; Considerando:** Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que no es justa la resolución recurrida.

Por todo lo expuesto este **TRIBUNAL RESUELVE:** hacer lugar al recurso de la Fiscalía y revocar parcialmente -por mayoría de opiniones- la resolución recurrida, dando por vigente la acción penal desde la fecha, reenviando a la instancia de origen para que se analice la concesión del remedio interpuesto a fs. 75/77 (arts. 421, 434, 435, 442 y cccts.del C.P.P.).

Notificar al Ministerio Público Fiscal y a la Defensa.

Hecho, devolver a la instancia de origen, donde deberá al encausado.