

Sent N° 436 - “A., H. R. p.s.a. Infracción ley 13944 de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar –Recurso de Casación–” – TSJ DE CÓRDOBA – 30/12/2013

En la Ciudad de Córdoba, a los treinta días del mes de diciembre de dos mil trece, siendo las nueve horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos caratulados “A., H. R. p.s.a. Infracción ley 13944 de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar –Recurso de Casación–” (Expte. “A”, 108/13), con motivo del recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado H. R. A., el Asesor Letrado Penal, Dr. Ignacio Ortiz Pellegrini, contra la sentencia número dieciocho, de fecha primero de noviembre de dos mil trece, dictada por el Juzgado Penal Juvenil de 7ma. Nominación –Secretaria 7- de esta ciudad de Córdoba.

Abierto el acto por la Sra. Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1º) ¿Yerra el tribunal al fijar dos sucesos distintos cuando en realidad se trata de un único delito

continuado?

2º) ¿Es legítimo el monto de pena impuesto a H.R.A. y el modo de ejecución decidido por el

tribunal?

3º) ¿Qué resolución corresponde dictar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel.

A LA PRIMERA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por sentencia n° 18, de fecha primero de noviembre de dos mil trece, el Juzgado Penal Juvenil de 7ma. Nominación –Secretaria 7- de esta ciudad de Córdoba resolvió, en lo que aquí interesa: “I) Declarar a H. R. A. , ya filiado, autor responsable del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en forma continuada (arts. 1 ley 13944 y 55 contrario sensu del Cód Penal), por los períodos comprendidos desde los primeros días del mes de febrero del año dos mil siete hasta los primeros días del mes de febrero del año dos mil doce (primer hecho) y desde los primeros días del mes de marzo del año dos mil doce hasta el día veintisiete de agosto del año dos mil trece (segundo hecho) en perjuicio de sus hijos: J.R. , B.A., F.M., E.E. y F.T.A. ; e imponerle la pena de un año y un mes de prisión (arts. 9 y cts, 40 y 41 del CP), con costas (arts. 55º y 551 del C.Penal). II) Ordenar el encierro cautelar de H. R. A. y mantener su alojamiento en la Unidad Carcelaria N° 1 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 todos los compromisos que éste conlleva; 2) Incorporarse de inmediato a actividad educativa que le permita concluir el ciclo escolar primario; 3) Capacitarse laboralmente y 4) trabajo remunerado, en cuyo caso, parte del salario, en la proporción de ley, sea destinado a reparar el daño causado y abonar la cuota alimentaria de sus ocho hijos

a cuyo fin oficiase. III) Fijar como prestación alimentaria mínima e indispensable para la subsistencia de sus hijos una vez que H.R.A. recupere su libertad, la suma de dos mil trescientos pesos (\$2300) la que deberá abonarse mensualmente en la cuenta abierta en el Banco Provincia de Córdoba, a tal fin (art. 109 in fine Ley 9944)...” (fs. 420/436).

II. Comparece el Asesor Letrado Penal, Dr. Ignacio Ortiz Pellegrini, en su calidad de defensor del imputado y deduce recurso de casación a su favor, denunciando varios agravios, todos vinculados con la pena a él impuesta. Señala que el objeto de su escrito es propugnar la nulidad absoluta parcial del decisorio, en cuanto estima que el tratamiento de la tercera cuestión configura el supuesto de arbitrariedad.

Afirma que la arbitraria valoración que efectúa el a-quo -derivada de la no aplicación del principio de razón suficiente, de la lógica formal y de las reglas de la experiencia común, que informan el sistema de la sana crítica racional- lo condujo a concluir que era justo y equitativo imponer a su defendido, H. R. A. , una pena de cumplimiento efectivo de un año y un mes de prisión.

Anticipa que demostrará que se han conculcado garantías expresamente previstas por las Cartas Magnas, Nacional y Provincial, que hacen a la obligación de fundar las resoluciones, el Debido Proceso Legal y la Defensa en Juicio (CN, 18; C. Pcial., 155, 39 y 40).

Como cuestión previa objeta errores conceptuales del tribunal que tienen incidencia directa en la determinación de la condena. Explica que el error consiste en haber fijado dos sucesos distintos –hechos nominados primero y segundo- por los que se condena a H. A., cuando en realidad estamos ante un único delito continuado.

Cita doctrina que sostiene que el tipo penal del art. 1 de la ley 13944, se trata de un delito que tiene como bien jurídico protegido “la subsistencia material de las personas que forman parte del grupo familiar” (cfr. Laje Anaya Justo, “Notas a Leyes Penales”, “La Familia y el Derecho Penal” –Ley 13944-, pág. 24; Lascano Carlos “La Ley 13944 y el estado actual de la jurisprudencia”, pg. 11, entre otros) o directamente la “familia” (Cfr. Laje Anaya Justo, “Delitos Contra la Familia”, pg. 189). También precisa la doctrina autorizada, que al ser un delito contra la familia –al momento de analizar la unidad o pluralidad delictiva- en el caso de que la omisión afectara a varias personas integrantes de un mismo grupo familiar –como el caso de un padre que no cumple con su obligación alimentaria con respecto a sus hijos menores de 18 años de edad-, no tratándose de un delito contra las personas, sino contra la familia, la delictuosidad no puede multiplicarse (art. 55 C.P.), salvo que se tratara de distintos contextos o de diferentes núcleos familiares (Lascano, Carlos ob. Citada, pg. 72; Laje Anaya Justo “Comentarios” Tomo II, pg. 430).

Agrega como característica de este delito que es de peligro abstracto y permanente, siendo indispensable que la omisión “se prolongue en el tiempo, a partir del momento en que el autor debió efectuar la prestación alimentaria” (cfr. Nuñez, Ricardo C. “Tratado Dcho Penal”, Tomo IV, pg. 27; Fontán Palestra, “Tratado Dcho Penal”, Tomo IV, pg. 377; Laje Anaya Justo, “Comentarios”, Tomo II, pgs. 442).

Indica que por las características del delito que se enrostra a A., puede razonarse la consecución de una misma conducta típica en dos períodos de tiempos distintos –los que deben ser tomados como un delito continuado (art. 55 “a contrario sensu” del C.P., T.S.J., “Barrera”, Sent. 154, 10/06/2010, entre otros).-, pero jamás como un “nuevo delito” que determina una desconexión entre ambos hechos delictivos que afectan a la homogeneidad

material que la jurisprudencia ha señalado.

Censura que la decisión de la juzgadora al fijar dos hechos delictivos no se trató de un simple error sino que persiguió agravar la pena a imponerse.

Lo señalado, es contrario a derecho, puesto que el hecho que se le atribuye a H. A. se trata de un solo delito continuado.

II.a. El Tribunal condena a A. como autor responsable del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en forma continuada (arts. 1 ley 13944 y 55 contrario sensu del Cód Penal), por los períodos comprendidos desde los primeros días del mes de febrero del año dos mil siete hasta los primeros días del mes de febrero del año dos mil doce (primer hecho) y desde los primeros días del mes de marzo del año dos mil doce hasta el día veintisiete de agosto del año dos mil trece (segundo hecho) en perjuicio de sus hijos: J.R. , B.A. , F.M., E. E. y F.T.A.

La sentenciante al fijar la plataforma fáctica atribuida a A. fracciona el periodo de incumplimiento en dos hechos, decisión que rechaza el defensor, afirmando que se trata de un único delito continuado, por lo que tal solución sólo persiguió agravar la pena de su asistido.

El defensor no asume que el fallo, al responder a la segunda cuestión, expuso motivos suficientes para explicar el desdoblamiento de la plataforma fáctica en dos sucesos, sin que ello significara considerarlos concursados materialmente como pareciera entender el defensor.

Se argumentó que la conducta de H. R.A. encuadra en el delito de Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar, pues con conciencia e intención, encontrándose económicamente capacitado para cumplir, se sustrajo a prestar los medios indispensables para la subsistencia económica de sus hijos, es decir no brindó los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades mínimas e indispensables. Se trató de una conducta deliberadamente omisiva que se prolongó en el tiempo de manera continuada, dado que no hubo aportes aislados, irregulares o insuficientes que tuvieran entidad suficiente para interrumpirlo –y explicó-, siendo dividido en dos períodos, debido a las contingencias procesales del otorgamiento de Suspensión del juicio a prueba y la ampliación efectuada por el Sr. Fiscal en los términos del art. 388 del C.P.P., debiendo responder entonces A. como autor del delito de Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar (art. 45 del C.P. y 1º de la Ley Nº 13.944), debiendo interpretarse los hechos nominados Primero y Segundo, como delito continuado (art. 55 contrario sensu del C.P.), entendiendo que el término “continuado” comprende a todos los casos de consumación no instantánea, por lo que queda equiparado con los delitos permanentes -aquellos en los que su consumación representa un estado consumativo, que implica la permanencia de la ofensa del bien jurídico-, como en el caso.

b. Recordemos que esta Sala ha sostenido que el concurso real de delitos (CP, 55) presupone la existencia de varios hechos independientes concurrentes, imputables a una misma persona en forma simultánea o sucesiva, y en donde las varias lesiones son causadas por varios hechos delictivos (TSJ, Sala Penal, “Bagatello” S n° 301 del 15/11/10). En el concurso real los hechos son independientes, fáctica y normativamente (arg. cfr. CARAMUTI, Carlos S., en BAIGÚN David y ZAFFARONI Eugenio R., dirección, TERRAGNI Marco A., coordinación, "Código Penal y normas complementarias. Análisis

doctrinal y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, 2da. Edición, Buenos Aires, 2007, p. 601/2) (TSJ; Sala Penal, "Cuevas" Sent. n° 152 del 10/06/2010).

Por su parte, según la jurisprudencia de esta Sala "El delito continuado requiere -en la pluralidad de hechos- exigencias objetivas y subjetivas que muestren la dependencia entre todos ellos. Esta hermenéutica, denominada usualmente "tesis mixta", impone los siguientes requisitos: a) la homogeneidad material, que significa tanto la identidad de encuadre legal sin mutaciones esenciales en la modalidad concreta comisiva, como la conexión entre los hechos (que se presentan como partes fraccionadas de la ejecución de un único delito); y b) la unidad subjetiva, expresada en general a través de la exigencia de la unidad de designio o resolución criminal, incompatible con la resolución plural" (T.S.J. S. N° 154, 10.6.2010 "BARRERA, Silvia Alejandra y otros p.ss.aa. falsificación de instrumento público -Recurso de Casación-").

Los sucesivos incumplimientos del imputado A. , constituyen un único delito continuado, tal como lo resolvió la sentenciante.

La queja del defensor luce indemostrada, en modo alguno ha procurado evidenciar que el tribunal al desdoblar los hechos, persiguiera el fin de agravar la pena a imponer a A. –como afirma-; tal fraccionamiento, como se precisó, se sustentó en contingencias procesales debido al otorgamiento previo al imputado del beneficio de la suspensión del juicio a prueba –que luego le fue revocado por incumplimiento de las reglas impuestas- y la ampliación efectuada por el Sr. Fiscal en los términos del art. 388 del C.P.P..

Asimismo, motivó debidamente el monto de pena impuesto a A., en función de las múltiples circunstancias agravantes ponderadas en su contra.
Así voto

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de idéntica forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Seguidamente, el defensor expone distintas críticas que divide en cinco agravios, todos enfocados en la misma dirección: rechazar el monto de pena impuesto a A. y el modo de cumplimiento efectivo de la misma, seleccionado por el tribunal.

Advierte que no escapa a su conocimiento que la facultad discrecional, a la hora de fijar la pena, es, en principio, potestad exclusiva del Tribunal de juicio -por lo que en esta materia queda abierto apenas un estrecho margen a la recurribilidad en casación-; no es menos cierto que el resquicio recursivo en la temática aludida se abre en los supuestos de arbitrariedad de la sentencia (cfr. T.S.J., Sala Penal, S. N° 14, 7/70/88, "Gutiérrez"; S. N° 4, 28/3/90, "Ullua"; S. N° 69, 17/11/97, "Farías"; A. N° 93, 27/4/98, "Salomón", "Oliva" S.

Nº 5 16/05/11, entre otras).

Destaca que su planteo no estriba en una mera discrepancia con el monto de la pena impuesta en contra del acusado H.R.A., dentro del marco de la escala penal aplicable, y su forma de ejecución. Muy por el contrario, lo que se advierte en el subexamen es que la libre convicción del Tribunal de juicio no se fundamenta en ninguna constancia que avale la conclusión a la que se arriba, por lo cual –afirma- deviene en arbitraria.

PRIMER AGRAVIO: “Inobservancia de normas establecidas bajo pena de nulidad – Violación de los Principios de Inocencia, Defensa en Juicio y Debido Proceso Legal. “LA CONDUCTA DEFENSIVA DEL IMPUTADO” (arts. 468 inc. 2, 413 inc. 4º, 408 inc. 2, 185 inc. 3, 186, 190, 480 C.P.P., 39,40, 41 y 155 C. Pcial.; 18 y 31 C.Nacional):

El defensor transcribe las agravantes ponderadas por el tribunal al mensurar la sanción a imponer a R.A., y señala que de las constancias de las actas de debate surge que A. prestó declaración, en calidad de imputado, formuló algunas apreciaciones que estimó útiles a su derecho de defensa, entre ellas a que “nunca se encontró bien emocionalmente” y que todo su problema lo “puso mal anímicamente, estaba en cama, no lo dejaba levantarse”, circunstancias que motivaron la realización de pericias psiquiátricas y psicológicas –con control de parte- sobre el mismo, a fin de determinar la asunción o existencia del elemento subjetivo del tipo penal que se le enrostra.

Por ello –denuncia- el sentenciante al momento de imponer la pena a A., vulneró la garantía constitucional de la “defensa en juicio” al agravar la condena debido al modo en como A. ejerció su defensa material y técnica.

Interpreta a partir de las afirmaciones de la sentenciante que la imposición de la condena más gravosa a su asistido se fundó necesariamente en el modo y la forma en que el nombrado ejerció su defensa real, lo que implica un nítido cercenamiento de los derechos defensivos del acusado, a quien la constitución y las leyes le aseguran el derecho a defenderse materialmente, el ejercicio mismo de tal derecho no puede resultar sujeto a graves represalias, ni el agravamiento de su situación legal, como ha incurrido en el presente caso, al influir ello de manera categórica en la más gravosa condenación impuesta.

Recuerda que al imputado lo asiste –durante la tramitación de todo el proceso- un “estado jurídico de no culpabilidad” o estado de inocencia (art. 39 Const. Pcial, art. 11 D.U.D.H) respecto al ilícito que se le atribuye, que no tendrá que acreditar, como tampoco tendrá que hacerlo con respecto a las circunstancias eximentes o atenuantes de su responsabilidad penal que pueda invocar. En este sentido, el principio de inocencia se relaciona íntimamente con el derecho de defensa, pues proporciona a éste su verdadero sentido. Durante todo el proceso, al imputado se le reconoce un estado jurídico de inocencia, el que debe ser destruido por la prueba de cargo aportada por los órganos de persecución penal del estado. El sentido de su defensa será: controlar el modo en que se pretende probar su culpabilidad, podrá oponer resistencia a la pretensión penal ejercida. El principio de inocencia autoriza al encartado a ejercer su defensa a través de un comportamiento procesal pasivo y conlleva la prohibición de obligarlo a declarar contra sí mismo -nemo tenetur se ipsum accusare- (art. 18 C.N.; art. 40 Const. Pcial.) (Cfr. Cafferata Nores, José Ignacio-Tarditti, Aída; "Código Procesal Penal de la Pcia. de Cba. -Comentado-" Tomo I, pág. 36 y T.S.J. Sala Penal, "Oliva", S nº 20, 22/3/01). Cita jurisprudencia de esta Sala.

Concluye que la juzgadora avanzó descalificando no solo sobre los dichos de su asistido, -

haciendo apreciaciones subjetivamente relevantes con incidencia causal en la ponderación de las pautas de mensuración de la pena a imponer—con efecto agravante-, sino que traspaso más allá de ello, cuestionando la forma en que él —defensor- buscó acreditar los simples dichos del mismo y la forma de su ejercicio durante el debate reprochando y juzgando para mal el modo en que se llevó a cabo la defensa técnica, lo que vulnera la garantía constitucional consagrada por nuestro amplio plexo constitucional (art. 18 C.N., 39 Const. Pcial, art. 8.1 C.A.D.H, art. 14.1 y 3, pto. b, d y g de P.I.D.C y P.).

SEGUNDO AGRAVIO: “Inobservancia de Normas establecidas bajo pena de nulidad. Fundamentación contradictoria. Argumentos contradictorios respecto a la salud psíquica del acusado” (arts. 468 inc. 2, 413 inc. 4º, 185 inc. 3, 186, 190 y 480 C.P.P., 39,40, 41 y 155 – segundo párrafo- C. Pcial.; 18 y 31 C. Nacional):

Al iniciar su denuncia señala que la sentenciante ponderó en perjuicio de A. las siguientes circunstancias: 2.) La edad y “buen estado de salud” lo cual habla del potencial de trabajo que el mismo representa; 3.) la inmadurez psicológica que presenta....la que lejos de ser considerada un atenuante como lo sostuvo la Defensa, con tal estado carga quien lo padece y no los terceros...”. Y agrega que la sentencia destaca que “...Todos los peritos psicólogos y psiquiatras, de parte, oficiales y del servicio penitenciario nos hablan que A. necesita tratamiento psicoterapéutico para poder superar su problemática....”.

Entiende que la sanción impuesta es nula por contravenir el art. 413, inc. 4º del C.P.P. ya que su fundamentación es contradictoria, vulneradora de la regla superior de la coherencia. En este sentido, los argumentos dados por la Juez al pasar a estudio la tercera cuestión —con el fin de individualizar la pena- rechaza la aplicación de una condena de ejecución condicional solicitada en su alegato por la Sra. Representante del Ministerio Público Pupilar y subsidiariamente por esta defensa.

Transcribe los argumentos del decisorio El Sr. A., aparentemente, no presentaría voluntad para organizar productivamente su vida cotidiana, como tampoco la de asumir responsablemente las funciones que le conciernen en el ejercicio de su rol parental” (fs. 188vta.) y que, “tiende a transgredir pautas y normas, proyectando la responsabilidad en terceros. Posicionamiento subjetivo inmaduro. No es capaz de llevar a cabo una reflexión sobre sus conductas presentes o pasadas ni proyectar cambios a futuro” (fs. 361vta.)” y que citando el informe de la Trabajadora Social Ileana Benítez —acerca del diagnóstico de la personalidad del acusado, advirtió que “Las relaciones interpersonales se observan disminuidas, con escaso compromiso afectivo. Infiero también que sus relaciones vinculares, de manera especial las de pareja, revisten características dependientes, esperando la ayuda del otro y con marcadas dificultades para asumir responsabilidades y compromisos propios de la edad adulta” (fs. 369), pero —objeta- por el otro costal, establece como pauta de mensuración de la pena que se le impone —como agravante- “el buen estado de salud del acusado” sin precisar a qué tipo de salud se corresponde, esto es, si es a la salud física o es a la salud psíquica, en la cual, se observan marcados patrones de deterioro psíquico, conforme se desprende de las pericias psiquiátricas y psicológicas del acusado — tanto oficiales como de control de parte-, cuyas conclusiones detalla.

Todos estos datos —afirma- no hacen más que destacar lo que el propio acusado —tal vez con dificultad para expresarlo- esboza en su defensa material, acerca de sus padecimientos psíquicos que “...lo dejan muy mal emocionalmente...” y“...en cama, sin ganas de

levantarse...”, que este defensor –sin dejar de soslayar en algún momento- hizo entrever al Tribunal, a fin de que se ponderara en el hecho por el que se lo acusaba, no solo en relación al grado de culpabilidad de su asistido (dolo de la figura típica), sino también para que se meritara -ajustado a derecho- en el momento de la individualización judicial de la pena.

Aclara que no cuestiona que A. padezca de diagnóstico psicológico alguno que le impida la comprensión o sentido de los actos que se endilgan, sino que sus facultades psíquicas se encuentran “marcadamente disminuidas” –lo que debió ser ponderado, balanceado con el resto de los elementos con los que se contaba, como tal, por la Juzgadora al momento de la mensuración en la individualización de la pena- como se establece en los arts. 40 y 41 del C.P .

Señala que el Tribunal considera que funciona como una agravante a fin de merituar la pena a aplicar a R.A. que “goza de buen estado de salud” y al mismo tiempo –contradictoriamente- reconoce como agravante la “inmadurez psicológica que presenta”. Destaca que el imputado no contó o no tuvo los recursos adecuados tendientes a poder afrontar su problemática y por la cual fue condenado.

Censura que no obstante las pruebas documentales incorporadas, pericias psiquiátricas y psicológicas practicadas nada de ello fue valorado a favor del imputado por lo que también incurre en falta de motivación suficiente por cuanto no permite evaluar los parámetros punitivos, para seleccionar el monto de la pena que se le impuso. aplicó para el presente caso.

Señala que la motivación de la sentencia, para ser lógica, debe ser: 1) Coherente; 2) Derivada. En cuanto a la coherencia, esta debe ser congruente y no contradictoria (no emplear juicios contrastantes entre sí).

En el caso –se pregunta-, la medida que se tomó con el acusado, o es, por un lado “porque goza de un buen estado de salud” (psíquica), o porque –por el contrario- padece “inmadurez psicológica” y entonces todo adquiere sentido al final de la sentencia, en la parte resolutive, donde dispone el tribunal asistencia psicoterapéutica para el imputado que le permita adquirir los recursos adecuados. La sentencia incurre así en un defecto de fundamentación que la descalifica como acto jurisdiccional válido, y autoriza a impetrar su nulidad por nulidad.

Explica que la contradicción denunciada, se traduce en un gravamen para A. , por cuanto la pena que se le impusiera importa una derivación ilógica y contradictoria ya que, en cuanto a sus pautas, tal como está en la sentencia nunca sabrá si la sanción impuesta obedece porque “goza de buen estado de salud” (psíquico) –la cual no presenta conforme a los datos observados de los peritajes psiquiátricos y psicológicos del acusado- o por el contrario porque padece un detrimento en su salud psicológica que se presenta bajo un diagnóstico de “inmadurez psicológica”.-

TERCER AGRAVIO: “Inobservancia de normas establecidas bajo pena de nulidad- Falta de Fundamentación”. “Ausencia de tratamiento psicológico del acusado” (arts. 468 inc. 2, 413 inc. 4º, 185 inc. 3, 186, 190, 142 y 480 C.P.P., 39,40, 41 C. Pcial.; 18 y 31 C.Nacional)”:

En este punto, critica que se valorara como circunstancia agravante en contra de A. 4) “...No haber observado el tratamiento psicológico indicado para superar la problemática

psicológica que presentaba;...”.

Precisa que denuncia que la sanción impuesta es nula por contravenir el art. 413, inc. 4° del C.P.P. ya que carece de la fundamentación necesaria, al basarse dicho decisorio en un elemento que no puede ser valorado legítimamente por las razones de hecho y derecho que expone.

Señala que la juzgadora expresó como una de las circunstancias agravantes a los fines de mensurar la pena la carencia de un “tratamiento psicológico indicado”, sin precisar fundadamente bajo qué circunstancias, motivo y lugar, A. habría incumplido el supuesto tratamiento que se le enrostra y ello porque no existen tales constancias informativas en autos.

Se pregunta ¿Qué tratamiento psicológico se le impuso con anterioridad al decisorio que se cuestiona a R.A.? ¿Dónde debía cumplirlo? ¿Bajo qué condiciones el Tribunal considero que A. debía someterse como regla de conducta al proceso el cumplimiento de un tratamiento psicoterapéutico?

Si R. A. necesitaba tratamiento psicológico por padecer una alteración en su psiquis (acreditado con las Pericias Psiquiátricas y Psicológicas efectuadas): ¿Por qué no se le impuso un tratamiento “judicializado” –como regla de conducta-¿ cuándo esta defensa solicitó el recupero de la libertad , al momento de poder imponérsele las obligaciones del 268 del C.P.P. negándole tal recupero. Con el mismo argumento, en tal sentido, tratamiento que podría habersele impuesto al otorgarle la suspensión del juicio a prueba como una regla de conducta a tenor de lo dispuesto por el art. 27 bis inc. 6 y 76 ter –segundo párrafo- del C.P..

¿No era más eficaz, obligarlo a A. a someterse a un tratamiento psicológico ambulatorio con control judicial, y posteriormente, ante su factible incumplimiento meritarlo como tal, esto es, como dato probatorio cierto y objetivo? Nada de eso ha ocurrido.

El Tribunal toma como cierto que A. no se sometió a tratamiento psicoterapéutico voluntario, y ello lo considera como un patrón de conducta reprochable al momento de la individualización de la pena a imponerse, e incluso va más allá, al merituar tal dato como uno de los motivos para la no procedencia de una condenación en forma de ejecución condicional.

Objeta que tanto de uno, como de otro modo –esto es, como agravante en la individualización de la pena (art. 40/41 C.P), como condición necesaria para el rechazo de una condenación de ejecución condicional (art. 26 C.P)-, dicha falta de institucionalización al tratamiento mencionado, no puede ser valorado como un dato cierto y objetivo que fundamente el agravamiento de su situación procesal –la condena de cumplimiento efectivo-, por no haber resultado la misma de un incumplimiento pautado ordenado oportunamente por los órganos judiciales intervinientes (Fiscalía Penal Juvenil y Juzgado Penal Juvenil).

Observa que si los lineamientos genéricos de las políticas internacionales –en aras a la protección de los Derechos Humanos en materia de Salud Mental- reconocidas por nuestro plexo constitucional (art. 75 inc. 22 C.N) pregonan la obligación indelegable e insustituible del Estado de garantizar la adecuación y tratamiento de problemáticas vinculadas a la salud psíquica de la población –sin distinguir si los mismos se encuentran procesados o no en

causas judiciales-, resulta noble destacar que en dicha intelección, el mismo Estado –o sus órganos de aplicación del derecho, como lo es el Poder Judicial- no puede justificar el modo en la imposición de una pena privativa de la libertad (como lo es una condena de cumplimiento efectivo –art. 26 C.P.), o su valoración judicial más gravosa (como una agravante en la imposición judicial de la pena a imponerse –art. 40 y 41 C.P), por padecer sus gobernados tales padecimientos.

Concluye que tanto el modo del cumplimiento de la pena que se le impone a su defendido R.A. –condena de cumplimiento efectivo- , como la ponderación de la circunstancia agravante de la pauta de mensuración de la pena que se le impone al mismo, deviene en arbitraria e infundada, toda vez que el Tribunal reconoce explícitamente por un lado que A. padece “problemas psicológicos de antigua data” –que sin llegar a afectar su imputabilidad por el hecho que se lo acusa, sin que ello no tenga otra incidencia que la de ser un agravante en el modo de ejecución de la pena.

Asegura que “debió meritarse tanto del modo de cumplimiento de la condena, como del monto de la pena que se le impone-, y por otro lado, justifica la ausencia de tal tratamiento psicoterapéutico no impuesto, como condición de mayor peligrosidad en la imposición de una pena. en tal aspecto no fueron oídos por el tribunal los argumentos del propio representante promiscuo de los menores que peticiono una pena de prisión en forma de ejecución condicional ni, obviamente, tampoco los de esta defensa técnica que, en forma subsidiaria, también así lo hizo”.

Así, -concluye- la fundamentación señalada por el Tribunal en cuanto que el acusado A. necesita tratamiento psicoterapéutico “para superar su problemática psicológica”, no hace más que destacar una incongruencia:

CUARTO AGRAVIO: “Inobservancia de normas establecidas bajo pena de nulidad – “Falta de Fundamentación”. Prohibición de doble valoración. “Falta de Gestión de recurso alguno a favor de su deber alimentario para con sus hijos” (arts. 468 inc. 2, 413 inc. 4º, 185 inc. 3, 186, 190, 142 y 480 C.P.P., 39,40, 41 C. Pcial.; 18 y 31 C.Nacional)”:

El Tribunal meritó a los fines de mensurar la sanción a imponer a R.A., como una circunstancia agravante la siguiente: 5) La falta, en el tiempo en cuestión, de gestión de recurso alguno en favor de su deber alimentario para con sus hijos (no procuró cobrar ni la asignación familiar en el ANSES cuando le correspondía, generando el riesgo que tales sumas caducaran, a no ser por la gestión oportuna de la Dra. Natalia Cisneros);...”

En este punto entiende que el tribunal ha incurrido en una doble valoración, pues la sentenciante, expone de forma descalificante y en contra del imputado razones que ya están previstas en el tipo penal de la calificación legal del hecho por el que se lo condena (art. 1 de la ley nacional 13.944) y que el legislador ha previsto precedentemente como elementos constitutivos del tipo delictivo, incurriendo así tal ponderación desfavorable, en una afirmación dogmática y de doble valoración en contra que torna arbitraria la conclusión expuesta en orden al monto de la pena impuesta al acusado A.

Explica que al señalar el Tribunal como una agravante en la individualización de la pena la falta de gestión en recurso alguno a favor de su deber alimentario para con sus hijos” no hace más que precisar la materialidad del delito (art. 1 ley 13944), donde la acción típica consiste simplemente en “eludir, no proporcionar, no suministrar, no dar, no proveer al beneficiario los medios indispensables para su subsistencia” (Cfr. Laje Anaya Javier,

“Notas a Leyes Penales”, La Familia y el Derecho Penal –Ley 13944-, pág. 25), precisando esa conducta omisiva en el apartamiento del cumplimiento de una obligación asistencial.

Tal circunstancia modal que ya ha sido prevista por el legislador en el tipo penal básico, de ningún modo debió ser utilizado y valorado nuevamente por el Juzgador para agravar la escala penal a aplicarse (art. 40 y 41 C.P.), toda vez que hacerlo, deviene un ejercicio arbitrario de la facultad discrecional en la imposición de la pena que implica una vulneración de la prohibición de la doble valoración, comprendida como un aspecto de la garantía constitucional del “Non Bis In Idem” (art. 39 y 40 C. Pcial, 18 C.N, 8.4 C.A.D. H, 14.7 P.I.D.C. y P.) (T.S.J., Sala Penal, S. n° 13, 11/3/98, "Avalos"; S. n° 77, 7/6/99, "Ceballos"; S. n° 67, 7/8/00 "Reyna"; S. n° 74, 15/08/2001, “Cuello”, “Reyes”, Sent. N° 2, 12/02/2010, entre muchos otros).

Finalmente, cita doctrina en relación al principio de proporcionalidad.

QUINTO AGRAVIO: “Inobservancia de normas establecidas bajo pena de nulidad – Falta de Fundamentación. Omisión valorativa de atenuantes (arts. 468 inc. 2, 413 inc. 4°, 185 inc. 3, 186 segundo párrafo, 190, 142 y 480 C.P.P., 39,40, y 155 C. Pcial.; 18 y 31 C.Nacional)”:

Por último, reprocha falta de fundamentación a la resolución (art. 142 C.P.P) atento a que la misma resulta genérica y parcial en los puntos de agravio 2, 3 y 4, en lo específico (agravio n° 1) y en el presente agravio se omite el análisis exhaustivo de cada una de las pautas para la mensuración de la pena previstas en los arts. 40 y 41 del C.P., con lo que se lesiona la intervención del imputado en el proceso penal (art. 185, inc. 3° C.P.P).

Reprocha que si bien el Tribunal ponderó en relación a A. el dato de haber tenido distintos trabajos formales e informales remunerados, la extensión del daño causado, que sin justa causa no concurrió al Tribunal a comunicar su cambio de domicilio y que no ha mantenido ningún tipo de contacto afectivo con sus hijos, nada dijo sobre la personalidad moral del acusado (escaso grado de instrucción), la carencia de antecedentes penales, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir –especialmente la dificultad de ganarse el sustento propio y de los suyos-, y demás circunstancias que demuestren su mayor o menor peligrosidad (art. 40/41), omitiendo así realizar un verdadero pronóstico de peligrosidad penal al momento de individualizar la pena a imponerse.

Se ha incurrido así en un ejercicio arbitrario e ilegítimo del poder que la ley le ha conferido.

El Tribunal de mérito, al momento de elegir el monto de la pena que decidió imponer, omitió analizar exhaustivamente todas las pautas de los arts. 40 y 41 del C.P.

El gravamen existe en tanto al momento de elegir la pena, el Tribunal no impuso el mínimo o en menos, atento que la escala penal parte de un mes de prisión; como a la forma de ejecución de la pena de prisión, que fue dispuesta en forma efectiva.

En cuanto a la personalidad moral del H. A. -y su escaso grado de instrucción-, reflexiona que no puede soslayarse dicha circunstancia como atenuante en la individualización de la pena a imponerse, toda vez, que la misma incide de manera concreta y real en la capacidad del autor para reconocer la antijuricidad del hecho, y para determinarse conforme a ese conocimiento, padeciendo un minus de culpabilidad que amérita impactar en la concreta sanción a imponérsele. Tal circunstancia –entiende- deriva de la declaración del imputado que reconoció expresamente haber cursado hasta el quinto grado de la Escuela Primaria

“Arabe Libia”, y la abandonó cuando tenía solo once años de edad porque había repetido de grado. Al mismo tiempo, A. reconoció que sus padres estaban separados desde que él era chico, siendo el cuarto de los ocho hijos que convivían con su madre B.G.C. quien trabajaba en casa de familia para mantener el hogar. Que no supo del fallecimiento de su padre hasta el año mil novecientos noventa y uno -esto es con posterioridad al mismo-, cuando él tenía quince años de edad. Que a los dieciocho años de edad, empezó a realizar changas de albañilería; en cuanto a su particularidades psicológicas, su imposibilidad de ejercer un trabajo, su imposibilidad de ejercer roles adultos adecuadamente (fs. 363).

Dichas circunstancias de vida señaladas por H.R.A., fueron omitidas en su merituación por el Tribunal, toda vez que las mismas hacen mella en el aspecto volitivo de la conducta que se le reprocha (y su capacidad para auto determinarse) –tal cual como se “visualiza” en las pericias psiquiátricas y psicológicas del nombrado- que repercuten de manera concreta no solo en la formación integral de A. –como persona y como padre- sino también en el contexto sociocultural en el cual se desarrolló.

Insiste en la importancia de la lectura de los dictámenes periciales psiquiátricos y psicológicos de su asistido, donde se da cuenta acabadamente de que A. padeció y padece de una patología importante a nivel intelectual –que afecta a su campo emocional en relación a sus descendientes- que resultan suficientes para aminorar su responsabilidad penal.

En cuanto a los antecedentes penales anteriores, demás resta decir que H. R. A. no posee ningún antecedente penal computable conforme surge de lo mencionado en la planilla prontuarial del mismo, y lo mencionado por el propio imputado al brindar sus datos personales.

Por último –indica- se omitió valorar como aminorante de la peligrosidad procesal la “calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir” –especialmente la dificultad de ganarse el sustento propio y de los suyos-, siendo arbitraria la apreciación del Tribunal, en cuanto a la calidad del empleo –formal e informal- a que se dedicaba A. Destaca que ha quedado debidamente acreditado –con los informes de Anses (fs. 117/137) y AFIP (fs. 138/139) e informes de Encuesta Vecinal y Ambiental incorporados al debate por lectura, los escasos ingresos formales que percibía A. solo por un corto período de tiempo, gran parte del período de tiempo por el que se lo condena como incumplidor A. careció de trabajo formal, circunstancia que fue omitida por el Tribunal, especialmente los largos periodos en los que no se acreditó que su defendido tuviera trabajo o ingreso alguno a los fines de ponderar su menor peligrosidad por el hecho que se lo condena.

SOLUCIÓN PRETENDIDA: Pretende con relación al evento la nulidad absoluta parcial de la sentencia (tercera cuestión) conforme lo dispuesto por los arts. 18, 31 C.N, 39, 40, 41 y 155 de la Const. Pcial, 142, 185 inc. 3, 186 2º párrafo, 468 inc. 2º, 413 inciso 4º, 184, 190 y 480 del C.P.P.-

III. El Tribunal al momento de responder a la tercera cuestión e individualizar la pena a imponer a H.R.A., brindó suficientes motivos para sustentar su conclusión y su decisión en modo alguno luce arbitraria o absurda.

IV.1. Conforme reiterada jurisprudencia de esta Sala, la facultad discrecional de fijar la pena es en principio exclusiva del Tribunal de juicio, que sólo puede ser controlada por el de casación en los supuestos de arbitrariedad de la sentencia (T.S.J., Sala Penal, S. nº 14,

7/70/88, "Gutiérrez"; S. n° 4, 28/3/90, "Ullua"; S. n° 69, 17/11/97, "Farías"; A. n° 93, 27/4/98, "Salomón", S n° 162; 22/07/2011, "Defelippi", entre otras).

Dentro de ese margen de recurribilidad, relativo a las facultades discrecionales del Tribunal de sentencia, se ha fijado el estándar de revisión en los supuestos de falta de motivación de la sentencia, de motivación ilegítima o de motivación omisiva (T.S.J., Sala Penal, "Carnero", A. n° 181, 18/5/99; "Esteban", S. 119, 14/10/99; "Lanza Castelli", A. n° 346, 21/9/99; S n° 162; 22/07/2011, "Defelippi", entre otros).

Conforma un supuesto de motivación ilegítima la ponderación como agravantes de circunstancias que han sido objeto ya de individualización legislativa del mismo tenor.

En cuanto a la prohibición de la doble valoración, esta Sala tuvo oportunidad de sostener en diversos precedentes que de ningún modo una circunstancia fáctica prevista normativamente para agravar la escala penal puede valorarse doblemente: como calificante en el tipo penal y como agravante en la individualización judicial. Ello obedece a que su consideración más gravosa ya fue motivo de valoración por parte del legislador a los efectos de la estructuración del respectivo tipo penal, y por ende, cometido el delito, su nueva selección por el Juzgador a la hora de acrecentar la sanción importa una vulneración de la prohibición de la doble valoración, comprendida actualmente como un aspecto de la garantía del non bis in idem ((T.S.J., Sala Penal, "Avalos", S. n° 13, 11/03/1998; "Ceballo", S. n° 77, 07/06/99; "Reyna", S. n° 67, 07/08/2000; "Cuello", S. n° 74, 15/08/2001; "Altamirano", S. n° 325, 14/12/2007; "Chávez", S n° 106, 17/05/2011, entre otros).

Asimismo, configura otra variante de la arbitrariedad la valuación positiva o negativa absurda de las circunstancias objetivas y subjetivas seleccionadas por el tribunal de juicio, que decanta en la fijación irracional del monto de la pena. En tales supuestos, el a quo utiliza irracionalmente sus facultades discrecionales y ese vicio se presenta con tal evidencia o palmariedad, que es apreciable por el tribunal de casación (T.S.J., Sala Penal, "Villacorta", S. n° 3, 11/2/2000; "Villagra", S. n° 148, 3/11/06).

2. Al ingresar al análisis del recurso interpuesto por el defensor de A., se advierte que si bien divide sus agravios enumerándolos (primero al quinto), serán analizados de manera conjunta pues todos concurren en la misma dirección. El quejoso, no obstante negarlo, claramente evidencia su disconformidad con el monto de la condena impuesta al imputado y el modo de ejecución de la misma, intentando refutar las distintas agravantes ponderadas por la jueza en contra de A.

Del cotejo entre las críticas de la impugnación defensiva y el fallo objeto de embate, se advierte que aquellas resultan formalmente inadmisibles. Doy razones:

a. 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 a A., 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.

La condena al no resultar arbitraria no habilita el control casatorio, desde que constituye

una facultad discrecional del tribunal de juicio.

3. No obstante lo anterior, se dará respuesta a las críticas del defensor dirigidas contra las distintas circunstancias ponderadas en contra de su asistido.

a. En el nominado “Primer Agravio”, el defensor entiende que la sentenciante vulneró la garantía constitucional de defensa en juicio al “agravar su condena” debido al modo en que ejerció su defensa material y técnica.

A., al prestar declaración en calidad de imputado, formuló algunas apreciaciones que estimó útiles a su derecho de defensa, entre ellas que “nunca se encontró bien emocionalmente” y que todo su problema lo “puso mal anímicamente, estaba en cama, no lo dejaba levantarse”, circunstancias que motivaron la realización de pericias psiquiátricas y psicológicas –con control de parte- sobre el mismo, a fin de determinar la asunción o existencia del elemento subjetivo del tipo penal que se le enrostra.

El recurrente, claramente, tergiversa o malinterpreta el razonamiento de la sentenciante, pues en modo alguno ésta ha valorado en contra de A. su posición exculpatoria. Ella, consideró de modo integral los argumentos expuestos por el imputado al momento de su declaración y el modo en que ellos fueron “traducidos” por su defensor, con los resultados de las pruebas técnicas que se le practicaron –pericias psiquiátrica y psicológica-, destacando que la versión de la defensa no asume las conclusiones de las pruebas técnicas, a las que la juzgadora otorgó credibilidad, debido a su seriedad y peso.

Recordemos que esta Sala ha sostenido que la pericia importa un medio de prueba en virtud del cual personas ajenas a las partes y a los restantes sujetos del proceso, a raíz de un específico encargo judicial y fundado en los conocimientos científicos, artísticos o técnicos que poseen, comunican al juez o tribunal las comprobaciones, opiniones o deducciones extraídas de los hechos sometidos a su dictamen.

Aunque el dictamen de una pericia no sea, en rigor, vinculante para el juez, el apartamiento por parte de éste de sus conclusiones y la selección para fundar su resolución en el dictamen de otra pericia exige que brinde una razonable fundamentación, desde que el magistrado carece de los conocimientos técnicos específicos que sí tuvieron los profesionales que practicaron las pericias para descartar la validez de sus conclusiones (TSJ Sala Penal, “González” s. n° 351, 8/11/13, entre otros).

-La Pericia Psicológica elaborada por la Lic. Graciela Yolanda Moreno, refiere que el imputado A. presenta características de personalidad tales como: inmadurez y dependencia afectiva, tendencia a la introversión, relaciones interpersonales escasas, aplanamiento afectivo y tendencias depresivas tras las que siempre subyace un monto de impulsividad que en ocasiones puede desbordar en reacciones temperamentales auto o heteroagresivas. Se lo observa apático, inmaduro y angustiado frente al proceso judicial que se encuentra enfrentando, vivenciándose solo y en espera de una solución más bien mágica, de sus conflictos económicos y laborales, depositando la responsabilidad en el otro y por ende; con dificultades para asumir el rol paterno y todos los compromisos que éste conlleva.

Las relaciones interpersonales se observan disminuidas, con escaso compromiso afectivo. Sus relaciones vinculares, de manera especial las de pareja, revisten características dependientes, esperando la ayuda del otro y con marcadas dificultades para asumir

responsabilidades y compromisos propios de la edad adulta. No se observan indicadores patológicos que le impidan comprender la responsabilidad que le compete desde su rol paterno. No se observa tendencia a la fabulación que pueda considerarse de carácter patológico; sí, dadas sus características de personalidad, en ocasiones puede tratar de modificar la realidad a los fines de obtener beneficios secundarios, tratando así de disminuir la carga inherente a los roles que asume: esposo y/o pareja, padre, etc. (fs.426).

-El perito de control, Diego Cardo destacó que él (A.) pasa de ser sostenido emocionalmente y económicamente por su madre a serlo por una pareja, no pudiendo él tomar activamente un rol protagonista al respecto (fs. 425 vta.).

No obstante las conclusiones técnicas, el defensor, en su alegato, intentó presentar un progenitor débil, inmaduro, desocupado, carenciado, como lo repitió incontables veces, que "no puede manejarse ni a sí mismo, no tiene recursos psíquicos para sostenerse a sí mismo" y que era la víctima de la situación. Que no conseguía trabajo porque la Sra. T. le malograba sus posibilidades, que la agresión de ésta y sus propios hijos lo habían deprimido y que fruto de todo ello, no le había quedado prácticamente ninguna otra posibilidad que intentar suicidarse en dos oportunidades; argumentos con los cuales trató de justificar el accionar omisivo de A. y desligar de culpa a su defendido, invirtiéndola a cargo de sus hijos y ex esposa.

Claramente, no asume que los profesionales que abordaron a A. afirmaron que: "No hace autocrítica de su accionar, se mostraba molesto ante los señalamientos de la profesional actuante cuando abordaba derechos y deberes parentales, como así también las necesidades efectivas y afectivas de sus hijos. Deposita la culpa en el afuera buscando mostrar al otro como el causante de sus propias negligencias" (fs. 188vta.); en relación a sus episodios auto agresivos se destacó que: "En ambas oportunidades se habría encontrado acompañado, pudiendo inferirse que estas conductas guardan un fin manipulatorio o de actuación (acting-out)" (fs. 361vta.), lo que quita sustento al alegato de la defensa.

En atención a la pretensión del defensor de aplicar a A. pena de multa, la jueza destacó que imponer dicha pena en modo alguno operaría la finalidad resocializadora especial prevista por tal sanción. Fundó tal decisión subrayando que en todo momento se ha insistido en la incapacidad económica del acusado, por lo que mal puede pensarse que, aun siendo los familiares los que -una vez más efectuaran el esfuerzo de realizar aportes dinerarios en favor de A. - la hicieran efectiva, tal circunstancia, no vendría más que a reforzar la habitualidad de éste, de obtener beneficios a expensas de otros, sin compromiso alguno de su parte (fs. 431).

En función de estos rasgos de personalidad de A., también la sentenciante asegura que es posible confiar que el imputado con una condena de prisión en suspenso pueda salir fortalecido en su persona y creer que va a ir de inmediato a buscar trabajo para cumplir con sus deberes económicos y afectivos como padre, cuando inclusive al ser interrogado sobre sus condiciones personales en la audiencia, manifestó ser "soltero".

El imputado no cumpliría con su deber alimentario en la actualidad tampoco con los hijos de la Sra. V. -nueva pareja-, quien reconoció que su hija es quien se encarga de cuidarlos y llevarlos por razones de salud a los nosocomios, y ella los mantiene económicamente, y a su vez al mismo A.

También se ha dicho que "El Sr. A., aparentemente, no presentaría voluntad por organizar

productivamente su vida cotidiana, como tampoco la de asumir responsablemente las funciones que le conciernen en el ejercicio de su rol parental” (fs. 188vta.) y que, “tiende a transgredir pautas y normas, proyectando la responsabilidad en terceros. Posicionamiento subjetivo inmaduro. No es capaz de llevar a cabo una reflexión sobre sus conductas presentes o pasadas ni proyectar cambios a futuro” (fs. 361vta.).

El diagnóstico de su personalidad, confirma lo que advirtiera la Trabajadora Social, Ileana Benítez, en cuanto sostuvo que: “Las relaciones interpersonales se observan disminuidas, con escaso compromiso afectivo. Infiero también que sus relaciones vinculares, de manera especial las de pareja, revisten características dependientes, esperando la ayuda del otro y con marcadas dificultades para asumir responsabilidades y compromisos propios de la edad adulta” (fs. 369).

Concluye el a quo –a partir del análisis conjunto de las pruebas técnicas existentes y no de la consideración de la declaración del acusado- que no es posible confiar en que bajo el principio de autodisciplina, A. podría rehabilitarse; no es posible realizar un pronóstico serio de que no volverá a delinquir, dato que lo haría merecedor de una condena condicional. Consecuentemente, resulta absolutamente necesario que su tratamiento sea llevado a cabo institucionalmente para que se continúe con el abordaje psicoterapéutico que fuera solicitado -a indicación de los profesionales que lo asistieron- con fecha 25.9.2013 (fs. 368), se le ofrezca incorporarse de inmediato a la escolaridad para que complete el nivel primario, capacitarse laboralmente y se lo incorpore a tareas remuneradas para que con el salario obtenido, aporte en la proporción prevista por la ley, a la reparación del daño causado en la presente causa, y al sostenimiento de todos sus hijos (art. 106, 121, 122 y ccdtes. de la Ley 24.660).

Esta primera queja del defensor, luce indemostrada y por lo tanto inadmisibile.

b. Como “Segundo Agravio” denuncia la fundamentación contradictoria de la sentencia en cuanto, entre las circunstancias agravantes, se ponderó “el buen estado de salud de A., lo cual habla del potencial de trabajo que el mismo representa” y paralelamente y al mismo tiempo, reconoce como agravante la “inmadurez psicológica que presenta...”. Entiende que este defecto de fundamentación descalifica al decisorio como acto jurisdiccional válido y autoriza a impetrar su nulidad.

Recordemos que conforma un supuesto de motivación ilegítima la contradicción argumentativa.

Respecto de la vulneración del principio de no contradicción, esta Sala ha sostenido que es presupuesto lógico que la contradicción resida en dos juicios referidos al mismo objeto, toda vez que no puede achacarse dicho antagonismo cuando los argumentos o manifestaciones del Tribunal no se refieren a las mismas circunstancias o hechos a probar (T.S.J., Sala Penal, S. n° 20, 9/05/74, "Heredia"; S. n° 71, 20/11/97, "Manzur"; S. n° 125, 26/10/99, "Ateca").

Al analizar el decisorio se advierte que su fundamentación no presenta contradicción alguna.

Como el mismo defensor señala, la jueza refiere en perjuicio de A. el “buen estado de salud” del mismo, sin precisar a qué tipo de salud se corresponde, esto es, si salud física o salud psíquica.

Sin embargo, repárese que de las pericias psicológicas y psiquiátricas que se practicaron al acusado –tanto oficiales como de control de parte-, se desprende que se observan en él marcados patrones de deterioro psíquico; destacando su inmadurez psicológica.

En consecuencia, el análisis integral de las constancias de la causa y un razonamiento coherente de sus argumentos, permite inferir que la jueza al referir “al buen estado de salud del imputado”, se orientó a la salud física de A. y por ello lo vinculó con sus posibilidades de conseguir trabajo y procurarse los medios necesarios para cumplir con las obligaciones de sus distintos roles. A. no trabaja pese –como destacó el Fiscal- tener habilidades en albañilería, en lo cual trabajó desde los dieciocho años; como transportista, actividad que ejerció durante la convivencia con la Sra. T. , erigiéndose en el único sostén del hogar y como jardinero, actividad que realizó en la empresa Sintega (fs. 428 vta.)

Como se observa sus deficiencias a nivel psicológico no le impidieron ejercer distintos trabajos y actividades a lo largo de su vida, razón por la cual la sentenciante –no obstante su resentida salud psíquica- a los fines de reflejar que A. se encontraba en condiciones de procurarse un trabajo y conseguir los medios necesarios para responder a sus responsabilidades pero no lo hizo, ponderó en su contra su “buen estado de salud” (física), sin que ello resulte contradictorio con el cuadro psíquico que también presenta, como denuncia el defensor.

Las deficiencias en su salud psíquica, como concluyen sus pericias, afectaron sus relaciones interpersonales y su madurez y responsabilidad para cumplir con las obligaciones de sus roles de padre y esposo, no obstante sus posibilidades de cumplir mínimamente con ellas.

- Repárese que su pericia psiquiátrica efectuada por la Dra. Grisel de Pascuale Arias, señala que no se evidencian signos psicopatológicos compatibles con alteración morbosa o insuficiencia de sus facultades mentales ni alteración grave de la conciencia que permitan inferir que al momento de la comisión de los hechos que se le imputan, le hayan impedido comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones.

- Por su parte el perito de control Diego Cardo, destaca en su personalidad, aspectos infantiles, pueriles y de carencia de recursos psíquicos internos. Indica que pasa de ser sostenido emocionalmente y económicamente por su madre a serlo por una pareja, no pudiendo él tomar activamente un rol protagonista al respecto (fs. 363).

- La pericia psicológica elaborada por la Lic. Graciela Yolanda Moreno, la cual refiere que el imputado presenta inmadurez y dependencia afectiva, tendencia a la introversión, relaciones interpersonales escasas, aplanamiento afectivo. Se lo observa apático, inmaduro y angustiado frente al proceso judicial que se encuentra enfrentando, viviéndose solo y en espera de una solución más bien mágica, de sus conflictos económicos y laborales, depositando la responsabilidad en el otro y por ende; con dificultades para asumir el rol paterno y todos los compromisos que éste conlleva. En cuanto a posible psicopatología actual no se observan indicadores patológicos que le impidan comprender la responsabilidad que le compete desde su rol paterno. No se observa tendencia a la fabulación que pueda considerarse de carácter patológico; sí, dadas sus características de personalidad, en ocasiones puede tratar de modificar la realidad a los fines de obtener beneficios secundarios, tratando así de disminuir la carga inherente a los roles que asume: esposo y/o pareja, padre, etc. (fs. 425/425 vta.).

Del examen de las pericias del imputado, si bien se destacan deficiencias a nivel

psicológico que requieren tratamiento especial, no son de un grado tal que no le permitan reconocer y asumir las responsabilidades y obligaciones que sus roles de padre y esposo conllevan, sin preocuparse en modo alguno por arbitrar las medidas necesarias para conseguir trabajo y obtener los medios necesarios para satisfacer, al menos, mínimamente los deberes que le asisten respecto de sus hijos, no obstante contar con un buen estado de salud y tener habilidades en varias actividades.

En síntesis, la valoración efectuada por la sentenciante no luce contradictoria y por ello la crítica del defensor queda indemostrada.

c. En el que nomina “Tercer Agravio”, la defensa censura que el tribunal valorara, al momento de mensurar la pena de su asistido, como circunstancia agravante “...el no haber observado el tratamiento psicológico indicado para superar la problemática psicológica que presentaba...”.

En este punto, critica la falta de fundamentación del fallo debido a que no se ha precisado bajo qué circunstancias, motivo y lugar, A. habría incumplido el supuesto tratamiento que se le enrostra. Afirma que no existen constancias informativas en la causa.

La sentenciante, al momento de justificar su decisión en relación al modo de cumplimiento efectivo de la condena impuesta a A., subrayó las múltiples posibilidades con las que contó el imputado a los fines de cumplir con sus obligaciones y no las aprovechó.

Todos los peritos psicólogos y psiquiatras, de parte, oficiales y del Servicio Penitenciario destacaron que A. necesita tratamiento psicoterapéutico para superar su problemática, observando que el mismo se le indicó hace años, pero nunca lo cumplió. Manifestaron también que las personas que lo sostienen desde lo económico y lo afectivo -madre y parejas-, intentaron ayudarlo en tal aspecto, y tampoco lo consiguieron. Sólo el tiempo que estuvo al lado de la Sra. C.T., A. pudo trabajar y ser el único sostén responsable económicamente del grupo familiar.

En el juicio, se acreditó que pese a todas las oportunidades dadas, A. no honró el proceso penal iniciado en su contra y continuó omitiendo ilícitamente el cumplimiento alimentario respecto de sus hijos.

Con la suspensión del juicio a prueba concedido respecto del primer período de incumplimiento del acusado, no sólo se buscaba la reparación del daño causado, sino que además se trataba de evitar que A. nuevamente reincidiera específicamente en el mismo delito, sin embargo incumplió la regla de conducta relativa al pago de la cuota alimentaria y aún el trabajo comunitario, para la satisfacción de los derechos de sus hijos y el mantenimiento del beneficio acordado; así, incurrió en un nuevo período del mismo delito.

A. desde el año 2005, viene desaprovechando las oportunidades que la demora en los procesos Civil y Penal le ofrecían para recapacitar y enmendarse –resocializarse- y, sin embargo continuó con la misma modalidad comisiva respecto del delito que ya venía cometiendo.

El defensor reprocha la falta de motivación del fallo en cuanto no especifica qué tratamiento incumplido por A. es el que valora en su perjuicio, y nada se desprende de autos.

Sin embargo, de la propia declaración del acusado surge que con anterioridad a esta

condena, se le aconsejó y sugirió la realización de tratamientos psicológicos que nunca cumplió.

En la pericial psiquiátrica de A. efectuada por la Dra. Pascuale Arias, A. niega antecedentes de tratamientos psicopsiquiátricos; refiere 2 situaciones en las que habría intentado auto agredirse: la primera hace aproximadamente 5 años (ahorcarse en una plaza) y otra hace dos años consumiendo algún fármaco que refiere desconocer (“no me fijé que era”), motivo por el cual habría sido asistido en el Hospital Misericordia en la guardia y posteriormente derivado ambulatoriamente a tratamiento en el servicio de salud mental, no cumpliendo dicha indicación, (FS. 425)

También en oportunidad de la pericia realizada por la Lic. Moreno, el acusado reconoció que tuvo dos intentos de suicidio y se le recomendó tratamiento psicoterapéutico que nunca cumplió (fs. 426).

Valora la sentenciante que A. por el amplio período de más de cinco años, ningún aporte económico realizó en favor de sus hijos. Ni lo acordado en forma voluntaria, ni en menos, aunque sea para demostrar que lo hacía en la medida de sus posibilidades y acompañó inclusive, en forma coincidente con tal actitud, el desentendimiento afectivo, al suspender el contacto con los mismos.

Inútiles resultaron las gestiones de todos los operadores que intervinieron en la causa, para lograr que A. cumpliera voluntariamente con su obligación, la que en ningún momento apareció como de imposible cumplimiento, debido no sólo a su situación personal sino también a las modestas sumas previstas para la manutención de sus hijos.

A. con su accionar renuente y perseverante, causó un desgaste jurisdiccional en sede de Familia, presentando acuerdos que luego no cumplía, en pedir la suspensión de la audiencia de debate en el presente proceso, invocando abusivamente intenciones de someterse a una mediación el 26/7/2012 (fs. 197/8), -desde que la Sra. T. había desistido de tal ofrecimiento al hacer la denuncia el 17/10/2011 (fs. 3)- lo que ratificó el 8/8/2012 (fs. 203). Fijada nueva fecha de debate, también pidió la suspensión del juicio a prueba el 22/10/2012, lo que se le concedió ¿para qué? Para no pagar ni el primer mes. Y después, habiéndose comprometido a mantener el domicilio y concurrir las veces que fuera citado por el tribunal, como lo hizo ante la fiscalía 13/2/2012 (fs. 159 vta.), en una muestra más de indolencia y sensación de impunidad, A. dejó de concurrir al Tribunal, motivando luego de varios emplazamientos y entrevista con la Sra. Representante Promiscua de sus hijos el 21/12/2012 (fs. 245) la revocación del beneficio otorgado el 10/4/2013 (fs. 270/1) y el dictado de su captura, con la consiguiente afectación de personal policial para dar con su paradero.(fs. 429 vta.).

Claramente, el acusado, sólo, no puede comprometerse a responder a sus responsabilidades y obligaciones; lo demostró frecuentemente, no realizando los tratamientos que se le sugerían e indicaban, razón por la cual la única solución es la ayuda institucional para él.

d. Como “Cuarto Agravio” el defensor denuncia la lesión a la prohibición de doble valoración. Objeta que la sentenciante ponderara como agravante en perjuicio de A. “La falta, en el tiempo en cuestión, de gestión de recurso alguno en favor de su deber alimentario para con sus hijos (no procuró cobrar ni la asignación familiar en el ANSES cuando le correspondía, generando el riesgo que tales sumas caducaran, a no ser por la gestión oportuna de la Dra. Natalia Cisneros)...”, pues considera que ese dato ya se encuentra contenido en el tipo penal, desde que la acción típica consiste simplemente en

“eludir, no proporcionar, no suministrar, no dar, no proveer al beneficiario los medios indispensables para su subsistencia”. Este vicio –asegura- incide en la medida de la pena vulnerando también el principio de proporcionalidad.

En cuanto a la prohibición de la doble valoración, esta Sala tuvo oportunidad de sostener en diversos precedentes que de ningún modo una circunstancia fáctica prevista normativamente para agravar la escala penal puede valorarse doblemente: como calificante en el tipo penal y como agravante en la individualización judicial de la sanción. Ello obedece a que su consideración más gravosa ya fue motivo de valoración por parte del legislador a los efectos de la estructuración del respectivo tipo penal, y por ende, cometido el delito, su nueva selección por el Juzgador a la hora de acrecentar la sanción importa una vulneración de la prohibición de la doble valoración, comprendida actualmente como un aspecto de la garantía del non bis in ídem (T.S.J., Sala Penal, S. n° 13, 11/3/98, "Avalos"; S. n° 77, 7/6/99, "Ceballo"; S. n° 67, 7/8/00 "Reyna"; S. n° 74, 15/08/2001, "Cuello", entre muchos otros).

Tampoco este defecto se observa en la motivación de la sentenciante. Ésta al ponderar como agravante en contra de A. “la falta de gestión de recursos” –circunstancia que el defensor entiende contenida ya en el tipo penal de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar- no refiere a su omisión de prestar los medios indispensables para la subsistencia de sus hijos.

A tal punto llegó la falta de compromiso con las responsabilidades de sus roles que –como destaca la juzgadora- “no procuró cobrar ni la asignación familiar en el ANSES cuando le correspondía, generando el riesgo que tales sumas caducaran, a no ser por la gestión oportuna de la Dra. Natalia Cisneros”.

En la prohibición de la doble valoración, no debe confundirse duplicar la misma circunstancia ponderada ya por el legislador, con la consideración de aquello que implica la modalidad comisiva en el caso concreto.

El acusado amparándose en su depresión, traslada su responsabilidad a terceras personas, entre ellas su ex esposa T., afirmando que no conseguía trabajo porque ella le malograba sus posibilidades. De las pericias que se practicaron al imputado se desprende que A. no presentaría voluntad por organizar productivamente su vida cotidiana como tampoco la de asumir responsablemente las funciones que le conciernen en el ejercicio de su rol parental, tendiendo a transgredir pautas y normas proyectando la responsabilidad en terceros. No es capaz de llevar a cabo una reflexión sobre sus conductas presentes o pasadas ni proyectar cambios a futuro”...”sus relaciones vinculares de manera especial las de pareja, revisten características dependientes esperando la ayuda del otro y con marcadas dificultades para asumir responsabilidades y compromisos propios de la edad adulta”.

A. no ha siquiera considerado la posibilidad de reestablecer un vínculo sano afectivamente con sus hijos; muy por el contrario no ha logrado salir de su persona y sus derechos a no trabajar, a no capacitarse para mejorar sus habilidades de vida, a no tratarse psicoterapéuticamente para superar sus limitaciones emocionales y enfrentar desde una postura adulta los roles que como padre le corresponden.

Evidencia su total falta de interés y compromiso la circunstancia de haber solicitado el beneficio de la suspensión del juicio a prueba, el que se le concedió y ni siquiera cumplió con lo ofrecido el primer mes. A. desde el año 2005, desaprovechó las oportunidades que la

demora en los procesos civil y penal le ofrecían para recapacitar y enmendarse – resocializarse- y, sin embargo, continuó con la misma modalidad comisiva respecto del delito que ya venía cometiendo (recordemos que se le atribuyen cinco años de incumplimiento) (432/433).

En síntesis, la circunstancia valorada por la sentenciante no lesiona la prohibición de doble valoración pues si bien la figura prevista por el legislador contempla el sustraerse a prestar los medios indispensables para la subsistencia de sus hijos, dentro de la escala penal prevista legalmente, es razonable valorar paralelamente la actitud asumida por el acusado – total falta de interés y compromiso- a los fines de no continuar con la infracción a la ley. El comportamiento asumido por el imputado a lo largo de tantos años, constituye un dato que no puede dejar de meritarse pues trasluce la magnitud del injusto cometido y la mayor peligrosidad del autor.

El Tribunal ha brindado suficientes razones en sustento de su decisión por lo que la queja de la defensa luce indemostrada y por ello inadmisibile.

e. Finalmente en su “Quinto Agravio”, reprocha al tribunal la omisión valorativa de atenuantes. Considera que se omite el análisis exhaustivo de cada una de las pautas para la mensuración de la pena previstas en los arts. 40 y 41 del CP, lesionando la intervención del imputado en el proceso. No se realizó un verdadero pronóstico de peligrosidad procesal.

El tribunal efectuó una selección de las pautas contenidas en los arts. 40 y 41 CP que estimó relevantes a los fines de la imposición de la pena. No es necesaria la referencia obligatoria a todas las pautas allí enumeradas.

La defensa, también censura que el tribunal al momento de elegir la pena a imponer a A. no optó por el mínimo de la escala penal, soslayando la gran cantidad de circunstancias agravantes valoradas en contra de A., las que sustentaron su apartamiento del mínimo legal.

Esta Sala tiene dicho que siempre que el Tribunal de Mérito valore alguna circunstancia agravante, es posible imponer al acusado una pena superior al mínimo legal de la escala prevista para el delito que se le atribuye (cfr. T.S.J. de Córdoba, Sala Penal, “Margaría”, S n° 17, 8/04/2002, “Bazán”, S. n° 274, 21/10/2009).

Al analizar las quejas del defensor, se observa que intenta disfrazar sus pretensiones pero, en realidad, lo que persigue es darle a las circunstancias valoradas por el tribunal como agravantes, un sentido aminorante o atenuante, no obstante la suficiente motivación del fallo en relación a cada uno de los datos valorados, tal como se viene demostrando.

Recordemos que las circunstancias de mensuración de la pena no computan per se de manera agravante o atenuante, ni se encuentran preestablecidas como tales, sino que la previsión del artículo 41 CP es "abierta" y por ello permite que sea el Juzgador quien oriente su sentido según el caso concreto (ZIFFER, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, Ad-Hoc, 2° ed., Bs. As., 2005, págs. 100/101; DE LA RÚA, Jorge, Código Penal Argentino - Parte General, Depalma, Bs.As., 1997, págs. 698 y 705/706; TSJ, "Druetta", S. n° 259, 2/10/09).

Así, refiere a la personalidad moral de A., su escaso grado de instrucción que incide – afirma- en la capacidad del autor para reconocer la antijuricidad del hecho y determinarse conforme a ese conocimiento y sus particularidades psicológicas (imposibilidad de ejercer un trabajo e imposibilidad de ejercer roles adultos adecuadamente).

Obsérvese que, en relación al grado de instrucción del imputado se ha tenido en cuenta que las pericias que se le practicaron, indican que dispone de un potencial intelectual correspondiente a valores Normales Bajos, que muy probablemente no contó con un adecuado nivel de estimulación quizás propio del medio socio-cultural y familiar bajo del que proviene (el imputado manifestó que no concluyó el ciclo primario escolar ya que dejó de estudiar en 5to. Grado). Sin embargo, su adaptación a la realidad se ubica dentro de límites normales, lo que da cuenta de la posibilidad para compartir pautas de pensamiento en común con los demás, no resulta sostenido ya que en ocasiones, tiende a parcializar la percepción, quitando aspectos de la realidad que lo perturban y/o angustian.

La inmadurez psicológica de A. –lo que no asume el defensor- fue ponderada en sentido contrario a su pretensión -como agravante-, brindando suficientes razones en su sustento; “con tal estado carga quien lo padece y no los terceros”.

En cuanto a su peligrosidad claramente se ha evidenciado que no puede confiarse en que bajo el principio de la autodisciplina A. podría rehabilitarse; no es posible elaborar un pronóstico serio de que no volverá a delinquir y por ello, se decide no hacerlo merecedor de una condena condicional y que su tratamiento sea llevado a cabo institucionalmente (fs. 431 vta.).

En relación a la ausencia de antecedentes penales –que también señala el defensor- si bien ello es así, repárese que A. ha incumplido sus deberes de asistencia familiar durante cinco años y tampoco respeta sus obligaciones en relación a su pareja actual.

En definitiva, las pretensiones del defensor se apartan de las constancias de la causa y por ello lucen improcedentes.

La pena impuesta a A. no resulta absurda y tampoco se observa arbitrariedad alguna en la tarea de individualización desplegada por la sentenciante.

En conclusión, no surge de la motivación del fallo lesión a la interdicción de doble valoración, ni al principio de no contradicción, y tampoco se advierten vicios que conduzcan a la nulidad del decisorio.

Consecuentemente, las objeciones del impetrante han quedado indemostradas y sus reproches devienen dogmáticos e inadmisibles.
Así voto

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de idéntica forma.

A LA TERCERA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso de casación deducido. Con costas (arts. 550 y 551, C.P.P.).

Así voto.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de idéntica forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;

RESUELVE: Rechazar el recurso de casación interpuesto por el Asesor Letrado Penal, Dr. Ignacio Ortiz Pellegrini, en favor de su asistido, el imputado H. R.A.. Con costas (CPP, 550/551).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

Fdo.: Aída TARDITTI - María Esther CAFURE DE BATTISTELLI - M. de las Mercedes BLANC G. DE ARABEL

Dr. Luis María SOSA LANZA CASTELLI - Secretario del Tribunal Superior de Justicia