

Incumplimiento del deber legal alimentario. Encuadre legal como hecho punible. Crítica y propuestas

Tomás Damián Cárdenas Ibarrola

I. Consideraciones generales. Planteamiento del problema

Ha desatado críticas la penalización del incumplimiento legal alimentario y esto no es nuevo en doctrina y jurisprudencia, ya que los que se oponen sostienen en fundamento, que lejos de resolver el conflicto familiar, al contrario lo ha agravado, ya que la coacción penal en contra del obligado sirve para que por vías de hecho, éste reaccione y busque venganza.

Los juristas del derecho civil afirman (ámbito jurisdiccional donde tradicionalmente se han dirimido estos conflictos) que las disfunciones en el ámbito familiar, se han agudizado por lo que no se ha mostrado idóneo la jurisdicción penal para resolverlos.

En base a estos argumentos, afirman que desde el Derecho Civil debieran resolverse estos conflictos sin recurrirse al juicio penal, porque lo importante es la obligación y el cumplimiento de lo civil y, lo accesorio y dependiente de aquél es lo penal (Claudio Belluscio, "Prestación Alimentaria," pág. 916).

Sin embargo, los penalistas defienden la posición que sostiene la penalización del incumplimiento del deber legal alimentario, porque consideran que, al contrario de lo sostenido por los civilistas, en la práctica se ha comprobado totalmente ineficiente la sentencia civil que impone una cuota alimentaria y, que aún sus imperfecciones, la denuncia y el procedimiento penal resultante han prevenido a los obligados a pagar, quienes se encuentran compelidos a cumplir con su obligación legal, por la posibilidad cierta e inminente de una sanción penal que se cierne en su contra.

En otro orden de ideas, las penas privativas de libertad aplicadas al alimentante remiso, en virtud de la legislación penal actual, no han dado el resultado esperado y, al contrario la disfuncionalidad de la familia – anterior y también la actual, en los casos de padres separados– ha aumentado y agravado ostensiblemente con la reclusión del obligado a prestar alimentos para cumplir con su condena, pues ha perdido su puesto de trabajo o no puede realizar su actividad laboral habitual y, como consecuencia directa e inmediata, no recibe la retribución que le reporte dinero suficiente para poder sustentar a su anterior familia, origen del problema y al que se agrega ahora la actual, agravándose la situación de dos familias y no sólo de una, la del problema original.

En este orden de ideas, resulta pertinente hacer algunas reflexiones sobre el tipo penal del incumplimiento del deber legal alimentario, aunque no con la extensión y profundidad que estos problemas requieren, a causa de la brevedad de todo trabajo monográfico, pero cuya finalidad sirve para lanzar al ruedo científico jurídico las ideas que en tren de críticas seguidamente se expondrán a la consideración de la comunidad jurídica

El nuevo Código Penal, Ley 1160/97, introdujo en el sistema penal nacional el denominado hecho punible de “incumplimiento del deber legal alimentario”.

El Código Penal anterior, cuyo autor fue el ilustre Prof. Dr. Teodosio González, no había previsto en su normativa dicha acción típica;

desde luego, este hecho punible ha tenido su evolución y consagración recién, tanto en la doctrina como en la legislación internacional, después del primer cuarto del siglo pasado, por ejemplo, Francia, “cuando el 4 de febrero de 1924 sancionó una ley que consagraba el delito de abandono de familia; postura que fue seguida, de una u otra manera, por varios Estados. Así lo hicieron, en su orden, Holanda, Austria, Dinamarca, Inglaterra, España, Italia, Canadá, Noruega, Brasil, Letonia, Alemania, Portugal, Nueva Zelandia, Polonia, Checoslovaquia, Suiza y los estados norteamericanos de Illinois, Virginia, Massachussets y Carolina” (ver Norberto José Novellino, “Los alimentos y su cobro judicial”, pág. 275).

Una de las causas proviene de la misma práctica tribunalicia, ya que la asistencia legal alimentaria nace, en la generalidad de los casos, en un juicio de naturaleza civil denominado pensión alimenticia o alimentaria, en la que el sujeto beneficiario, generalmente es un menor de 18 años.

En este sentido, los conflictos que plantea el incumplimiento alimentario, en los casos en que se omite una asistencia familiar mínima e indispensable, el proceso civil se muestra impotente para cumplir con su cometido. Por eso, se ha cuestionado la eficacia de los instrumentos propios del Derecho Civil de fondo y de forma, previstos en la legislación y con apoyo incluso en la jurisprudencia, tendientes a volver eficaces las sentencias de pensión alimenticia recaídas en sede civil.

La experiencia ha demostrado que en numerosos casos no se llegó a obtener la solución satisfactoria del conflicto familiar, exhibiéndose con ello la ineficacia de los instrumentos jurídicos propios del Derecho Civil, pues cada vez han aumentado más los casos de incumplimiento alimentario. La estadística demuestra que los hombres separados no pagan puntualmente y en forma adecuada la cuota alimentaria a sus hijos; otra estadística revela que el 70% de los padres separados no pasan alimentos a sus hijos (ver “Los delitos de incumplimiento de los deberes...”. L. A. Caimmi y Guillermo Pablo Desimone, Edit. De Palma, Buenos Aires, pág. 11).

En definitiva, creemos que la nueva figura no sólo debe mantenerse en el campo de la penalización, sino que debe dotársela de mayor eficacia, para el cumplimiento de los fines que persigue, pues el alimentante favorecido por un cierto contexto de impunidad y por la ostensible ineficacia de la sentencia dictada en sede civil, que impone la cuota alimentaria, despliega conductas concomitantes con el incumplimiento, ya que el reticente es responsable además de un maltrato emocional liso y llano al sujeto que debe ser beneficiado con una cuota para cubrir sus necesidades más básicas, al negarle la asistencia alimentaria como efecto residual de la misma inconducta, es decir del incumplimiento; de otro lado, las penas de privación de libertad se han mostrado ineficaces cuando son de cumplimiento efectivo, pues impiden al condenado desempeñar su trabajo habitual con la pérdida de su capacidad de ganar dinero para el sustento propio y del beneficiario del deber legal alimentario.

II. Encuadre legal del deber legal alimentario en el Código Penal Paraguayo

La Ley N° 1160/97 describe el tipo de este hecho punible en el Art. 225, inc. 1°) expresando que: “El que incumpliera un deber legal alimentario y con ello produjera el empeoramiento de las condiciones básicas de vida del titular, o lo hubiera producido de no haber cumplido otro con dicha prestación...”; inc. 2°): “El que incumpliera un deber legal alimentario establecido en un convenio judicialmente aprobado o en una resolución judicial...”.

Es necesario, pues, describir tanto su naturaleza jurídica como sus caracteres. En primer lugar, vemos que se trata de un hecho punible doloso, pero además es impropio de omisión, especial, de peligro abstracto, y permanente. Analicemos, entonces, estos aspectos que definen al tipo, sus características y consecuencias dogmáticas.

A) Es un delito impropio de omisión:

Los delitos propios de omisión (comisión por omisión) son aquellos que están tipificados describiéndose todos los elementos necesarios para individualizar el comportamiento prohibido y, en especial, la determinación concreta de los sujetos que podrían ser los autores posibles (sujeto activo).

Vemos que nuestro Código Penal no determina de una manera específica y concreta quiénes pueden ser autores del ilícito, pues, en forma genérica se refiere al sujeto activo, el que aparece innominado, ya que emplea la frase “*el que incumpliera*”, abarcando en consecuencia como posible sujeto activo no sólo a los padres, sino a toda aquella persona a cuyo cargo se encuentra un deber legal alimentario.

El tratadista Enrique Bacigalupo, citado en la obra supra citada, expresa: “La distinción entre propios e impropios no está dada por la naturaleza de la omisión que en ambos casos es ontológicamente similar, sino en realidad por el modo que están legisladas cada una de dichas categorías. En efecto los propios están tipificados expresamente en la ley penal en todos sus elementos (en especial, los que fundamentan la autoría), mientras que la teoría de los delitos impropios de omisión ha sido construida por la doctrina y la jurisprudencia a partir de los tipos de comisión, con el objeto de establecer bajo qué condiciones, la no-evitación de un resultado prohibido, previsto en un tipo activo equivale a su producción mediante un hacer.

En nuestra Ley, en efecto, no se determina, taxativamente quiénes pueden ser autores de este ilícito y, en consecuencia, el tipo debe ser construido por el juez, en cada caso particular, a fin de determinar e individualizar al sujeto activo del hecho punible.

B) Es un delito especial:

Como consecuencia de lo anterior, el incumplimiento del deber legal alimentario es un delito especial en contraposición al delito co-

mún. En efecto, en esta categoría de delitos sólo pueden ser autores (sujetos activos) los que ostentan las calidades jurídicas, es decir, los obligados por la misma ley y previamente establecidas, que sirven para individualizar al mismo como sujeto del comportamiento punible, por ejemplo, padres, tutores, guardadores, cónyuges, etc., por lo general. Dichas calificaciones jurídicas, que deben ser conectadas con la tipificación establecida en la ley penal, están insertas en las leyes civiles y así, para poder determinar quiénes son o detentan dichas calidades jurídicas, debemos remitirnos a lo que establecen las leyes civiles, de tal suerte que sólo aquellas personas pueden constituir el sujeto activo del comportamiento punible “incumplimiento del deber legal alimentario”.

C) Es un delito de peligro abstracto:

Existe jurisprudencia y doctrina encontradas en este punto. Algunos doctrinarios sostienen que es un delito de resultado de lesión o de peligro concreto, el cual, por tal motivo, sólo se consuma cuando la conducta omisiva del sujeto activo ha efectivamente provocado o agravado la situación de necesidad o indigencia del sujeto pasivo y, en esta situación, se vuelve imprescindible comprobar en el proceso penal, que efectivamente se produjo esta situación.

La posición contraria sostiene que este hecho punible es de peligro abstracto, porque la mera omisión de pasar alimentos por el autor ya configura el ilícito, independientemente de que se haya ocasionado con ello la situación de necesidad y mucho menos de indigencia de la beneficiaria, ya que al ser de mero peligro no se requiere la producción del resultado para tipificar la conducta omisiva, sino sólo la probabilidad en abstracto, sin haber exigido el legislador la producción concreta del perjuicio de las condiciones de vida del titular.

Nosotros creemos que la disposición inserta en el Art. 225 del Código Penal debe ser interpretada como inmersa en esta segunda corriente doctrinaria, pues el legislador, al elaborar la ley, dejó fuera de la tipi-

cidad los resultados o modificaciones que en el mundo exterior provoca o contribuye a ocasionar el hacer omisivo del sujeto activo, presumiendo “iuris et de iure”, la existencia de un perjuicio para el sujeto pasivo en forma abstracta y no requiriendo uno concreto.

El Art. 225 de nuestro Código Penal es muy claro, ya que, para la consumación del hecho punible, basta probar que el denunciado tiene a su cargo un deber legal alimentario y, pese a ello, no lo ha cumplido, con ello se presumirá la posibilidad de haberse producido un empeoramiento de las condiciones de vida del titular, como resultado del incumplimiento, pues emplea, en primer lugar, la frase **“produjera el empeoramiento”**, pero luego y seguidamente decir también **“o lo hubiera producido”**. En estas condiciones, basta con acreditar que el autor tiene una obligación de pasar alimentos al titular y que ha incumplido dicho deber legal alimentario en beneficio del sujeto pasivo, quedando así configurado el tipo penal, cualquiera haya sido el resultado posterior y concreto resultante de dicho incumplimiento, incluso, cuando los medios son prestados por un tercero, porque también dice la norma: **“de no haber cumplido otro con dicha prestación”**.

Si la defensa llega a demostrar, que en el caso concreto no ha existido disminución del estado de necesidad o de indigencia en el sujeto pasivo, dicho extremo de ningún modo podría sostener la falta de tipicidad del comportamiento del imputado, porque resulta irrelevante acreditar que un tercero garantiza la asistencia del sujeto pasivo, o que éste está en perfecto estado de salud, bien alimentado y provisto de lo necesario o indispensable para su sustento. En síntesis, para nuestra ley el resultado que produce el incumplimiento podría, en su caso, constituir solo un elemento para medir el grado de reproche del autor y, consecuentemente, de graduar la pena, pero no como un elemento de la tipicidad.

D) Es un delito permanente:

El delito de incumplimiento del deber legal alimentario integra la categoría de delitos continuos o permanentes, según la interpretación doctrinaria y jurisprudencial dominante. Por tanto, se produce la consumación y ésta permanece o continúa en el tiempo, y así la acción no consiste en un **“acto consumativo”**, sino en **“un estado consumativo”**, requiriéndose para ello la prolongación de la omisión prohibida por el tipo, o sea, una consumación ininterrumpida; en síntesis, una vez consumada la omisión, el delito asume su carácter permanente o continuo, mientras el estado de consumación puede prolongarse cuando la obligación o deber legal continúa sin cumplirse y durante todo el tiempo del incumplimiento, esto es la falta de pago del monto o cuota alimentaria al tiempo de sus sucesivos vencimientos (ver Caimmi-Desimone, “Los delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta” Depalma, págs. 67/68).

III. Estructura típica del hecho punible del incumplimiento del deber legal alimentario

Como vimos, este delito además de ser de peligro abstracto, especial y permanente, es también puro de omisión y de carácter doloso. En este sentido, y siguiendo la teoría finalista que introdujera en la doctrina del Derecho Penal Hans Welzel, quien le dio sistematización definitiva a esta teoría, tenemos que el injusto en los delitos dolosos, según este autor, integra un tipo objetivo y un tipo subjetivo, además de la necesidad de estudiar las causas de justificación, la autoría y la participación. Seguidamente, haremos un estudio somero de los elementos que integran el tipo contenido en los incisos primero y segundo del Código Penal en sus aspectos objetivo y subjetivo.

1) Aspecto objetivo: En los tipos de omisión dolosos se distinguen los siguientes elementos:

1) Los sujetos activos y pasivos.

2) La situación típica generadora del deber de actuar impuesto por la norma penal.

3) La omisión o la no realización de la conducta debida.

4) La existencia de un poder de hecho o capacidad de acción para cumplir con la acción mandada. (Este esquema está expuesto por Enrique Bacigalupo en la obra “Lineamientos de la Teoría del Delito”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, pág. 153)

1.a) Los sujetos activos. Porque se trata de un delito especial, en el incumplimiento del deber legal alimentario, sólo pueden ser autores quienes ostenten las calidades jurídicas en carácter de obligados por la ley para prestar alimentos, que en cada caso exige el tipo. Como sostenemos, en los delitos impropios de omisión la tipicidad se halla abierta y el juez debe cerrar el círculo de autores posibles, es decir, determinar la calidad jurídica en cada caso, recurrir a las fuentes legales de donde se deriva la denominada “posición de garante”, que puede ser, en su caso, o la ley, un contrato, un acuerdo, o una sentencia etc.

En el Art. 225 del Código Penal, el sujeto activo no está específicamente individualizado, y así se habla de un sujeto activo “que incumpliera un deber legal alimentario”. En este orden de ideas, vemos que no sólo se hace referencia a vínculos biológicos, sino además se requiere un deber jurídico, comprendiéndose en el tipo tanto a padres biológicos, padres adoptantes, tutores, guardadores y, en suma cualquiera que, según la ley, tenga a su cargo un deber legal alimentario.

Lo que debe hacer el juez para cerrar el tipo –en relación al sujeto activo– es recurrir al Derecho Civil o al del Menor y comprobar si el imputado (sujeto activo) reviste o no la calidad de padre, o de tutor, o cónyuge del sujeto pasivo y si además tiene a su cargo el deber jurídico de alimentar al sujeto pasivo, de este modo hacer lo mismo siempre que se halle ante elementos normativos jurídicos definidos en otras ramas del Derecho. Es precisamente, por esto último que sostenemos la tesis de que este delito, previsto en el Art. 225 de nuestro Código Penal, es impropio de omisión y no propio.

Otro aspecto importante que resaltar consiste en que si existen varios obligados por la ley a prestar los medios indispensables para la subsistencia del sujeto pasivo (por ejemplo, padre y madre), este deber tiene carácter solidario y la responsabilidad penal de cada uno no quedará excluida por la circunstancia de existir otros igualmente obligados que prestan su parte de alimentos al que están solidariamente obligados. En este sentido, el inciso 1º del Art. 225 CP otorga responsabilidad criminal al imputado, aun cuando “hubiera producido el empeoramiento de las condiciones básicas del titular, de no haber cumplido otro con dicha prestación”, es decir, que basta el incumplimiento de uno de los obligados para producirse la posibilidad del empeoramiento, aunque hubiera cumplido otro con la prestación y el empeoramiento efectivamente no se hubiera producido como consecuencia concreta; es por ello que es de carácter abstracto.

Dentro de este marco conceptual, pueden ser sujetos activos del delito de incumplimiento del deber legal alimentario, a) los padres, b) el hijo respecto de los padres impedidos, c) el tutor, curador y guardador; d) los adoptantes y el adoptado; e) los cónyuges recíprocamente. Como vemos, estos sujetos activos se hallan con respecto al pasivo, ligados por un vínculo familiar biológico y/o jurídico o solamente de carácter jurídico como en los casos de adoptantes y adoptados, tutores, guardadores, etc.

1.b) Sujeto Pasivo: La condición de sujeto pasivo surge también con relación al sujeto activo, a través de un vínculo familiar, biológico y/o jurídico y esta condición debe acreditarse con los instrumentos que según el Derecho Civil prueban el estado de familia respectivo o de obligado por la ley a prestarlo.

Nuestro Código Civil, en la Sección II, “De la Obligación de prestar alimentos”, solo hace referencias a las relaciones del parentesco y así el Art. 258 establece que están obligados recíprocamente a la prestación de alimentos: a) los cónyuges; b) los padres y los hijos; c) los hermanos, d) los abuelos y en su defecto los ascendientes más próximos; y e) los suegros, el yerno y la nuera.

Cuando nuestra ley, es decir el Art. 225, habla de incumplimiento del deber legal alimentario, establecido en un convenio judicialmente aprobado o en una resolución judicial, se remite solamente al deber legal que surge o de un convenio o de una resolución; sin embargo, el inc. 1º nos habla simplemente del “que incumpliera un deber legal”, sin sujetar dicho deber legal a los dos supuestos contenidos en el inc. 2º – Convenio o Resolución. Es por ello que sostenemos que, a los efectos de la determinación del sujeto activo del hecho punible, no sólo se debe incluir a aquellos obligados cuyo deber nace de una relación biológica, sino además puramente jurídica, como sería el caso de los tutores, guardadores, etc., y, en consecuencia, como sujetos pasivos, a los titulares de esos derechos (a ser asistidos o alimentados).

Vemos así, que la protección que otorga la ley penal es más amplia que la del Derecho Civil, pues deben ser incluidos como sujetos pasivos, por ejemplo, los menores sujetos a tutela, curatela o guarda, e impone a los tutores, curadores y guardadores el deber de asistencia alimentaria y, en su caso, podrían ser denunciados como sujetos activos responsables del incumplimiento de su deber legal y de la degradación de las condiciones de vida de sus representados.

IV. Situación típica

Consiste en la situación de hecho frente a la cual se halla el sujeto activo, de la que surge quién debe realizar la acción impuesta por la norma penal. En esta situación, debe existir un vínculo familiar o jurídico entre víctima y victimario –de carácter biológico y/o jurídico– en algunos casos de esta última naturaleza, pero axiológicamente equiparable al primero, es decir, en los casos de tutela, curatela, guarda, etc.

El verbo rector de la conducta del sujeto activo en el Art. 225 del CP es el de “incumplir con un deber legal alimentario” y la consecuencia es la posibilidad de producir el empeoramiento de las condiciones básicas de vida del titular. En este sentido, sostenemos que el sujeto activo debe

encontrarse en la situación real y efectiva de poder cumplir con el deber legal y, más aún, que el incumplimiento no sea acorde con su situación económico-patrimonial al tiempo del deber de cumplir con la prestación. No obstante, debe el verbo ser interpretado y, de este modo, debemos entender que el deber legal es comprensivo de la satisfacción de las necesidades básicas del alimentado y referidas a su manutención, vestido, recreación, habitación, asistencia a la salud y a la educación, pues, “el empeoramiento de las condiciones básicas de vida del titular” no se puede interpretar solamente referida a la alimentación del titular, sino además a sus necesidades de ser educado, atendido en su salud, en su recreación o diversión, vestido y habitación; éste es el verdadero sentido y fines de la ley penal paraguaya.

Tampoco se trata de criminalizar el mero incumplimiento de una Sentencia que establece una prestación alimentaria, al contrario, lo que sí constituye el bien jurídico tutelado por la ley penal es la probabilidad de que, con el incumplimiento del obligado a prestar alimentos, se produzca un empeoramiento de las condiciones de vida básica del beneficiario, y así, ante dicha probabilidad, recurre en su defensa, inclusive antes de que se produzca el deterioro, procurando su evitación, en protección de la familia de la que forma parte. De otro lado, iguales fines se persigue con la amenaza de sanción penal en contra de un obligado jurídicamente (tutor, guardador, curador, etc.).

Recurriendo a la casuística, creemos necesario traer a colación en este punto un ejemplo práctico. Puede suceder que el padre, como sujeto obligado a prestar alimentos, se halle viviendo en un lugar distante de donde vive el menor, por motivos de trabajo; sin embargo, está inmerso en la situación típica que genera el deber de actuar y así, no podría invocar en el juicio –tratando de justificar su incumplimiento– que no ha podido visitar a su hijo por la distancia o por haber perdido todo contacto con el núcleo familiar; en estos casos, para invocar irresponsabilidad penal, se debe probar que ha ejecutado actos concretos e inequívocos de su voluntad de cumplir con su obligación, por ejemplo, consignando

judicialmente una suma de dinero o depósito en un estudio jurídico o escribanía o en una entidad bancaria o, en último caso, a través de giros postales a nombre de quien tiene la tenencia del menor. En los casos en que –a pesar de todo– le fue imposible cumplir con el mandato impuesto, su conducta será atípica.

V. Aspecto subjetivo

En la teoría finalista sustentada por Hans Welzel, el tipo penal que nos ocupa en su aspecto subjetivo, está compuesto básicamente por EL DOLO. Para el finalismo, el dolo consiste en saber y querer la realización del tipo objetivo de un hecho punible, comprendiendo un elemento cognoscitivo y otro volitivo. En el primer plano, el autor debe conocer a cabalidad todos los elementos que configuran el tipo, es decir, la conducta exteriorizada; en cambio, en el volitivo, el autor, previo conocimiento de los elementos objetivos, debe haber querido realizar dicha conducta en forma directa y deliberada, siéndole indiferente sus consecuencias e inclusive anhelando la producción disvaliosa del resultado. (Enrique Bacigalupo, “Manual de Derecho Penal, Parte General”, Ed. Temis, Colombia).

El elemento subjetivo o dolo está constituido por la voluntad del agente de sustraerse al cumplimiento de sus ineludibles deberes cuando se halle en condiciones de satisfacerlo; así, la imposibilidad material de cumplir con tales obligaciones excluye la culpabilidad y, por tanto, la conducta es atípica cuando no se pruebe que el incumplimiento ha sido producido deliberadamente con el fin de verse impedido de satisfacerla.

Es por todo ello que el incumplimiento del deber alimentario es un hecho punible doloso de pura omisión, que se consuma en el momento en que se da de manera consciente la inactividad frente al deber positivo de obrar. En este orden de ideas, venimos sosteniendo que para su perfeccionamiento no se requiere la comprobación de un daño efectivo como consecuencia de la conducta omisiva; basta la posibilidad de ese perjuicio, que se produce con el solo incumplimiento.

VI. Penalidad

El artículo 225 del CP establece dos situaciones que configuran el mismo hecho punible, pero de diferentes acciones típicas objetivas. En efecto, el inciso 1º del artículo 225 CP no condiciona a ninguna situación en concreto el incumplimiento por parte del obligado y sólo establece que es sujeto activo “el que incumpliera un deber alimentario y con ello produjera el empeoramiento de las condiciones básicas de vida del titular”. Al interpretar la norma citada, sostenemos que es sujeto activo cualquiera que tenga, por aplicación de la ley civil, un deber legal de asistencia o deber de cuidado de una persona (beneficiario) en los rubros de salud, educación, alimentos, vestidos e inclusive recreación, obligación legal de naturaleza biológica o jurídica como, por ejemplo, los padres, el tutor o curador o guardador, etc.

Si se da la situación descrita, entonces la sanción podría ser de hasta dos años o multa.

En cambio, si el incumplimiento resulta dentro de los términos de un acuerdo judicialmente homologado o aprobado, o de una resolución judicial (cuota alimentaria fijada por el juez), la sanción penal puede alcanzar hasta cinco años o con multa.

Es decir, el simple no cumplimiento de una obligación legal alimentaria, por ejemplo, la obligación que tienen los padres con respecto a los hijos menores de cuidado y de alimentación, puede constituir el hecho punible descrito en el artículo 225 del CP, conducta que se conmina con una pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

En tanto que no cumplir con lo pactado en un acuerdo judicialmente homologado o en una sentencia recaída en sede judicial, configura también el citado hecho punible, pero recayendo sobre esta conducta una amenaza de pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

La diferencia de la conminación de pena en uno u otro supuesto del mismo hecho punible radica en que en el primero existe un simple in-

cumplimiento de quien, por disposición de la ley general civil, está obligado a prestar alimentos, por ejemplo, los padres respecto de sus hijos menores. En tanto que el reproche penal es superior y, por tanto, la amenaza de sanción penal también lo es, cuando, aparte del incumplimiento, éste deviene o de un acuerdo judicialmente aprobado o de una sentencia judicial. Nótese que en el segundo caso no sólo existe el perjuicio patrimonial del titular a raíz del incumplimiento, sino además existe una actividad estatal desplegada a través del juez o tribunal que ha sido ignorada con el incumplimiento y, por ende, el reproche de esta conducta es mayor, mereciendo una amenaza penal más importante.

VII. Pena privativa de libertad. Crítica y propuesta

Creemos que la pena privativa de libertad, en la modalidad en que actualmente está legislada en nuestro Código Penal, genera ciertas críticas dentro del marco de la protección general de los derechos de los menores y adolescentes consagrados en la Convención de los Derechos del Niño de la ONU y del Código de la Niñez y Adolescencia, que conforman nuestro derecho positivo nacional en materia de niñez y adolescencia.

En aplicación de dichos instrumentos legales, surge como derecho fundamental el denominado “interés superior del niño” como vector y guía de actuación para jueces y operadores de la justicia cuando tienen que resolver cuestiones donde están en juego derechos de los niños y adolescentes de algún modo.

En este orden de ideas, tenemos que, cuando existe un incumplimiento del deber legal alimentario, se genera un perjuicio de índole económico patrimonial y que consiste en la no aportación del dinero que se necesita para la compra de alimentos, vestidos, salud o recreo a favor del beneficiario o titular del derecho de asistencia legal, el que en algunos casos es un menor. En este sentido, sostenemos con énfasis, debe

priorizarse una reparación económica del beneficiario y no una reclusión del responsable, porque, en esta situación, al estar recluso en una penitenciaría, no podrá ejercer la actividad lucrativa que le sirve de sustento económico y, lo más grave, la imposibilidad material de satisfacer la reparación económica de la víctima, en más casos hijos menores de padres separados, agravándose aún más el estado de abandono de estos.

Se podría argüir contra esta opinión que el alimentante remiso ya asumió con anterioridad la actitud de no abonar la cuota alimentaria; pero en este caso el obligado **no quiere** pero **puede pagar**; situación deferente se genera a partir de una condena de cumplimiento efectivo en una penitenciaría, porque en esta situación, el alimentante **quiere pagar** pero **no lo puede hacer** al estar impedido como consecuencia de su internación penitenciaria.

En esta situación, ¿qué se puede hacer? Somos de la opinión de que la pena privativa de libertad en esta clase de hechos punibles debe ser cambiada o modificada en relación a la forma de su cumplimiento. En este orden de ideas, creemos que la idea central en la aplicación de la sanción penal debe basarse en la amenaza de la pena, pero no en su efectivo cumplimiento. Con otras palabras, lo que la ley penal debe perseguir con la amenaza de la pena privativa de libertad es coaccionar al obligado a cumplir en forma efectiva y real con su obligación legal, de acuerdo con su capacidad económica, para evitar su reclusión real, o sea, el cumplimiento efectivo de la pena.

En la legislación comparada internacional, encontramos respuesta a nuestra interrogante. Así, la moderna legislación española establece para este tipo de delitos el “**arresto de fin de semana**”. Tiene por finalidad que el obligado remiso sea efectivamente sancionado con una pena privativa de libertad, pero ésta se cumple sólo los días sábados, domingos y feriados, computándose estos días a la pena para la computación de la misma; y a los efectos de permitir que los demás días de la semana, es decir, los días hábiles pueda trabajar a fin de poder cumplir con su obligación legal alimentaria (ver Claudio Belluscio, “Prestación Alimentaria”, pág. 934).

Dicho autor hace cita de un fallo que proviene del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Penal Correccional de la 8ª Nominación de Rosario, Argentina, en la que se dispuso: “**aplicación de la pena de prisión efectiva pero discontinua** –sólo los fines de semana– a fin de posibilitar la libertad necesaria para que el encartado desarrolle sus tareas laborales y, de esa forma, se gane el sustento que le permitirá cumplir con la cuota alimentaria”.

En su comentario expresa: “el titular del juzgado dispuso que la pena aplicada –seis meses de prisión efectiva– se cumplimente de manera discontinua, mediante la permanencia del condenado en la seccional policial más próxima a su domicilio desde las 18 del día sábado hasta las 6 del lunes siguiente”.

Más adelante finaliza este punto: “En Chile el actual sistema de apremios –en el ámbito penal– frente al incumplimiento alimentario contempla “**la prisión nocturna**”, a fin de que el alimentante pueda seguir trabajando... entre las 22 de cada día hasta las 6 del día siguiente, hasta por quince días” (sic, ver ob. cit., pág. 935).

VIII. Oportunidad, suspensión condicional del proceso y de la ejecución de la pena

Estas salidas alternativas constituyen, en los modernos sistemas procesales penales, vías procesales para evitar el cumplimiento efectivo de las penas cortas privativas de libertad. El Estado renuncia a la acción penal o a la prosecución del procedimiento penal o a la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad, a los efectos de evitar las consecuencias negativas que acarrea el encarcelamiento para el penado y su familia y, más específicamente, para quien tiene derecho a ser alimentado por el privado de su libertad ambulatoria.

Sostenemos, como lo hace la jurisprudencia comparada, que en los hechos punibles de incumplimiento del deber legal alimentario, la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad debe constituir el último

y ya inevitable remedio, pues, como se ha sostenido en párrafos anteriores, la privación efectiva de la libertad del alimentante ocasiona irremediablemente consecuencias más desestabilizadoras para el beneficiario y la familia, ante la real imposibilidad de ganarse dinero con que satisfacerlas, por la pérdida del empleo o por no poder dedicarse a su actividad lucrativa normal por estar recluido en la cárcel (ver Claudio Belluscio, “Prestación alimentaria”, pág. 932. Editorial Universidad, Buenos Aires).

Además, si el alimentante es condenado a pena privativa de libertad y éste cumple en forma efectiva la condena, al salir de la penitenciaría estaría “marcado” por la sociedad, con todos los inconvenientes que la estigmatización de ser “un preso-cué” conlleva dentro de nuestra sociedad; de otro lado, casi los mismos efectos estigmatizantes golpean duramente a los hijos, cónyuge actual, ex cónyuge o cualquier otro pariente, los que, según la legislación civil, tienen el derecho de ser alimentados por el ex presidiario.

Por último y por las razones expresadas, consideramos que estas salidas alternativas en el proceso penal son las que, de una manera preferencial, deben ser aplicadas en los procesos sobre incumplimiento del deber legal alimentario, con el fin de evitar los inconvenientes –las que hemos señalado antecedentemente– que se producen en la persona del alimentante procesado y en la familia, con la reclusión en cumplimiento efectivo de una pena privativa de libertad.

IX. Bibliografía consultada

1. NORBERTO JOSE NOVELLINO, “Los Alimentos y su Cobro Judicial”, Editorial Nova Tesis, Rosario, Argentina.
2. CLAUDIO BELLUSCIO, “Prestación Alimentaria”, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina
3. ENRIQUE BASIGALUPO, “Manual de Derecho Penal, Parte General”, Ed. Temis, Colombia.

4. LUIS ALBERTO CAIMMI, GUILLERMO PABLO DESIMONE, "Los Delitos de Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar e Insolvencia Alimentaria Fraudulenta", Depalma, Buenos Aires, Argentina
5. Ley N° 1160/97, "Código Penal" y Ley modificatoria N° 3440/08.
6. Ley N° 1680, "Código de la Niñez y la Adolescencia".
7. ENRIQUE BACIGALUPO, "Lineamientos de la Teoría del Delito". Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978
8. Ley N° 1286/98, "Código Procesal Penal".