

El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar

Fundamento del injusto, forma del tipo e imputación subjetiva

Gastón R. Berenguer¹

Resumen

En este trabajo se realiza un análisis dogmático del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, con la referencia del derecho positivo nacional y supranacional vigente, las opiniones de la doctrina nacional y alemana y la jurisprudencia argentina. En particular, se analiza el fundamento del injusto con aportes de la filosofía del derecho; las consecuencias que derivan en materia de imputación jurídico-penal del hecho de que se trate de un delito de infracción de deber, como, por ejemplo, sobre la irrelevancia de distinguir entre acción y omisión, así como sobre la delimitación entre autoría y participación desde una posición diferente al dominio del hecho. Además, se critica la pretensión de la doctrina dominante de caracterizar el desvalor de resultado de este tipo penal como un delito de peligro abstracto. Por último, se analizan en detalle los requisitos de la imputación subjetiva en este tipo penal, argumentando sobre la inconveniencia de seguir, de manera estricta, la distinción tradicional entre el conocimiento propio del dolo y la conciencia de lo injusto en un tipo legal fuertemente arraigado en la estructura de valores básicos de la sociedad.

Sumario

1.- Fundamento del injusto: ¿protección de la familia? | 2.- La forma del tipo | 3.- Imputación subjetiva | 4.- Bibliografía

Palabras clave

incumplimiento de los deberes de asistencia familiar – Convención sobre los Derechos del Niño – delito de peligro abstracto – principio de legalidad

¹ Abogado (Universidad Nacional de La Plata). Especialista en Derecho Penal (Universidad Torcuato Di Tella). Asistente letrado en el Ministerio Público Fiscal de Neuquén por concurso de oposición y antecedentes. Dedico un especial agradecimiento al profesor y maestro Dr. Mauricio Ernesto Macagno. Además de tener en cuenta en el texto sus aportes sobre la problemática del bien jurídico colectivo, fueron consideradas sus valiosas sugerencias sobre la correspondencia con el Derecho positivo de algunas de las ideas expuestas. Correo electrónico: gaston_berenguer@outlook.com.

1. Fundamento del injusto: ¿protección de la familia?

La doctrina y jurisprudencia probablemente mayoritaria sostienen que el bien jurídico protegido por el delito previsto en la ley 13.944 (arts. 1 y 2) es la familia². Como argumentos, señalan que la familia es una institución que «jurídica y naturalmente» se diferencia de los bienes del individuo, fundamentando la necesidad de su protección autónoma en el valor de esta institución como medio elemental de la integración del individuo en la comunidad³. Asimismo, se ha rechazado su caracterización como delito contra la persona, con el argumento de que el tipo del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia no exige constatar un daño físico o psíquico, ni la creación de una situación de peligro concreto de que ello suceda, aspectos estos que vendrían a caracterizar el injusto típico de los delitos contra la persona⁴.

Desde otra perspectiva, afín a la posición que aquí se intentará defender, un sector de la doctrina ha identificado el bien protegido con el derecho a la prestación de asistencia que corresponde al sujeto pasivo, en virtud de la relación especial que posee con el autor⁵. Esta perspectiva contribuye a caracterizar con mayor precisión el injusto del delito de incumplimiento, porque el significado social del comportamiento criminalizado, lo que cuenta como quebrantamiento de la norma, o sea, como perturbación social, no se logra capturar en su justa dimensión sin reparar en que el autor infringe un deber especial de protección, que incluso existe ya *antes* del comportamiento recogido en la ley 13.944, en la medida en que se trata de las exigencias elementales de un papel social (por ejemplo, el papel de padre)⁶. El sentido de este deber y de la regulación legal que lo contiene es, pues, garantizar las condiciones *mínimas* de la existencia del niño (lo que incluye lo corporal y espiritual) y las del mayor impedido⁷.

De acuerdo con lo señalado, la falta de prestación económica que, en sentido amplio, castiga la ley 13.944, solo comporta una lesión *jurídica* si, y solo si, quebranta un derecho del sujeto pasivo a la prestación de ayuda (luego: perturbación social). Desde la perspectiva del autor, la condición enunciada presupone un especial vínculo jurídico con el sujeto pasivo, que, por su indisponibilidad, permanencia y reconocimiento jurídico extrapenal, recibe el nombre de *institución*⁸. Quien pertenece a una institución posee un

² Cfr. Núñez, 1965, pp. 16, 17 y 22; Soler, 1987, p. 400 y ss.; sobre jurisprudencia, véase, por ejemplo, Cabral, 1962. Voto en «*Alois*», C.N.C.C., en pleno, 13/11/1962, con cita de Peco (el valor del precedente se analizará más adelante, al examinar el aspecto objetivo del injusto); C.N.C.C., en pleno, «*Guersi, N. M.*», 31/07/1981; en contra, C.N.C.C., Sala VI, «*Pardo Blacutt, J. L.*», causa n.º 26.143, 25/04/2005 («La ley no protege el bien jurídico 'familia'»).

³ Núñez, 1965, p. 16.

⁴ Núñez, 1965, p. 22.

⁵ Donna, E. A. (2003). *Derecho penal. Parte especial* (2.ª ed., Tomo II-A, pp. 414–417). Rubinzal-Culzoni. Con cita de Baigún, David, quien expresamente rechaza a la familia como el bien protegido; y de Gonzales Aquilano, C. A., & Pereyra, J. R. (2022). *Delitos derivados de las relaciones de familia* (1.ª ed., p. 34). Hammurabi, con cita de Villanueva y Da Vita en el mismo sentido que en el texto, y p. 37, donde resumen su posición respecto del bien protegido.

⁶ Esta es una característica general de los «delitos de infracción de deber», categoría fundada por Roxin. Al respecto, véase: Roxin, 1997, p. 338 y 2014, p. 179.

⁷ Sobre el estándar de cuidado exigible en el Derecho penal, en la responsabilidad institucional, véase: Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. de la 2.ª ed. alemana [1991] por J. Cuello Contreras y J. L. Serrano Gonzáles de Murillo, Apartado 29, n.º margen 60, p. 995). Marcial Pons

⁸ Cfr. Córdoba, 2015, pp. 102–103. Este trabajo posee un gran valor pedagógico para quien desee introducirse en la perspectiva de Jakobs, que sitúa el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la infracción de un deber y su correlato en la libertad de organización o en la pertenencia a una institución (deberes negativos y positivos, respectivamente).

estatus especial, por cuanto, como obligado institucional, no solo debe asegurar -evitar- que de su ámbito de organización no se realicen peligros para terceros (deber negativo), como concreción del principio *neminem laedere* (art. 1716 del código civil y comercial de la nación, en adelante «CCyCN»), sino que, además, «el obligado debe configurar un mundo -parcialmente- común con el tutelado»⁹. Ejemplo: el padre no solo debe abstenerse de lesionar a su hijo, deber que incumbe, en cualquier caso, a toda persona frente al prójimo, sino que es también responsable de su desarrollo y formación integral (art. 638, CCyCN), de manera que el incumplimiento de este deber significa no tanto (o, no solo) la lesión de un bien, como podría ser la vida o la salud del hijo, sino la lesión de un derecho de la persona, a exigir el cumplimiento estricto del rol de padre.

Para concluir con esta sección, se puede sintetizar lo dicho de la siguiente manera: el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar protege, prioritariamente, las expectativas vinculadas con el bienestar del integrante más vulnerable de una relación jurídicamente regulada; lo hace, asegurando bajo sanción el aporte de una prestación susceptible de apreciación pecuniaria¹⁰.

a. El valor de la familia frente a la ley 13.944

La manera en que se delimitó el fin de la regulación, en el punto previo, exige ahora dilucidar qué lugar que ocupa la familia frente al injusto que contienen los tipos legales de la ley 13.944. Entre otras razones, porque, como es sabido, la Constitución Nacional reconoce a la familia, desde la reforma de 24 de octubre del año 1957, como *bien* protegido (art.14, bis, CN). Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre del año 1989, otorga un lugar preminente a la familia, considerándola como *grupo fundamental de la sociedad y medio natural* para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños (quinto párrafo del preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño)¹¹.

Sin embargo, aunque es innegable que la familia constituye un *bien* en el ordenamiento jurídico argentino, ello no resta validez a la idea de que el bien protegido por la ley 13.944 es el derecho de asistencia, de carácter pecuniario, que tiene el sujeto pasivo en virtud del *especial* vínculo jurídico que posee con el autor. En efecto, fundamento del deber de garante -del lado del autor- es un vínculo jurídico originado, según el caso, en el parentesco -natural, por adopción o por técnicas de reproducción humana asistida-, la tutela, curatela y la guarda¹². Mas aun, en sentido estricto, es la propia ley que regula el contenido de tales vínculos, esto es, que constituye a sus integrantes en personas, en titulares de derechos y deberes, la fuente del deber de garante en todos los supuestos que contempla la ley 13.944, es decir, el CCyCN¹³. Así, los padres están obligados a cuidar de sus hijos, lo que incluye, entre otras cosas, prestarles alimentos (art. 638 y 646, inc. a,

⁹ Fundamental: Jakobs, 1997, pp. 266, 993 y 994. Véase también 2003-1, p. 167.

¹⁰ En la terminología de Pawlik, discípulo de Jakobs, el reconocimiento jurídico-penal de este tipo de expectativas encuentra su correlato en la responsabilidad derivada de las «competencias de fomento». Al respecto, véase: Pawlik, 2016, p. 11.

¹¹ La Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada por el Estado argentino en 1990 mediante la ley 23.849 e incorporada a la Constitución Nacional en 1994, en el artículo 75, inciso 12.

¹² Cabría reflexionar si, desde la interpretación sistemática propuesta, quedan incluidos como sujetos activos, es decir, como «padres», los progenitores afines, ya que en el derecho civil poseen una obligación alimentaria subsidiaria, pero, al margen de esto, son en definitiva progenitores también (arts. 672 y 676, CCyCN).

¹³ En relación con los deberes de garante de protección derivados de relaciones personales estrechas, véase: Hilgendorf & Valerius, 2017, p. 275.

CCyCN); el tutor y guardador, tienen a su cargo el cuidado del pupilo y guardado, respectivamente, lo que incluye su persona y patrimonio (arts. 104, primer y último párrafo; 640, inc. c; 612 y 657, CCyCN). El curador tiene la función de cuidar a la persona y bienes del incapaz de hecho (art.138, CCyCN)¹⁴.

Ciertamente, las dudas que suscita la idea de la familia como objeto de protección no son recientes. En Alemania, por ejemplo, los penalistas utilizaron una expresión por demás ilustrativa, a saber: *delitos vagos* (*vage verbrechen*), para contemplar aquellas infracciones que inciden sobre colectividades de individuos que carecen, como tales -en cuanto colectividades-, de personalidad jurídica¹⁵. De igual manera, en el ámbito de la filosofía moral, ha recibido severas críticas el llamado *colectivismo*, es decir, una concepción que sostiene que no solo los seres humanos son titulares de intereses dignos de protección, sino también entidades supraindividuales que no son reducibles a los intereses de sus integrantes¹⁶. En particular, las críticas se pueden sintetizar diciendo que el colectivismo contradice el «principio práctico supremo», esto es, la segunda formulación del imperativo categórico de Kant¹⁷, y, por tanto, sienta las bases para la defensa de posiciones autoritarias, al menos cuando no queda claro su nexo con las «relaciones microsociales», es decir, con los bienes del individuo¹⁸. Mas aun, ni siquiera podría verse en la familia un *bien jurídico intermedio*, es decir, una condición necesaria de la existencia del derecho de sujeto pasivo, pues ello no explica la subsistencia del deber, por ejemplo, en los supuestos de divorcio o disolución de la familia respecto de los hijos, e incluso subsiste en los casos de privación de la responsabilidad parental (art. 704, CCyCN)¹⁹.

En definitiva, considerar a la familia como objeto de la infracción contribuye a desmaterializar el injusto del delito de incumplimiento, el cual, como se dijo más arriba, solo se explica en el contexto de una relación jurídica entre dos *personas*, esto es, entre dos entes titulares de derechos y deberes, uno de los cuales tiene el derecho de reclamar para sí, ante el otro, el cumplimiento de una prestación²⁰. Si, entonces, el sujeto pasivo sufre algún menoscabo en su existencia, ello solo cuenta como perturbación social en tanto y en cuanto el autor falta a la solidaridad jurídicamente mandada: cuidar del sujeto pasivo, aunque mas no sea *en la medida* exigida por el tipo legal, esto es, en una medida económica. Sea como fuere, el autor desconoce, a través de su hecho, los deberes que se derivan de su pertenencia a una institución, es decir, de la responsabilidad parental y figuras afines (tutela, curatela, guarda).

Ahora bien, aunque el concepto de familia no permite fundamentar, con precisión, el injusto del delito de incumplimiento, sí contribuye, en cambio, a legitimar políticamente los tipos legales de la ley 13.944. En efecto, el hecho de que se perciba

¹⁴ Se dejan sin mencionar los deberes del cónyuge, nacidos del matrimonio y no de la familia, porque el inciso «d» del artículo 2 de la Ley 13.944 perdió validez desde la derogación del sistema de divorcio basado en la culpa.

¹⁵ Cfr. Jiménez de Asúa, 1992, p. 92.

¹⁶ Nino, 2017, p. 119.

¹⁷ Kant, 2015, pp. 81–83.

«Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio» (la cursiva no me pertenece). Para Kant, dicho principio constituye «la condición suprema limitativa de la libertad de las acciones de todo hombre» (p. 83).

¹⁸ Cfr. Macagno, 2016, pp. 17, 5, 14.

¹⁹ Sobre los bienes intermedios, véase también: Macagno, 2016, pp. 8, 16. Este último ejemplo me lo sugirió el Profesor Macagno, quien con toda razón lo considera el ejemplo más contundente de lo que pretendo decir en el texto.

²⁰ Este entendimiento se corresponde con la definición de familia contenida, por ejemplo, en la Ley 26.485, art. 6, que hace referencia a los vínculos jurídicos originados en el parentesco, matrimonio, uniones de hecho, etc.

como *necesaria* la criminalización del incumplimiento a los deberes de asistencia familiar, no solo en Argentina sino también en el derecho comparado, sugiere, en primer lugar, que se trata de una norma que *dirige* la comunicación²¹; esto significa, principalmente, que la comunidad no tolera el desconocimiento de la solidaridad elemental que ha de primar en determinados vínculos: entre padres e hijos -naturales o adoptivos-, entre el tutor y el pupilo, etc.²² Como decía Hegel, «el hombre no puede, en consecuencia, aparecer sobre la tierra sino en el seno de un rebaño», es decir, «la realidad humana no puede engendrarse sino en tanto que socialmente»²³; pues es en relación a un otro que el hombre obtiene su *reconocimiento* como ser humano, o sea, como ser individual y autónomo; más en esa relación primigenia entre dos existencias humanas tiene lugar un fenómeno de peculiar importancia para el Derecho, entendido como esquema de coordinación social, a saber: el hombre aparece frente al otro en una relación de dominio o sumisión²⁴. En otras palabras, no solo comporta la familia, desde siempre, el entorno en el cual el individuo se desarrolla en su potencialidad, adquiriendo paulatinamente mayor autonomía, sino que es allí donde comprende que todo orden social comienza con deberes²⁵; deberes ligados a la supervivencia del grupo, lo que sin dudas se corresponde con las funciones básicas de la familia, a saber: la solidaridad familiar, o sea, la ayuda recíproca mediante la división de tareas, la educación y, fundamentalmente, la socialización de niños²⁶. Así pues, aun cuando los modelos de familia han mutado, la familia sigue constituyendo el entorno natural en el cual todo niño toma contacto con las expectativas básicas del mundo social -no dañar a otro-, esto es, internaliza la noción de límite, elemental para la vida en conjunto. En este sentido, cabe advertir como esta idea se ve reflejada en la Convención de los Derechos del Niño desde el preámbulo²⁷. Finalmente, frente al resto de los supuestos que contempla la ley 13.944 sigue siendo fundamental la idea de solidaridad familiar y, por consiguiente, los deberes que en ella se fundan, pues, en definitiva, se trata de relaciones sustitutivas, o sea, equivalentes a la relación paterno-filial desde el punto de vista del deber de asistencia que las rige.

En resumen, desde este trasfondo social el conjunto de figuras delictivas de la ley 13.944 cobra *realidad*, es decir, no se trata solo de coacción, sino, precisamente, de un orden normativo: la ley 13.944 refleja el «entendimiento general» sobre lo que cabe esperar en una sociedad²⁸.

²¹ Jakobs, 2000, p. 345.

²² Referencias sobre la tipificación del delito de incumplimiento en el derecho comparado en: Gonzales Aquilano & Pereyra, 2022, pp. 31–33.

²³ Kojève, 2006, pp. 12, 15. (La cita corresponde a lo escrito por Hegel en el capítulo IV, Sección A, de su obra *La Fenomenología del Espíritu*, 1807, cuya transcripción abre el libro de Kojève).

²⁴ Kojève, 2006, p. 15.

²⁵ Jakobs, 2000, p. 342.

²⁶ Medinó & Roveda, 2016.

²⁷ Especialmente ver párrafos 6 (la familia como grupo fundamental de la sociedad) y 7 (la familia como medio del desarrollo de la personalidad; es decir –cabe agregar– como medio para formar personas, i.e., titulares de derechos y deberes antes que meros sistemas psicofísicos. Esta ejemplificación con el derecho positivo me fue sugerida por el Profesor Macagno).

²⁸ Jakobs, 2000, p. 345.

2. La forma del tipo

a. Delito de infracción de deber

En la sección previa se expuso cuál es el contexto social, preconfigurado por el Derecho, que permite definir como infracción normativa, esto es, como lesión jurídica, el no proporcionar los medios indispensables para la subsistencia de un ser humano: solo puede cometer este delito quien tiene un deber positivo, institucionalmente asegurado, de cuidar especialmente de un bien frente a peligros, incluso frente a peligros que el obligado institucional no ha causado²⁹. Si bien este cuidado se diversifica en diferentes funciones, en el tipo de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar se encuentra asegurado solo en su faz económica. La relación entre el autor y el bien no surge, pues, del comportamiento que criminaliza el art.1 y 2 de la ley 13.944, sino que existe antes³⁰. Dicho con otras palabras, el deber de prestar los medios indispensables para la subsistencia del hijo, adoptado, pupilo e incapaz es un deber extrapenal, porque su fuente es la obligación de protección que establece el derecho civil, como sector del ordenamiento jurídico que predetermina cómo deben relacionarse padres e hijos, adoptantes y adoptados, tutores y pupilos, curadores e incapaces, entre sí.

Una de las consecuencias principales, derivada del hecho de tratarse de un delito de infracción de deber, consiste en que la distinción entre acción y omitir pierde sentido³¹. Ejemplo: la negación de la ayuda económica puede obedecer al abandono -omisión-, o bien a la disipación del obligado especial -acción-, y, sin embargo, ello no cambia en nada la circunstancia de que el garante ha defraudado las expectativas que la norma pretende asegurar: el fundamento de la punición no está ligado a una forma *específica* de comportamiento, sino a la vulneración de las exigencias de un papel social. En consecuencia, aunque la norma habla de *substraerse*, con ello no se describe un específico acto de organización del obligado especial, sino un apartamiento de su deber extrapenal que puede asumir formas variadas³².

A la luz de lo referido, no sorprende que la incorporación del art. 2 bis (ley 24.029) a la ley 13.944 haya merecido críticas, en la medida en que describe diferentes modalidades elegidas por el autor para incumplir con la prestación económica su cargo³³. Empero, ello no debe llevar a confusión: se trata de modalidades que constituyen un tipo calificado, en razón, especialmente, de la actitud (malicia) con la que el autor ejecuta su comportamiento. Cabe reiterar, el injusto encuentra ya su fundamento en relación con el alcance del deber que incumbe al autor, a saber: contribuir, prestación económica mediante, a garantizar las condiciones mínimas para la subsistencia del sujeto pasivo. El autor falla, pues, en su deber de configurar, al menos parcialmente, un mundo vital en

²⁹ Jakobs, 1997, p. 1027; p. 791; y el mismo, «Sobre el concepto de delito contra las personas» (nota 9), p. 167.

³⁰ Satzger, 2016, refiere expresamente al parágrafo 170 del StGB, que contempla el tipo de violación del deber de prestar alimentos, explicando por qué es un delito especial y no un delito de propia mano, aunque las consecuencias en materia de autoría y participación sean las mismas.

³¹ Jakobs, 1997, p. 791; Roxin, 1997, p. 179; p. 181 (con el ejemplo del delito de administración o gestión desleal); y p. 187.

³² Nestler, 2022, refiere al mandato de determinación, *nulla poena sine lege certa*: «Así, el legislador utiliza con bastante frecuencia cláusulas generales para abarcar muchos acontecimientos vitales en simultáneo». El uso de una cláusula general de este tipo no viola per se el mandato de determinación»; de igual modo: Hilgendorf-Valerius, 2017, p. 10.

³³ Cfr. Donna, 2003, p. 431 («...en definitiva, el autor procura mediante otros medios no hacer frente a la satisfacción de los deberes alimentarios»).

común con el titular del derecho; en la prestación de un servicio que se le exige en forma *adicional*, esto es, junto al deber -general- que pesa sobre todo ciudadano de no dañar a otro, o, dicho de otra manera, de respetar la esfera de libertad del prójimo.

La consecuencia que cabe derivar de lo hasta aquí dicho es la siguiente: dado que estamos ante un delito de infracción de deber, la propia estructura del tipo impone prescindir del *dominio del hecho*, como criterio para delimitar, en *este* delito, entre autores y partícipes, sin que puede argüirse menoscabo alguno al principio *nullum crimen sine lege*. Ello se explica, en primer lugar, porque el tenor literal del tipo penal no describe un comportamiento externo específico, sino el apartamiento del deber de asistencia económica³⁴. En segundo lugar, la propia praxis indica que el autor prototípico de este delito no tiene, en la mayoría de los casos, un dominio real sobre la incolumidad del bien protegido. Ejemplo: el padre que se desentiende por completo de su hijo al coincidir, su nacimiento, con el divorcio de la madre del niño, no tiene más posibilidades *reales* de contribuir a la subsistencia del niño que los abuelos que ven a este de manera frecuente, o que la pareja actual de la madre del niño que convive con él. No es correcto, entonces, afirmar la existencia, en un caso como este, de un «dominio de protección sobre el bien jurídico vulnerable y puesto en peligro» como «dominio sobre el fundamento, origen, razón o causa del resultado»³⁵; porque ello significa ignorar que el dominio del hecho ha de ser verificado por la vía empírica, y no inferido normativamente de la función o rol (¡social!) que ostenta el autor³⁶. Lo dicho queda demostrado en los supuestos en que el titular del deber se sirve de un *extraneus*, que no reúne en su persona la cualidad subjetiva exigida por el tipo, para cometer el hecho (instrumento doloso no cualificado). Ejemplo: quien, siendo padre, tras ser intimado judicialmente, le pide a su mejor amigo, asesor financiero, que «desvie» los activos y demás bienes que integran su patrimonio. Ciertamente, es dable afirmar que el sujeto de atrás (*intranus*) quiere el hecho como propio, más el acontecimiento en que se materializa el apartamiento del deber alimentario, no existiendo coacción alguna, estaba «en las manos» del sujeto de adelante (*extraneus*), es decir, una medida considerable de dominio de configuración estaba en su control. En una palabra, la autoría no se fundamenta en el ejercicio efectivo de dominio del hecho, sino en el deber de manutención que tiene el autor para con el sujeto pasivo. Por lo tanto, en el último ejemplo, el *extraneus* solo puede responder como partícipe, a pesar de que en un delito *común* habría sido, sin dudas -como mínimo- coautor.

b. Contenido del comportamiento típico

³⁴ Cfr. Gonzales Aquilano & Pereyra 2022, p. 39 («apartarse de la obligación de prestar los recursos económicos necesarios para la satisfacción alimentaria»); Donna, 2003, p. 421 («apartarse o separarse del deber de proporcionar el sustento»).

Este punto de partida, que incluso se corresponde con la sistemática de la Ley 13.944, no se ve reflejado, sin embargo, ni por la doctrina citada ni por la jurisprudencia al fijar el alcance de la norma. En efecto, es habitual ubicar el punto de conexión para la punibilidad en una omisión, cuando, en realidad, de lege lata lo relevante no es la configuración externa del comportamiento del autor, sino el incumplimiento de un deber. Por supuesto, el incumplimiento de un deber implica una omisión, del mismo modo que la comisión de un delito implica la omisión de observar la norma prohibitiva. Lo relevante es, empero, lo que indica la omisión: el incumplimiento del deber de contribuir a la manutención de un bien o del deber de no dañar al prójimo, respectivamente.

³⁵ Shünemann, 2018, 101–102 y ss.

³⁶ En contra del intento de basar en los delitos de infracción de deber la distinción entre autoría y participación, siempre en el dominio del hecho, véase: Roxin, 1997, p. 182 («el dominio...precisamente no se observa o ejerce en la realización de delitos de infracción de deber») y n.º margen 280, p. 185 («no se deduce la «voluntad de autor» de elementos subjetivos o del dominio del hecho, sino del deber de proteger...»).

Ya se expuso que la ley 13.944 conmina con una pena el incumplimiento de un deber positivo, pues el autor, debido a su pertenencia a una institución está obligado a realizar en favor del sujeto pasivo una prestación de servicio. La garantía jurídico-penal de esta prestación, empero, se circunscribe a la faz económica. En otras palabras, el deber de asistencia que la ley 13.944 pone en cabeza del autor se satisface en medida pecuniaria. Ahora bien, puesto que el contenido de la relación jurídica entre el autor y el sujeto pasivo ha sido regulado -concretado- por fuera del Derecho penal, es preciso determinar el contenido del deber consultando el contenido de la obligación alimentaria del Derecho civil, con las salvedades que luego se harán, especialmente en lo que atañe al alcance del deber, pues el legislador penal ha restringido, en beneficio del autor, el objeto de la infracción a lo *indispensable* para la existencia del tutelado.

Puesto que, en definitiva, en todas las hipótesis contempladas por la ley 13.944 el criterio rector es la solidaridad que debe primar en relaciones familiares o cuasifamiliares, es decir, la ayuda recíproca entre sus integrantes, la doctrina dominante define el contenido de los *medios indispensables para la subsistencia*, de modo coincidente con el mensaje del Poder Ejecutivo al presentar el proyecto de ley, enunciando los cuatro rubros de la obligación alimentaria civil, a saber: a) subsistencia; b) habitación; c) vestuario; d) asistencia médica³⁷. Es preciso advertir, en este punto, que los rubros mencionados se corresponden con la extensión que posee la obligación alimentaria *entre parientes*, conforme lo previsto en el art.541, CCyCN. Mas allá de esto, se trata de un punto de partida correcto, fundado en una interpretación teleológica -fin de la norma-, sistemática -interacción con el resto del ordenamiento jurídico- e histórica -voluntad original del legislador- de los supuestos de hecho definidos por la ley 13.944.

El comportamiento punible adquiere contornos específicos en la hipótesis contemplada en el artículo 1 de la ley 13.944, es decir, cuando el sujeto pasivo es un niño, o sea, una persona menor de dieciocho años, y el autor su progenitor, ya sea natural, por adopción o por voluntad procreacional (art.558, CCyCN). En efecto, el fin de protección que persigue la norma, desde una perspectiva actual, no puede prescindir del carácter reforzado que adquiere la asistencia económica necesaria para la subsistencia, en la relación entre padres e hijos menores de edad (art.646, inc. a y 659 CCyCN)³⁸. Ello se impone tanto en virtud de la regulación civil, cuanto de la regulación internacional que rige la materia, y, por tanto, se trata de una interpretación que deviene imperativa desde el punto de vista sistemático-constitucional. No es correcto argüir, en este aspecto, que el mandato de determinación, como consecuencia del principio de legalidad en sentido estricto, impone una interpretación *restrictiva*. En tanto se trate de una comprensión abarcada, primero, por el sentido literal -método gramatical- y, segundo, defendible desde alguno de los métodos de interpretación aceptados, como el fin de protección de la norma -método teleológico-, y el método sistemático, ninguna norma suprallegal impone la opción por la inteligencia más restrictiva de la punición. Esta es la opinión dominante en materia de hermenéutica jurídica, con respecto a las condiciones de aplicación del *lenity principle*³⁹. En efecto, lo que es indispensable para la subsistencia de un niño comprende, debido a su mejor interés (art.3, Convención sobre los Derechos del Niño), la prestación económica que permita su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art.27, Convención sobre los Derechos del Niño); a ello apunta la especial extensión que el

³⁷ Cfr. Núñez, 1965, pp. 32–33, nota al pie 54. Este autor habla de «núcleo cuasi familiar» en la p. 23.

³⁸ Medina & Roveda, 2016, p. 796. Pérez, 2024, p. 486: «El impago de la pensión de alimentos de hijos menores como principal manifestación de la violencia económica y la necesaria reparación integral del daño».

³⁹ Ortiz Urbina Gimeno, 2009, pp. 174–175.

Derecho civil le asigna al deber alimentario en beneficio de niños: a) manutención; b) educación; c) esparcimiento; d) vestimenta; e) habitación; f) asistencia; g) gastos por enfermedad; h) gastos para adquirir una profesión u oficio (art. 659, CCyCN). Por lo demás, esta es una inteligencia basada en el uso jurídico del lenguaje, por lo que tiene la ventaja de garantizar la seguridad jurídica en el entendimiento futuro de la norma, frente al arbitrario o cuanto menos cambiante uso ordinario del lenguaje, tal como apunta Nestler⁴⁰. Por lo tanto, desde la perspectiva aquí defendida, cabe estimar equivocada, a mi juicio, la opinión de Nuñez, para el cual la obligación asistencial se rige por el criterio «*ad necessitatem, non ad utilitatem*»⁴¹. Este entendimiento normativo, además, no contradice el significado que posee el vocablo «indispensable», en sus dos acepciones, según la definición del Real Academia Española; aquello que «que no se puede dispensar» o «es necesario» en el caso de un niño, es lo que se acaba de describir, desde una perspectiva sistemática.

En el resto de las hipótesis, esto es, entre el hijo mayor -cualquiera sea la filiación- y su padre -impedido- (art.2, inc. a y b -in fine-, ley 13.944); entre el tutor y el pupilo; entre el curador y el incapaz, y, finalmente, entre guardador y guardado, la extensión del deber que tiene el autor ha de limitarse a los cuatro rubros enunciados más arriba. La diferencia se impone, fundamentalmente, por razones sistemáticas. En efecto, el hijo mayor de dieciocho años tiene un deber de colaboración y cuidado para con sus progenitores (art.671, inc.c, CCyCN), pero en materia de alimentos se circunscribe a lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica (art.541, CCyCN). En el caso de los tutores, curadores y guardadores, lo propio se impone a partir de una comprensión armónica de las normas involucradas. Así, por un lado, ellos no están alcanzados por la obligación alimentaria (arts. 119 -tutela-; 138 -curatela-; y 104, último párrafo, in fine -guarda-, CCyCN), y la función de cuidado difiere sensiblemente del conjunto de deberes que entraña la responsabilidad parental. En la tutela y la guarda, por ejemplo, el CCyCN, a diferencia del Código de Vélez Sarsfield, circunscribe sus deberes a la esfera patrimonial, es decir, a la administración de los bienes del pupilo y guardado, respectivamente⁴². Por lo tanto, sería irrazonable, además de violatorio del principio de legalidad, atribuirle al deber del tutor, curador y guardador el mismo alcance que tiene -por razones normativas- el deber de los progenitores con respecto a sus hijos menores de edad. La transgresión al principio de legalidad estaría dada por implicar una comprensión que va más allá del sentido literal *jurídico* de lo que es indispensable para la subsistencia del pupilo, incapaz y guardado, y, por tanto, una integración del tipo penal (prohibición de analogía)⁴³.

c. El aspecto objetivo del injusto. Configuración de la lesión al derecho

En virtud del principio de hecho⁴⁴, todo delito ha de consistir, como mínimo, en la realización de un movimiento corporal: *cogitationis poenam nemo patitur*⁴⁵. Se trata, como es

⁴⁰ Nestler, 2022, p. 78.

⁴¹ Núñez, 1965, p. 33.

⁴² Medina & Roveda, 2016, pp. 839 y ss.

⁴³ Sobre la distinción, en el método gramatical, entre sentido literal coloquial y sentido literal jurídico, véase: Hilgendorf & Valerius, 2017, p. 14; Nestler, 2022, p. 78.

⁴⁴ Hilgendorf & Valerius, 2017, p. 13.

⁴⁵ Jakobs, 1997, p. 205; De la Fuente Cardona, 2024, p. 220: «El concepto material de delito en la doctrina alemana de postrimerías del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. En contra de la tesis de la ruptura de Amelung».

sabido, de una consecuencia lógica del principio de legalidad en sentido estricto, que encuentra acogida, en la República Argentina, en los artículos 18 -*nullum crimen sin lege proevia*- y 19 -principio de reserva- de la Constitución Nacional⁴⁶. En pocas palabras, puesto que el concepto de delito encierra una *perturbación social*⁴⁷, todos los tipos legales deben enunciar, con la mayor precisión posible, los presupuestos -circunstancias de hecho- que permitan al juzgador, en última instancia, vincular su valoración normativa con una infracción *culpable*, esto es, con un comportamiento válido -si bien fugazmente- como *expresión de sentido*⁴⁸. La doctrina dominante, empero, desde antaño identifica lo que cuenta como expresión de sentido con la *lesión a un objeto de bien jurídico* (*vgr.*, la vida, la salud, la propiedad), es decir, con una modificación *empírica* (de cosas, del cuerpo, del regular funcionamiento del Estado, etc.) del mundo exterior que puede adquirir, en principio, tres formas, a saber: a) una lesión; b) un peligro concreto, y, c) un peligro abstracto⁴⁹. A su vez, la distinción entre las modalidades «b» y «c» es relevante, sobre todo, porque según una parte de la doctrina los delitos de peligro abstracto no debieran formar parte del Derecho penal en virtud de su escaso contenido de injusto y culpabilidad.

La opinión dominante, como ya se mencionó, es que el delito de incumplimiento atenta contra la familia; ergo, que la familia es el *bien jurídico protegido* y que se trata, en lo que atañe al aspecto objetivo del injusto, de un delito de peligro *abstracto*, por cuanto el sentido literal de la norma no exige que el sujeto pasivo experimente un estado de indigencia *a causa* de la omisión del autor, ni, por tanto, que corra peligro efectivo su vida⁵⁰. Ciertamente, como ya lo anticipo Soler, en esta materia: «son poco útiles las distinciones de tipo naturalista o sociológico»⁵¹. En otras palabras, el Derecho penal erige en bienes jurídicos aspectos de la realidad que no siempre consisten en una sustancia. Así, a diferencia del tipo de homicidio, en que se protege la vida, y cuyo resultado consiste en la destrucción de la conciencia de una persona, no ocurre lo mismo, por ejemplo, con el falso testimonio, en que se atenta contra la *administración de justicia*, o con la falsedad de documentos, que atenta contra la *fe pública*. La naturaleza del bien, por lo tanto, condiciona la forma de protegerlo⁵². Así, en estos casos no cabría hablar con propiedad de lesión, en el sentido de la *destrucción* o daño a una sustancia, y, sin embargo, cabe preguntarse ¿se trata, entonces, de delitos de peligro *abstracto*? Habitualmente así se los considera; pero está claro, como ya apuntaba Soler con el ejemplo de la fe pública, que se trata de casos en que la ley penal ve una *lesión* o *daño* al bien protegido⁵³. En este sentido, Kindhäuser ha ofrecido argumentos de peso en favor del carácter autónomo del injusto de los delitos de peligro, es decir, con prescindencia de la probabilidad de daño, al entender que los bienes jurídicos son afectados en su función de medios del libre desarrollo del individuo.

⁴⁶ Jiménez de Asúa, 1992, p. 405.

⁴⁷ Jakobs, 2009, p. 17.

⁴⁸ Lesch, 2016, pp. 99, 103, 113.

(La idea del delito como expresión de sentido exige reconocer que el delito y la pena constituyen hechos sociales vinculados a la manera de discurso y respuesta; que, por tanto, el autor, con su hecho, propone una reestructuración del Derecho, es decir, de las expectativas que las personas tienen al entrar en contacto entre sí, reconocidas en el orden jurídico estatal; LESCH, p. 99, nota al pie 431, y p. 103, nota al pie 459).

⁴⁹ Lesch, 2016, pp. 15–16.

⁵⁰ Cfr. Jiménez de Asúa, 1992, p. 449.

⁵¹ Soler, 1987, p. 196.

⁵² Así, Kindhäuser, 2009, pp. 3, 16 (en esta última con el ejemplo de la administración de justicia).

⁵³ Soler, 1987, pp. 197–198.

La digresión previa se justifica porque, en definitiva, si mediante el delito de incumplimiento el legislador hubiera pretendido proteger la vida, se trataría de una figura superflua; dicho bien encuentra protección en más de un tipo de la parte especial, tanto dolosos como culposos. Además, sería muy difícil distinguir este delito del tipo legal de *abandono de personas* (art.106, CP), en que pueden ser autores los mismos sujetos activos, y que comporta, según la opinión mayoritaria, un delito de peligro *concreto* para la salud⁵⁴. Este es un buen punto de partida para analizar críticamente, en el siguiente punto, uno de los fallos de mayor erudición en la materia, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (en adelante, «CNACrim. y Corr. de la Capital Federal»).

d. El caso «Aloise»

La pregunta que la CNACrim. y Corr. de la Capital Federal respondió en el caso «Aloise» fue la siguiente: «¿es el delito reprimido por la ley 13.944, un delito de peligro concreto o de peligro abstracto?» Como se ve, desde el inicio el tribunal descartó que se tratara de un delito de lesión, en el sentido de la producción causal de un daño físico o psíquico a la persona del beneficiario⁵⁵. Asimismo, en el voto que principia la decisión, el del juez Cabral, se advierte una premisa importante del razonamiento del tribunal, a saber, el delito de incumplimiento es un delito de omisión *propia*, por cuanto la ley 13.944 criminaliza la pura infracción a una norma de mandato, sin exigir la producción de un resultado separable de la omisión, en tiempo y espacio; ergo, el Dr. Cabral concluyó que se trata de una figura de peligro abstracto, en tanto no lo excluye «la caridad de terceros ni el hecho de que otras personas, también obligadas, presten al necesitado los medios indispensables para la subsistencia tal como por lógica se desprende del art.3 de la ley en cuestión». Antes de proseguir, es menester hacer una observación, pues ya la premisa del razonamiento del Juez Cabral exhibe un error, a saber: que los delitos de omisión propia -suponiendo que esta sea la forma del tipo de incumplimiento- carecen de resultado, que constituyen, de este modo, el reverso de los delitos de mera actividad⁵⁶. Por lo que ya se dijo al comienzo del punto anterior (*supra*, «2.3»), todo delito exige un principio de exteriorización, como mínimo un movimiento corporal, en virtud del principio de hecho, solo que, en el caso de las omisiones propias, como enseña Roxin, el resultado coincide temporalmente con la omisión⁵⁷. Quien no presta ayuda a una persona que se encuentra en peligro (art.108, CP), por ejemplo, no solo infringe una norma de mandato, también

⁵⁴ Soler, 1987, p. 191.

⁵⁵ A los fines del análisis que sigue, entiéndase por peligro, con Kindhäuser, 2009, pp. 11–13: «a la posibilidad de un acontecimiento lesivo cuya producción no es deseada por quien habla», constituyendo un elemento característico de la noción de peligro la «inseguridad» o «casualidad», o sea, la incapacidad del sujeto para evitar intencionadamente el menoscabo. Por consiguiente, en los delitos de peligro abstracto, el legislador considera que de modo general la conducta prohibida trae aparejada esa posibilidad de lesión.

⁵⁶ En palabras del Juez Cabral: «...la afirmación de que la infracción prevista en la Ley 13.944 es de peligro abstracto se apoya fundamentalmente en la circunstancia de tratarse de un delito de omisión -y no de comisión por omisión-, es decir, de un delito cuya configuración no requiere la producción de ningún resultado externo material o de peligro concreto».

⁵⁷ Roxin, 1997, p. 761. «En el caso de la omisión, aunque no existe movimiento corporal desde el punto de vista óntico, ello no impide la posibilidad de imputar un estado de cosas desde criterios normativos, como lo es la posición de garante; para el Derecho penal la acción y la omisión son, como dice Roxin, «manifestaciones de la personalidad» (*idem*, p. 755).

En otras palabras, no es autor de un delito quien se erige en causal de una pérdida, sino quien resulta competente por su evitación. Esta idea permea prácticamente toda la teoría de la imputación objetiva (véase, sobre esta idea, el trabajo de Jakobs citado *infra*, en la nota al pie 61).

provoca un resultado, en el sentido de que constituye un factor -negativo- que perpetua un estado de hecho, a saber: la posibilidad de concreción del peligro. Más allá de esto, seguramente lo que induce a error, siempre que se piensa en una omisión, es su potencialidad como factor causal. Descartada la idea -metafísica- de «fuerza operativa real» incluso para la comisión, no existen razones para no seguir la fórmula desarrollada por Engisch, de la causalidad como condición -positiva o negativa- conforme a leyes naturales; por tanto, una omisión puede ser una *parte necesaria de un conjunto de condiciones suficientes* para explicar un estado de cosas, por ejemplo, la situación de necesidad del beneficiario de la prestación alimentaria⁵⁸.

En el voto de los jueces Black y Frias Caballero se expresa un aspecto relevante del tipo de incumplimiento, consistente en que el sentido literal del precepto, al igual que el mensaje del Poder Ejecutivo, permiten afirmar que el sujeto pasivo ha de encontrarse en una situación de necesidad, esto es, *necesitado* de amparo para subsistir⁵⁹. Se trata, en definitiva, de un elemento del tipo que ha de ser comprobado en cada caso individual por el juzgador. A pesar de lo dicho, hay que advertir que es poco útil, sino absolutamente infructuoso, discurrir en disquisiciones sobre la naturaleza del peligro implicado en la situación de necesidad. Así pues, ello es fundamental para no confundir la *satisfacción civil*, es decir, la posibilidad de remediar las consecuencias externas del delito, con la *restitución penal*⁶⁰. Aunque esta distinción es fundamental siempre en una relación funcional entre delito y pena, es especialmente pertinente recordarla en el delito de incumplimiento, no solo por el contenido material del comportamiento típico, sino porque la praxis demuestra que, por lo general, de manera paralela al proceso penal por este delito transcurre un proceso de familia pensado para obtener el cumplimiento de la deuda alimentaria con los instrumentos más amplios del derecho privado. En este escenario, aunque la pena siempre se dirige contra una existencia exterior -por ejemplo, contra un sujeto que deliberadamente incumplió con el deber de alimentos en favor de su hijo necesitado-, su función restitutiva se cumple con relación al único *mal* que puede remediar, esto es, con respecto al significado social del comportamiento punible⁶¹. El que incumple la prestación alimentaria, ciertamente, lesiona un derecho de la persona; pero, al mismo tiempo, afirma con su hecho una máxima, es decir, un principio subjetivo del obrar, que resulta irritante, o, como mínimo, inquietante para la sociedad⁶². Esa máxima se objetiva de modo especialmente prístino en la hipótesis básica del art.1 de la ley 13.944; con su hecho el autor desconoce a su hijo como persona, como ser digno y merecedor de atención; lo trata, pues, como «entorno indiferente»⁶³. Este aspecto del delito de incumplimiento es el que ha de ser *anulado* con la pena, demostrando que la sociedad observa en la infracción culpable de la norma una transgresión de la solidaridad elemental que ha de primar en el vínculo entre el autor y tutelado, como valor de la generalidad.

⁵⁸ Engisch 2008, p. 64.

Por no tener en cuenta lo observado en el texto, Nuñez, 1965, p. 28, nota al pie 36, critica la opinión de Soler, que exige una situación de necesidad en el sujeto pasivo, reprochándole: «Pero ¿Cómo puede un delito de omisión..., sin transformarse en un delito de comisión por omisión, encontrarse en relación causal con un resultado, como es la situación de peligro concreto?».

⁵⁹ Cfr. Soler, 1987, p. 405.

⁶⁰ Lesch, 2016, p. 96, nota al pie 406.

⁶¹ Lesch, 2016, pp. 94, 95, 96, 111, 113.

⁶² Kant, 2015, p. 70, nota al pie 9: «La máxima es el principio subjetivo del obrar...es, pues, el principio según el cual obra el sujeto».

⁶³ Jakobs, 2001, p. 39. (Con el ejemplo de qué comunica el autor de un homicidio).

Frente a esto, no resulta adecuado apelar a la distinción, carente de contenido real, entre moral y bienes⁶⁴. Este es un tema intrincado que merece un tratamiento aparte, pero es dable llamar la atención, como lo hizo Jakobs con referencia al derecho penal alemán, que también nuestro ordenamiento penal «conoce una serie de delitos en los cuales es la irritante incorrección de la conducta la que constituye la razón de la prohibición, sin que pudiera identificarse otro bien fijo»; pensemos, por ejemplo, en los delitos contra animales (ley 14.346); en el delito de exhibiciones obscenas (art.129, CP), o, finalmente, en el hecho de quien ayuda a otro a cometer suicidio (art.83, CP)⁶⁵.

En definitiva, aunque podría verse cierta identidad entre el planteo que aquí se propone y la tesis de que el delito de incumplimiento entraña un peligro abstracto, ello sería una identidad en el resultado. Mas importante, a los fines de una correcta aplicación del tipo bajo análisis a los casos individuales, es, sin lugar a duda, la atención en la fundamentación; solo ella pone el acento, al decir de Pawlik, en «el horizonte social del derecho», es decir, en la dañosidad social que comporta este delito y que justifica su criminalización en amplios países⁶⁶. La idea de un peligro abstracto, en cambio, por lo menos en lo que atañe al delito de incumplimiento, ensombrece dicho horizonte, y no permite considerarlo, por lo menos *prima facie*, como constitutivo de un injusto autónomo. Ello no quita, desde luego, que el juzgador lleve a cabo una reducción teleológica del tipo penal si en el caso concreto se descarta por completo una situación de necesidad en el sujeto pasivo. Mas aquí faltaría, como se dijo más arriba, un presupuesto del tipo penal, y, por tanto, dejaría de subsistir el deber del autor, lo que podría ocurrir, como señala el Juez Frias Caballero, en la siguiente situación: «un sujeto de modestos recursos económicos abandona a su mujer e hijos menores que tienen, por su parte, considerable fortuna, sin preocuparse sin más por su suerte. Se ha dicho por todos, con exactitud, que en esta hipótesis el delito no existe».

En la siguiente y última sección se analizará el aspecto subjetivo del delito, sin el cual no puede haber, *strictu sensu*, injusto, como así también la especial correlación que se deriva, a partir de la forma del tipo (punto 2.1, supra), entre injusto y culpabilidad.

3. Imputación subjetiva

La doctrina dominante sostiene, con acierto, que el delito de incumplimiento es un delito doloso. En este sentido, el hecho de *substraerse* connota una decisión por parte del autor, que ha de conocer los presupuestos facticos de su obligación como garante; por ejemplo, quien sabe que es padre o madre de un niño, probablemente sabe que *debe* ocuparse de él⁶⁷. Esto podría ser suficiente, a la luz del tenor literal del art.1, ley 13.944, para imputarle subjetivamente el hecho material consistente en el no cumplimiento de la prestación alimentaria. En otras palabras, para adscribirle al autor su infracción de deber como injusto doloso. Al respecto, el elemento vinculado a la *decisión* del autor es idéntico

⁶⁴ Véase Pawlik, 2016, p. 6: «Dado que todo bien, sea bien jurídico o no, expresa una determinada moralidad y, por lo tanto, los bienes y las moralidades son categorías intercambiables, una contraposición entre los bienes jurídicos, por un lado, y las meras inmoralidades por el otro, está condenada desde un comienzo al fracaso»; en contra, Kudlich, 2016, p. 196.

⁶⁵ Jakobs, 2001, p. 32.

⁶⁶ Cfr. Pawlik, M., *op. cit.*, p. 9.

⁶⁷ Cfr. Zielinski, 2003, p. 34.

a su conocimiento de la situación de hecho⁶⁸. En particular, al conocimiento de su rol (padre, tutor, curador, etc.) y de las expectativas normativas vinculadas a él.

Así pues, aunque estrictamente la imputación de dolo no exige, en los delitos especiales, que el autor conozca el deber derivado de su pertenencia a una institución, resulta poco útil distinguir, sobre esa base, entre el dolo y la conciencia de lo injusto⁶⁹. Si, por ejemplo, el autor sabe que es padre, que ha recibido un reclamo de la prestación por parte de la madre del niño, no tiene un conocimiento a secas, puramente factico, sino que comprende el significado socialmente relevante de su comportamiento⁷⁰. Por lo pronto, en la primera hipótesis del tipo (art.1, ley 13.944), cabe reputar anómalo un supuesto de *error de mandato*, es decir, que el autor desconozca debido a una equivocada valoración jurídica que su *estatus* no comprende la obligación de alimentar a su hijo. Los tipos de la ley 13.944 reflejan, pues, la estructura normativa de la sociedad, es decir, lo que se espera mínimamente que suceda en determinadas relaciones⁷¹. Ello es irrefutable, aunque siempre cabe la posibilidad de un caso limite. Ejemplo: A provee a su hijo, B, de alimentos, vestido, habitación y de un medicamento de venta libre para tratar su estado gripal. Sin embargo, se niega a pagar una consulta médica. La gripe de B deriva en una neumonía.

Ciertamente, A tiene conocimiento de su rol y de la situación de hecho relevante que involucra a B -necesidad-. Cabe preguntarse, entonces: ¿Cumplió A con el cuidado mínimo relevante y, por tanto, con el contenido de la prestación alimentaria? Aun si la respuesta fuera negativa -dudoso-, atento el carácter reforzado del deber jurídico en la primera hipótesis, no sería descabellado que el autor no conciba su comportamiento como una perturbación socialmente relevante, según el fin de protección de la ley 13.944; ergo, incurre en un error de mandato que recibe el mismo tratamiento que un error de prohibición (art.34, in fine, CP)⁷². Al respecto, especialmente en la relación paterno filial, el autor está vinculado por un deber de informarse, de manera que, como regla general, cabe partir de la evitabilidad de su error, lo que podría fundamentar tan solo una disminución de la pena (inevitable en caso de haber recibido un asesoramiento jurídico equivocado).

En el resto de las hipótesis, en cambio, especialmente con respecto al tutor, curador y guardador, cabe reputar no improbable un error de mandato, en razón de que su rol no incluye un deber de alimentar al pupilo, incapaz o guardado (ver, supra, «2.2»). Por otra parte, si el autor conoce su vínculo jurídico con el sujeto pasivo, que este se encuentra en una situación de necesidad, todavía es necesario evaluar su capacidad individual para cumplir la prestación alimentaria. En este sentido, la circunstancia de que no tenga medios económicos no constituye, *per se*, una circunstancia que excluya el dolo (evitabilidad). Hay que distinguir, por ejemplo, si el autor renunció a su empleo, en cuyo caso no parece razonable desechar la imputación subjetiva con el argumento de que falta el elemento *volitivo*, y, por tanto, que el autor, conociendo su rol y la necesidad del tutelado, se encontró imposibilitado de proveer a su subsistencia. En este sentido, debe

⁶⁸ Zielinski, 2003, p. 42: «El contenido del querer es siempre idéntico al conocimiento de las circunstancias de la acción y de sus consecuencias».

⁶⁹ Zielinski, 2003, p. 48 «...no hace falta que el autor conozca el deber que proviene de su posición especial»; y p. 59: «él tiene que reconocer el contexto de acción del que se trata...el autor no tiene por qué conocer su deber de actuar».

⁷⁰ Al respecto, Jakobs, 2009, p. 13: «Los elementos que describen una posición de garante...son elementos normativos del tipo que no pueden concebirse aislados del contexto existente de las expectativas normativas. Esto resulta relativamente claro en relación con el status de una obligación positiva».

⁷¹ Jakobs, 2009, p. 18.

⁷² Hilgendorf & Valerius, 2017, p. 284.

recordarse que la autoría se fundamenta, en este delito, en el deber especial de protección que tiene el autor frente al tutelado, el que trae consigo la obligación de trabajar para cubrir sus necesidades básicas. En otras palabras, no se trata de un mero deber *formal*, sino que está lleno de contenido. Con este entendimiento, la C.N.C.C sostuvo, en el caso «De la Torres», que: «cuando se trae hijos al mundo la persona queda obligada a atender sus necesidades y obligada a trabajar para ello. La renuncia al trabajo, más aun con las deudas existentes, en nada justifica la conducta del imputado, que habrá de responder por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar»⁷³. Por lo demás, aunque en este ejemplo se repara en el motivo de la abstención material del autor, probablemente ligado a una actitud de desconsideración, ello solo tendría incidencia en la medida de la culpabilidad, entendida esta en sentido normativo, o sea, como reproche jurídico-penal. Además, si de pronto el autor, tras la renuncia a su empleo, tuviera como estado mental un *no pensar*, siendo co-conciente de su rol institucional (p. ej., que es madre), es decir, de que aun así tiene la obligación de proveer los medios indispensables, el ordenamiento jurídico argentino no presenta el problema de otros códigos, como el alemán (§16, StGB), que recepta un concepto psicológico de dolo⁷⁴. En efecto, pocas veces se repara en que el CCyCN define una clase de dolo, el *dolus indirectus*, cuando dice: «El dolo se configura por la producción de un daño...con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos» (art. 1724, CCyCN). Este concepto de dolo permite superar los casos de ceguera ante los hechos, tradicionalmente imputados como hechos imprudentes. Por la misma razón, y de modo inverso, cabe reputar inexistente el dolo, así como la capacidad en el caso concreto de evitar la infracción del deber, cuando el autor está afectado por una incapacidad económica total, insuperable y no provocada por él, como con razón lo sostuvo la C.N.C.C en el caso «Tagliaferro»⁷⁵. En una situación como esta, no resulta adecuado ya lingüísticamente decir que el autor *incumplió* su deber, o que se mantuvo indiferente a la subsistencia del tutelado.

Por último, y a diferencia del art.2 bis de la ley 13.944, los supuestos de hecho descritos en el art. 1 y 2 se conforman con la actuación con *dolus directus* de segundo grado, es decir, basta con el conocimiento de la situación de hecho relevante, en que cobra sentido el deber de realizar la prestación económica. Dicho en otros términos, el tipo de los arts.1 y 2 no requiere que el autor se aparte por un motivo o con una actitud específica como, por ejemplo, con malicia o perversidad, del deber a su cargo. Basta, como dice NUÑEZ, que pudiendo satisfacer la obligación, no lo haga voluntariamente, aunque no lo preordene⁷⁶.

En cambio, el art.2 bis (insolventia alimentaria) de la ley 13.944 describe, a mi juicio, una *intención*, es decir, exige *dolus directus* de primer grado, pues el autor se propone como meta de su acción el incumplimiento de la obligación alimentaria; quiere, pues, realizar el tipo⁷⁷. Empero, lo que realmente distingue este tipo calificado es la *malicia* con que el autor se aparta de la obligación alimentaria. En este sentido, la malicia constituye un

⁷³ C.N.C.C., Sala 1, 3/06/02, «De la Torre, Raúl Mario», causa n.º 20.453. Puede leerse el fragmento relevante en Gonzalez Aquilano, C. A., & Pereyra, J. R., *op. cit.*, pp. 184–185.

⁷⁴ El §16(1) del StGB (Código Penal alemán) establece: «Quien en la comisión de un hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por la comisión culpable permanece intacta». La cursiva me pertenece.

⁷⁵ C.N.C.C., Sala VI, «Tagliaferro, Jorge Agustín», 22/10/2007, en Gonzalez Aquilano, C. A., & Pereyra, J. R., *op. cit.*, p. 76.

⁷⁶ Nuñez, 1965, p. 31. Recuérdese, sin embargo, la precisión efectuada en el texto (supra, nota 69) sobre el sentido que tiene la decisión del autor, para no incurrir en confusión cuando se habla de voluntariedad, como lo hace Nuñez.

⁷⁷ El art. 2 bis fue incorporado a la ley 13.944 por ley 24.029, publicada en el Boletín Oficial el 18/12/1991.

elemento de la actitud interna, o sea un estado de ánimo del autor al realizar el comportamiento que lesiona el bien protegido (incumplir la obligación de alimentos), que fundamenta un mayor grado de responsabilidad penal. En verdad, tal estado de ánimo es independiente del injusto, que se configura, como regla general, con el incumplimiento consciente de la prestación económica⁷⁸. La consecuencia de esto, desde el punto de vista sistemático, es que la malicia comporta un elemento subjetivo que corresponde a la culpabilidad, y, por ello, en la praxis ello significa que en caso de participación de un *extraneus*, por ejemplo un prestanombre (ver el ejemplo del punto 2.1, supra), si solo concurre la actitud maliciosa en el obligado especial -garante-, y el partícipe desconoce este aspecto, o sea, la maldad que impulsa al autor, aquel solo podrá ser sancionado por el tipo de los arts.1 y 2 de la ley 13.944. Así pues, se produce un *desplazamiento* de la escala penal con respecto al partícipe, debido a que no se verifica el presupuesto fáctico de la comunicabilidad de las circunstancias agravatorias de la punibilidad (art.48, in fine, CP), circunscrito a cualidades personales (solo los elementos subjetivos que pertenecen a la culpabilidad son, pues, personales). Por lo demás, el considerar la malicia como elemento de la culpabilidad es la única forma de mantener la armonía con los tipos legales del art. 1 y 2 de la ley 13.944, pues de otra manera la hipótesis de insolvencia fraudulenta sería redundante; después de todo, el núcleo valorativo fundamental del injusto de este delito ya se encuentra perfilado en las primeras dos disposiciones, salvo diferencias de detalle en la forma específica de agresión. Sin perjuicio de lo dicho, como toda disposición interna que tiene el efecto de agravar la penalidad, es de dudosa validez desde el punto de vista constitucional, en particular en un Derecho penal de acto.

Por último, en la acción de disminuir *fraudulentamente* el valor de los bienes se trata de una modalidad de que se sirve el autor para incumplir la obligación alimentaria, y no de un elemento subjetivo del tipo. En una palabra, aquí la ley 13.944 caracteriza el comportamiento con mayor detalle, protegiendo el derecho del sujeto pasivo contra una forma específica de menoscabo; el ámbito de protección del tipo -¡objetivo!- adquiere un contorno más preciso⁷⁹. No obstante, en el obrar de modo fraudulento esta implícita una intención, de manera que esta variable del delito previsto en el art.2 bis de la ley 13.944 también exige dolo directo.

Finalmente, resta decir que el delito de incumplimiento es un *delito permanente*, pues el estado de consumación, alcanzado con el primer incumplimiento, se prolonga en el tiempo hasta que ocurra alguna de las siguientes circunstancias, que dan lugar al agotamiento, a saber: 1) el autor voluntariamente reasume su deber alimentario; 2) el autor cesa en su abstención por imposición judicial; 3) según el caso, cuando el menor cumple 18 años (art.1, ley 13.944); 4) o por haberse extinguido la causa de la incapacidad en el caso de que la víctima sea mayor. Esta particularidad del *iter criminis* hay que tenerla en cuenta, procesalmente, tanto para establecer hasta dónde llega el dolo del autor en cada caso individual como para determinar el comienzo del plazo de prescripción de la acción penal (art. 63, in fine, CP).

⁷⁸ Véase Roxin, 1997, p. 312 (criterio para distinguir los elementos subjetivos que pertenecen al injusto respecto de aquellos que pertenecen a la culpabilidad), y n.º margen 78, p. 315 (sobre los elementos de la actitud interna, con expresa mención de la malicia).

⁷⁹ Cfr. Roxin, 1997, p. 30.

4. Bibliografía

- Córdoba, F. J. (2015). Delitos de infracción de deber. *Revista En Letra Derecho Penal*, Año 1, N.º 1.
- De la Fuente Cardona, F. S. (2024). El concepto material de delito en la doctrina alemana de postrimerías del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. En contra de la tesis de la ruptura de Amelung. *Revista InDret -Penal-*.
- Donna, E. A. (2003). *Derecho penal parte especial* (2.ª ed., Tomo II-A). Rubinzal Culzoni.
- Engisch, K. (2008). *La causalidad como elemento de los tipos penales* (1.ª ed., trad. de M. Sancinetti). Hammurabi. (Obra original publicada en 1931)
- Gonzales Aquilano, C. A., & Pereyra, J. R. (2022). *Delitos derivados de las relaciones de familia* (1.ª ed.). Hammurabi.
- Hilgendorf, E., & Valerius, B. (2017). *Derecho penal, parte general* (1.ª ed., trad. de la 2.ª ed. alemana, 2015, por L. A. Diaz & M. A. Sancinetti). Ad-Hoc.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputación* (Trad. de la 2.ª ed. alemana, 1991, por J. Cuello Contreras & J. L. Serrano Gonzales de Murillo). Marcial Pons.
- Jakobs, G. (2000, 15 de noviembre). Sobre la génesis de la obligación jurídica. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 23.
- Jakobs, G. (2001). ¿Qué protege el derecho penal, bienes jurídicos o la vigencia de la norma? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 7(11).
- Jakobs, G. (2009, octubre). Dolus malus. *Revista InDret -Penal-*.
- Kant, E. (2015). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1.ª ed., trad. M. García Morente). Losada. (Obra original publicada en 1785)
- Kindehäufer, U. (2009). Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. *Revista InDret -Penal-*.
- Kojève, A. (2006). *La dialéctica del amo y del esclavo en Hegel* (1.ª ed.). Leviatán.
- Lesch, H. H. (2016). *El concepto de delito: las ideas fundamentales de una revisión funcional* (1.ª ed.). Marcial Pons.
- Medina, G., & Roveda, E. G. (2016). *Manual de derecho de familia* (1.ª ed.). Abeledo Perrot.
- Nestler, N. (2022). La interpretación de tipos penales: métodos de interpretación y metodología de la interpretación. *Revista En Letra Derecho Penal*, Año VII, N.º 13.
- Nino, C. (2017). *Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia* (1.ª ed.). Siglo Veintiuno Editores.
- Núñez, R. C. (1965). *Tratado de derecho penal, parte especial, Tomo V, vol. I* (2.ª ed.). Marcos Lerner.
- Ortiz Urbina Gimeno, I. (2009). Principio de legalidad e interpretación de la ley penal. En P. Ziffer (Dir.), *Jurisprudencia de Casación Penal* (pp. 174–175). Hammurabi.
- Pawlik, M. (2016). El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *Revista InDret -Penal-*.

- Perez, A. P. (2024). El impago de la pensión de alimentos de hijos menores como principal manifestación de la violencia económica y la necesaria reparación integral del daño. *Revista InDret -Privado-*, p. 486.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (2.^a ed., trad. de la 2.^a ed. alemana, 1994, por D. M. Luzon Peña et al.). Thomson Reuters.
- Roxin, C. (2014). *Derecho penal. Tomo II, Especiales formas de aparición del delito* (1.^a ed., trad. de la 1.^a ed. alemana, 2003). Thomson Reuters.
- Satzger, H. (2016). Los delitos de propia mano. En K. Ambos, M. L. Böhm & J. Zuluaga (Eds.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania* (Vol. 1, Serie CEDPAL, pp. 126–127). Gottingen University Press.
- Schünemann, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción de deber en los delitos especiales. *Revista de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Perú*, N.º 81, pp. 101–...
- Soler, S. (1987). *Derecho penal argentino. Parte general* (Tomo II, 5.^a ed.; Tomo III, parte especial, 4.^a ed.). Obra en cinco tomos.
- Zielinski, D. (2003). *Dolo e imprudencia. Comentario a los §§15 y 16 del Código Penal Alemán* (trad. M. Sancinetti, 1.^a ed.). Hammurabi.

Jurisprudencia

- C.N.C.C., en pleno. (1962, 13 de noviembre). Aloise, Miguel A.
- C.N.C.C., en pleno. (1981, 31 de julio). Guersi, Nestor M.
- C.N.C.C., Sala VI. (2005, 25 de abril). Pardo Blacutt, Jose Luis (Causa n.º 26.143).
- C.N.C.C., Sala 1. (2002, 3 de junio). De la Torre, Raul Mario (Causa n.º 20.453).
- C.N.C.C., Sala VI. (2007, 22 de octubre). Tagliaferro, Jorge Agustín