

Causa n° 79872/IIa.

"LARRABURU, JUAN PEDRO S/ INCIDENTE DE APELACIÓN".

En la Ciudad de San Isidro, a los 03 días del mes de diciembre del año dos mil quince, reunidos en Acuerdo los Sres. Jueces integrantes de la Sala Segunda de la Excma. Cámara Primera de Apelación y Garantías en lo Penal Departamental, Leonardo G. Pitlevnik, Luis C. Cayuela y Juan Eduardo Stepaniuc, para dictar resolución en la causa seguida a **JUAN PEDRO LARRABURU** por el delito de insolvencia fraudulenta alimentaria, previsto y reprimido en el artículo 2 bis de la ley 13.944.; y practicándose el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: Cayuela, Pitlevnik y, en caso de disidencia, Stepaniuc.

A N T E C E D E N T E S

El titular del Juzgado Correccional nro. 1 Dptal., Dr. Andrés Martín Mateo, decidió hacer lugar a la excepción de falta de acción y, consecuentemente, absolver a Juan Pedro Larraburu respecto del hecho imputado que se dice cometido el día 23 de mayo de 2008.

Contra dicho resolutorio, el particular damnificado, con el patrocinio letrado del Dr. José Antonio Aguirre, interpuso recurso de apelación, el cual obra glosado a fs. 7/10vta.

Allí, el recurrente se agravió de la decisión del magistrado por entender que la conducta que se juzga en las presentes actuaciones no se encuentra comprendida dentro del objeto procesal sobre el cual se trabó la contienda sustanciada ante el Juzgado en lo Correccional nro. 5 departamental en el marco de la causa nro. 2713, "Larraburu, Juan Pedro s/ incumplimiento de los deberes de asistencia familiar".

Luego de exponer en forma sucinta los argumentos que esbozó el juez para desvincular a Larraburu, y de transcribir tanto el relato del hecho imputado en las presentes como aquél que se le atribuyera al nombrado en el marco de la causa nro. 2713, resaltó que las pruebas producidas en uno y en otro proceso, si bien coinciden en algunos casos, en otros no. Al

respecto, enunció cada uno de las pruebas cuya producción no se habría concretado en el juicio sustanciado ante el Juzgado Correccional nro. 5 pero que sí deberían serlo en estos actuados.

Enseguida, también fue objeto de crítica por parte del recurrente, el modo en que el juez interpretara el caso como un supuesto de delito continuado. En tal sentido, destacó que la modalidad utilizada por el imputado para cometer el delito por el que fuera condenado en el marco de la causa 2713 no se asemejaría en absoluto a la insolvencia fraudulenta que habría cometido a través de la venta que informa la escritura nro. 82 emitida en la localidad de Lanús. Aclaró que si bien podría encontrarse una similitud en que el testigo Jorge Lorenzo también declaró en la causa pretérita, lo hizo al solo efecto de ilustrar al tribunal acerca del nivel de vida del imputado, pero nada dijo con relación a la compra del inmueble sito en la ciudad de Mar del Plata. Por ello, alegó que sería necesario escuchar al mentado testigo en el debate a fin de que esclarezca las condiciones en que adquirió el inmueble sito en la ciudad balnearia. Lo expuesto sirvió al recurrente para enfatizar en las diferencias que existirían entre ambos procesos y, luego, echar por tierra la hipótesis del delito continuado.

Superado el agravio en torno al delito continuado, el recurrente se posicionó sobre la relación que mediaría entre las figuras previstas en los artículos 1 y 2 bis de la ley 13.944. Dijo que la última conducta reprimida es independiente a la mencionada en el artículo 1 ya que el verbo típico que contiene aquella es “frustrar”. Así es que entendió que esta última conducta es la que se reprocha en estos actuados en tanto el imputado habría frustrado la posibilidad de que se pudiera ejecutar un bien inmueble y, de esa manera, obtener una acreencia que permitiese satisfacer la asistencia familiar. Entonces, postuló que la figura legislada en el artículo 2 bis contiene características y modalidades propias que la distinguen de la figura básica del art. 1. En definitiva, consideró que entre las normas citadas no existe una relación de especialidad o subsidiariedad que avale la hipótesis de un concurso aparente entre ambas.

Por todo lo expuesto, solicitó que se revoque la sentencia recurrida a fin de que se prosiga con la audiencia de debate.

De otra banda, el MPF presentó un escrito a fs. 11/vta. por cuyo intermedio adhirió al recurso de apelación del particular damnificado y solicitó la revocación de la decisión del juez correccional.

Encontrándose esta causa en estado de dictar resolución, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

PRIMERA: ¿Es admisible el recurso de apelación deducido?

SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION EL SR. JUEZ CAYUELA DIJO:

Viene la presente causa a esta Alzada, a fin de resolver en orden a los recursos de apelación interpuestos por el particular damnificado, con el patrocinio letrado del Dr. José Antonio Aguirre, a fs. 7/10vta. y por el Ministerio Público Fiscal, este último mantenido en esta instancia por el Fiscal de Cámara, conforme surge a fs. 20, contra la decisión adoptada en audiencia oral, que se transcribe en el acta que en copias obra a fs. 1/6vta., mediante la cual el Sr. Juez Correccional, Dr. Andrés Martín Mateo, hizo lugar a la excepción de falta de acción y absolvió a Juan Pedro Larraburu, sin costas, respecto del hecho imputado.

Ahora bien, antes de ingresar al análisis sobre el juicio de admisibilidad de los recursos de apelación, me permito en este punto efectuar una sola aclaración en punto al devenir que ha transitado la vía recursiva. El juez correccional hizo lugar a la excepción de previo y especial pronunciamiento y “*absolvió*” a Larraburu, de modo tal que las partes se acoplaron al plazo previsto por el régimen recursivo regimentado para el caso de sentencias correccionales y presentaron sus respectivos memoriales dentro de los veinte días de haber sido notificados de la decisión cuestionada. El error que detecto en el trámite descrito se origina con la inadecuada modalidad de clausura que adoptó el magistrado, esto es disponer la absolución del imputado cuando, en puridad, previo al juicio, la culminación anormal del

proceso (como en el caso, a través de una excepción de previo y especial pronunciamiento) se canaliza a través del sobreseimiento. Hago esta aclaración puesto que de haber seguido ese criterio debió ser otro el régimen recursivo aplicado al caso (art. 333 del C.P.P.), que cuenta con un plazo sustancialmente más breve que el aquí utilizado por los recurrentes. Sin perjuicio de ello, en tanto el error fue generado por la propia actividad jurisdiccional, sería contrario a los más elementales principios generales del derecho (justicia y equidad), cargar con esa falencia en cabeza de quienes resultan ser los directamente interesados, haciéndoles decaer su derecho al recurso cuando, en rigor, se atuvieron de buena fe y sin deber alguno en contrario al orden impartido por la agencia judicial. Por lo tanto, en este caso, habré de contabilizar los plazos para la interposición de los recursos de apelación en los términos del art. 441, segundo párrafo del C.P.P.

Entonces, a mi juicio, los recursos son tempestivos y quienes los interpusieron poseían derecho a hacerlo, cumpliendo, en lo demás, con las exigencias previstas en los arts. 421, 422, 433, 439, 442 y ccdtes. del C.P.P. por lo que corresponde declarar su admisibilidad y, en consecuencia, dar respuesta afirmativa a la primera cuestión.

A LA PRIMERA CUESTION EL SR. JUEZ PITLEVNIK DIJO:

Adhiero mi voto al de mi Colega preopinante Dr. Cayuela por los mismos motivos y fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION EL SR. JUEZ CAYUELA DIJO:

La discusión del caso tiene por norte resolver si el objeto procesal que define la pretensión acusatoria en el presente proceso es idéntica a aquella que ya fuera enjuiciada y fenecida en el marco de la causa nro. 2713 del Juzgado Correccional nro. 5 departamental. En caso de ser afirmativa la respuesta, nos encontraremos frente a un caso de litispendencia que por imperio de la garantía del *ne bis in idem* determina la clausura del juicio en ciernes.

Para abordar la temática propuesta empezaré por reseñar cada uno de los fenómenos que se imputaron (e imputan) en los dos procesos penales

que concentran nuestra atención.

En el marco de la causa nro. 2713, la Sra. Jueza del Juzgado Correccional N° 5 Departamental tuvo por acreditado que *"al menos desde el mes de mayo de 2006 y hasta la actualidad [2013] el aquí imputado –Juan Pedro Larraburu- se sustrae de abonar sus obligaciones alimentarias respecto de sus hijos menores M. I. (17 años) y A. S. L. (12 años) fruto de la unión marital del nocente y de la denunciante Mariel Cristina Serio, de quien se halla separado, ello así a pesar de haber contado con los medios económicos para abastecer las necesidades de ambos menores"*. Se calificó al hecho como constitutivo del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. 1º de la Ley 13.944).

Mientras que en este proceso se intimó a Larraburu en orden al siguiente hecho: *"el día 23 de Mayo de 2008 Juan Pedro Larraburu, se constituyó en la escribanía emplazada en la calle Maipú 96 piso 15 departamento B de la ciudad de Avellaneda, Partido del mismo nombre; en tales circunstancias y con la inequívoca finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias respecto de sus hijos menores de edad M. I. y A. S. L. -nacidos de la unión marital del encartado con la Sra Mariel Cristina Serio de quien se encuentra divorciado- disminuyó notoriamente su patrimonio al haber firmado la escritura traslativa de dominio correspondiente al cincuenta por ciento de su parte indivisa respecto del inmueble ubicado en la calle Santiago del Estero 2312/2316 y 2320 -Unidad Funcional nro 11- de la Ciudad de Mar del Plata, Partido de General Pueyrredón, el cual registraba además un embargo en el marco de los autos caratulados "Larraburu, Juan Pedro c/ Serio, María Cristina s/ Divorcio" de trámite por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil nro. 2 de San Isidro, ocasionando de este modo grave perjuicio económico a sus hijos quienes se vieron privados de acceder a dicha propiedad"*. La conducta descripta fue subsumida bajo el tipo prohibitivo previsto por el artículo 2 bis de la ley 13.944, esto es insolvencia fraudulenta alimentaria.

Va de suyo que la segunda conducta, que se reprocha y se pretende

enjuiciar aquí, se encuentra delimitada temporalmente dentro del lapso al que se circunscribió la condena por el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar del primer proceso.

Ante este panorama, el intrínquilis requiere profundizar en dos cuestiones: 1) la relación concursal que media entre los delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. 1 de la ley 13.944) e insolvencia fraudulenta (art. 2 bis de la ley 13.944) y 2) las implicancias de esa relación cuando se presenta ante un supuesto de delito continuado como el que determina el mentado art. 1.

1) Al indagar acerca de los alcances prohibitivos de las dos normas enunciadas, hoy la doctrina en general se muestra proclive a indicar que el bien jurídico afectado en ambos casos se ciñe a la familia y, más precisamente, a la vocación alimentaria que la ley reconoce a quines están ligados al sujeto activo por un vínculo jurídico familiar o biológico (art. 2 de la ley mentada; “Código Penal Comentado y Anotado”. Director Andrés José D'Alessio, 2º Edición Actualizada y Ampliada. Tomo III. Leyes Especiales Comentadas”, La Ley, año 2009, p. 175).

Sin embargo, me seduce más la crítica de aquellos que creen que sería un contrasentido concentrar los esfuerzos interpretativos en torno a la familia como bien jurídico afectado y, al mismo tiempo, responder frente a su lesión con un instrumento profundamente estigmatizante como la condena penal, que redundaría, en definitiva, en la agudización del conflicto en el seno familiar antes que a propender a su pacificación (del voto del Juez Elbert en el plenario “Gómez” de la CNCrim. y Correc, del 31/03/1993, publicado en La Ley, 1993-C, 149). En otras palabras, flaco favor se le hace a la familia y al fortalecimiento de los lazos que conforman su entramado institucional si aceptásemos, con total desconocimiento de las implicancias sociales reales, que la condena penal sublima las pulsiones violentas que pueden surgir en su seno; antes bien, la realidad nos pareciera demostrar que las profundiza.

Una tesis semejante me lleva a efectuar un nuevo análisis del asunto

y postular que el objeto de la norma lo constituyen las personas individualmente afectadas como víctimas del incumplimiento, antes que la familia como institución amplia, de modo tal que será necesario, en cada caso, acreditar un peligro real, cierto y tangible sobre los bienes jurídicos personales o personalísimos de aquellas. Esto no nos debe llevar a pensar que en nuestro ordenamiento jurídico coexisten dos normas, como la comentada y el artículo 106 del C.P. (abandono de personas), que se encargan de regular, en los mismos términos y para los mismos casos, las consecuencias penales por incumplir las prestaciones obligadas en el ámbito de organización ajeno, conforme el rol de garante del autor derivado de la competencia en virtud de la institución (padres-hijos): los artículos 1 de la ley comentada y 106 del C.P. son aplicables por exclusión, según el nivel de intensidad con que se afecten los bienes jurídicos en juego (vida, integridad física, etc.), ya que sobre dicho parámetro deberá posicionarse el juzgador para concluir el juicio de subsunción legal a favor de una u otra norma.

También es cierto que el artículo 2 bis amplía el espectro de afectación al resguardar la incolumidad del patrimonio ante las eventuales maniobras típicas de los sujetos interesados que tengan por finalidad disminuir o frustrar, total o parcialmente, los derechos y las obligaciones alimentarias. De todos modos, esto no significa redirigir el bien jurídico seleccionado hacia la propiedad, puesto que si la norma que se antepone al tipo penal previsto por el artículo 2 bis fuera prohibir cualquier afectación al patrimonio, la coherencia de la ley especial se vería seriamente dañada; en otras palabras, no tendría sentido la incorporación de este precepto en la ley 13.944 cuando el Título VI legisla específicamente los delitos contra la propiedad (v.g. art. 179 del C.P.).

Entonces, ya contamos en nuestro haber con un dato más que nos acerca hacia la solución del caso: identidad de bien jurídico afectado, específicamente, la preservación de aquellas personas con vocación alimentaria cuya insatisfacción por parte del obligado puede acarrearles un perjuicio concreto.

Ahora bien, respecto del artículo 1, en líneas generales, pueden destacarse las siguientes notas típicas: a) la conducta delictiva será la de apartarse de brindar aquellos medios que sean estrictamente indispensables para que los sujetos pasivos puedan vivir en la misma posición que estarían si los padres viviesen juntos, o para cubrir sus necesidades básicas y elementales del mismo modo que lo serían en caso de que se den las condiciones naturales de paternidad o maternidad; b) constituye un delito de omisión impropia, ya que la obligación recae sobre determinados sujetos que tienen una especial relación jurídica o de hecho con la víctima, que viene determinada por una posición previa que los obliga a velar por el bien jurídico seleccionado por la norma; c) se trata de un delito permanente dado que no se agota mientras dure la voluntad del autor de no cumplir con su obligación (salvo que se renueve esa voluntad frente a cada obligación independiente, en virtud de la naturaleza y modalidad de cumplimiento –v.g. pagos mensuales-, que haga surgir el mismo deber, en cuyo caso estaremos frente a un delito continuado) (NUÑEZ, Ricardo C., "Derecho Penal Argentino", t. 6, P.E., 1a. edición, pp. 34/35, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1971), y de peligro concreto (posición que adoptara el voto de la minoría en el plenario "Gómez" del 31 de marzo de 1993, citado por DIVITO, Miguel Ángel en Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Penal y Procesal Penal - Director: Andrés José D'Alessio - Editorial LA LEY, 2005 , 80).

Mientras que el artículo 2 bis de la ley 13.944 prevé un claro delito instantáneo y de resultado; su núcleo típico *consiste en frustrar el cumplimiento de la obligación alimentaria* y los medios que la norma prevé para ello son: destruir, inutilizar, dañar, ocultar o hacer desaparecer bienes o disminuir su valor. Como delito de resultado material, la consumación se produce cuando se ha frustrado el cumplimiento de la obligación alimentaria, es decir cuando se perjudicó la acreencia alimentaria mediante los actos de insolvencia (BAIGUN, "El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar a través de la teoría del delito", en "Nuevo Pensamiento

Penal", 1974-279 citado por BUOMPADRE, Jorge E. en "Insolvencia fraudulenta - Patrimonial, Tributaria, Alimentaria", Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 109 y sigtes.).

Entonces, habiendo quedado delineadas las estructuras de los tipos penales en estudio, me animo a concluir, con apoyo de la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, que la relación concursal que existe entre ambos delitos es de tipo aparente. Nótese que, de la reseña antes efectuada, es posible deducir que, frente a la configuración conjunta de ambas hipótesis, el primer delito (art. 1) queda comprendido dentro del segundo (art. 2 bis) pues este último añade un contenido disvalioso adicional al primero, que consiste en *colocarse maliciosamente en estado de insolvencia* a fin de eludir la obligación de prestar los medios indispensables de subsistencia al beneficiario, acerca del cual aquél no tuvo oportunidad de ejercer su defensa (CPenal, Contravencional y de Faltas, CABA, sala I, D. M., A., 17/02/2011, LLCABA 2011 (junio), 362, AR/JUR/4884/2011).

Alcanzamos así una segunda respuesta provisoria que nos acerca a la solución del problema: si el autor incurrió en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar y, luego, el de insolvencia fraudulenta, siempre que el delito continuado precedente no se haya interrumpido, la acción defraudatoria integrará el contenido de aquél y dará lugar a la figura agravada.

2) Si bien ya he adelantado en forma obligada mi opinión para responder el primer interrogante, queda por tratar en minucia la segunda meta-cuestión, esta es, definir cuáles son las implicancias de la superposición de las figuras legales comentadas frente a un delito continuado como el que define específicamente el artículo 1 de la ley especial.

Hoy día encuentra gran consenso en el ámbito del pensamiento penal liberal que el delito continuado constituye una construcción dogmática que permite racionalizar el ejercicio del poder punitivo en aquellos casos frente a los cuales, de tomarse por separado cada hecho que lo integra (en sí

abrazados por un dolo total), el juzgador se encontraría frente a un escala penal sencillamente absurda.

Obviamente, detrás del delito continuado hay buenas razones no sólo de derecho penal material sino también procesal que justifican su aceptación como categoría dogmática: amplía el concepto de cosa juzgada con relación a aquellos hechos que, si bien integran un complejo total, el tribunal no ha podido incluir en su condena (JAKOBS, Günther: *Tratado de Derecho Penal*, trad. a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 1092).

Como bien señala RAFECAS, apelando a criterios valorativos externos de justicia material, puede resultar irritante tener que afirmar la impunidad de ciertos episodios que, *per se*, constituyen perturbaciones individuales que aumentan tanto el disvalor de lo actuado como el de resultado, y que ni siquiera fueron mencionados en el primer (y definitivo) fallo condenatorio (RAFECAS, Daniel Eduardo, "Administración infiel: delito continuado, cosa juzgada y *ne bis in ídem*, en un fallo de la Suprema Corte", publicado en www.catedrahendler.org).

Como se adelantara párrafos más arriba, el delito continuado reclama necesariamente que el autor presente un dolo unitario que comprenda las diferentes etapas que integran el complejo total. De este modo, lo que a simple vista nos parecería una concatenación de una pluralidad de hechos independientes, bajo el prisma de un dolo total o unitario, comprenderemos que todos esos actos tuvieron como fin la realización de un único resultado. También es necesario que se verifique un mismo bien jurídico afectado y para ello las conductas deben atacar la misma ley penal u otra que se halle muy cercanamente vinculada a ella. Es decir, no se requiere la realización de idéntico tipo penal pero sí una semejanza entre los tipos objetivos realizados (Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro: *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Ediar, 1° Edición, Bs. As., 2000, p. 864).

La conclusión de ello es que el juzgamiento de *un único hecho* trae aparejada la imposibilidad de volver a molestar al sujeto por nuevas

circunstancias que integraron aquél, pero que fueron descubiertas con posterioridad por deficiencia del propio Estado (v.g. descubrir una nueva circunstancia que agravaría al hecho de la condena). En cambio, los actos posteriores al fallo firme, o su notificación, no ingresan en la clausura que provoca el principio *ne bis in idem* pues ni siquiera de manera hipotética pueden estar abarcados en el primer juicio (v.g. la continuidad de los mismos actos lesivos con posterioridad a la sentencia condenatoria).

En el caso, nos encontramos frente a dos conductas que, en los términos en los que fue delimitada cada imputación penal, se dirigieron contra un mismo bien jurídico. Y ello luce con claridad meridiana del escrito que diera origen a la IPP nro. 130/11 en donde se mencionó expresamente las conductas que ahora pretenden tomarse por separado (ver fs. 5/8). Queda claro que el error que ha impedido juzgar ambas conductas bajo un mismo juicio se originó en el “consejo” brindado por el titular del juzgado de garantías nro. 2 departamental (ver fs. 56vta.) y su inexplicable recepción por parte del MPF de separar la investigación y bifurcar los procesos en torno a los delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia fraudulenta (fs. 1). Sin embargo, esa decisión no puede alterar la realidad de los hechos.

La imposibilidad de tomar cada hecho en forma independiente se cierra a poco que uno revise, por ejemplo, las copias de la denuncia antes mencionadas y la requisitoria de remisión a juicio concerniente a la IPP nro. 130/11 (ver fs. 35/41). De allí se desprende que, por ese entonces, la prueba documental obrante en el legajo ya informaba de la venta y transmisión de dominio de un inmueble sito en la ciudad de Mar del Plata a Jorge Lorenzo, *pese a que el dinero obtenido de ella no se dirigió a cumplir con las obligaciones que el denunciado tenía con sus hijos*. Más aún, la denunciante Serio expresó que la venta del inmueble había tenido como fin eludir sus obligaciones alimentarias (ver fs. 5/7). También, el propio testigo Lorenzo declaró en etapa de investigación y mencionó haber comprado el departamento. Lo expuesto debe leerse conjuntamente con el dictamen del

MPF en este proceso, ya que a fs. 153vta. se hizo hincapié en la “*especial relevancia [que] adquiere entonces la declaración testimonial de Jorge Lorenzo, en el marco de la IPP 14-13-000130-11, seguida Larraburu en orden al delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, siendo que la misma compone además prueba de cargo en estas actuaciones, en lo que hace a la venta del departamento en cuestión*”. Esta operación es la que hoy día constituye el objeto procesal de la presente contienda.

Bajo estas premisas, no puedo más que acordar con el magistrado en cuanto a que las conductas imputadas a Larraburu se encuentran inmersas en un complejo total unificado por un mismo dolo. De hecho, así fue relatado por la propia denunciante en su escrito inicial. Se cumplen entonces los requisitos del delito continuado: un factor final, es decir, una pluralidad de conductas dirigidas a un mismo propósito (sustraerse del cumplimiento de los deberes de asistencia familiar), y un factor normativo, o, más específicamente, la vulneración de un complejo normativo unitario que tiene como objeto un mismo bien jurídico.

De este modo, permitir el avance del poder penal sobre un proceso que tiene por objeto el enjuiciamiento de un hecho que debió conformar, por las razones antes expuestas, la plataforma fáctica de la primera condena, resultaría contrario a la garantía del *ne bis in idem*. Para verlo en un ejemplo más gráfico, sería lo mismo si en una investigación por robo, luego de la condena, se descubriera que durante su realización se empleó un arma de fuego y se pretendiese enjuiciar nuevamente al causante por una circunstancia agravatoria de un hecho ya sentenciado. Una vez que media sentencia firme, el delito queda juzgado en todas sus partes y no es posible reabrir un nuevo proceso penal aunque con posterioridad se descubran nuevas partes integrantes de aquél.

En definitiva, por las razones expuestas postulo confirmar la decisión en todo cuenta fuese materia de recurso, sin costas (arts. 18, 75 inc. 22 de la C.N., 8.4 de la C.A.D.H. y 14.7 del P.I.D.C.P.; arts. 1, 328, inc. 2°, 356, 530 y

531 del C.P.P.).

A LA SEGUNDA CUESTION EL SR. JUEZ PITLEVNIK DIJO:

Adhiero al voto de mi colega preopinante en cuanto concluye en, coincidencia con lo expuesto por el Magistrado de la instancia, que el juzgamiento del causante por el art. 2 bis de la ley 13944 importaría una violación a la garantía de ne bis in idem. Comparto los argumentos expuestos en ese sentido por el Dr. Cayuela y el completo fundamento realizado oportunamente por el Dr. Martín Mateo. Me permito agregar a lo ya expuesto, que de por sí resulta suficiente para llegar a la conclusión adoptada, unas breves observaciones.

En primer lugar corresponde señalar que estamos ante una situación de muy difícil resolución. Digo ello porque la iniciativa para que se dividiera la investigación entre la omisión del art. 1 de la ley 13944 y la insolvencia fraudulenta alimentaria del art. 2 bis fue del Juez Garante cuando, conforme surge de la copia de resolución de fs. 42/57, entendió que estábamos ante dos hechos distintos y por ello, consideró aconsejable se arbitraran los medios necesarios -si así además lo entendía la Sra. Fiscal interviniente- para que se iniciara causa por separado. Tanta autonomía entendía que había entre un hecho y los otros, el Sr. Juez Garante, que decidió -a pedido de la Fiscal-, declinar su competencia en función de que la simulada traslación del dominio realizada sobre el inmueble de Larraburu había tenido lugar en el departamento judicial de Lomas de Zamora (fs. 83/88).

Debe destacarse que hasta ese momento, la Fiscalía estaba llevando como un único hecho el incumplimiento de deberes, en el que incluía la venta del inmueble en Mar del Plata (ver coipias de fs. 35/41). En la elevación a juicio, dicha venta formaba parte del conjunto probatorio de cargo. Junto con dicha conducta se imputaba al causante no haber concurrido como heredero a una sucesión, haber simulado la venta de un inmueble para desalojar a sus hijos o haber realizado maniobras en el Hospital donde trabajaba para que no le fueran deducidos de su salario los montos que estaban embargados en favor de sus hijos. En dicho contexto,

entiendo que la maniobra de la venta del inmueble en Mar del Plata es una de las formas en que el acusado se sustrajo de incumplir sus obligaciones alimentarias (de hecho, aún cuando no fue expresamente tratado, la Sra. Jueza de grado que dictó sentencia transcribió la parte pertinente de la declaración del imputado donde se expone sobre dicha venta). Resulta inconsistente que unas acciones formen parte del modo en que se sustrajo de incumplir sus obligaciones y la otra un delito autónomo, a pesar de que tiene el mismo fin y ocurre en el mismo período de la imputación.

Entiendo que el art. 2 bis de la ley 13944 que impone una pena de uno a seis años a quien "con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esa manera, frustrare, en todo o en parte el cumplimiento de dichas obligaciones" es una forma agravada de sustraerse a las obligaciones. Dicha maliciosa forma de eludir el cumplimiento comporta una manera perfeccionada de sustraerse del pago. De modo que quien se sustrae del pago comete el tipo del art. 1, pero quien lo hace insolventándose de manera fraudulenta incurre en la agravante del art. 2 bis.

En abono de lo dicho, debe señalarse que de acuerdo a lo que surge de la discusión parlamentaria de la ley 24.029, la inclusión de la figura del art. 2 bis de la ley 13.944 primeramente estuvo pensada para configurar una forma agravada de insolvencia de las que están previstas en el art. 179 del C.P., pero se entendió con razón que el bien jurídico especialmente protegido era la familia, pues se trata de quien se insolventa para no cumplir con sus deberes alimentarios, frustrando de esta manera el cumplimiento de esas obligaciones (dictamen de la Comisión de Legislación Penal y de Familia, Mujer y Minoridad, conf. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del 27/9/1990). En conclusión, conforme ha quedado dicho, insolventarse debe ser entendido como una manera calificada de sustraerse al pago.

Con los agregados expuestos es que adhiero al voto de mi colega

preopinante.

Con lo que terminó el Acuerdo, firmando los Sres. Jueces por ante mí, que doy fé.-

S E N T E N C I A

///Isidro, 03 de diciembre de 2015.

AUTOS Y VISTOS:

Y CONSIDERANDO:

Que en el Acuerdo que antecede ha quedado resuelto confirmar la sentencia recurrida.

POR ELLO:

I) SE DECLARAN ADMISIBLES los recursos de apelación interpuestos por el particular damnificado y por el Ministerio Público Fiscal contra la decisión documentada en el acta que, en copia, obra a fs. 1/6vta. del presente incidente, de conformidad con los motivos expuestos en el considerando (arts. 421, 422, 423, 433, 439, 442 y ccdtes. del C.P.P. -ley 11.922 y modificatorias-).

II) SE CONFIRMA la decisión recurrida, en cuanto hace lugar a la excepción de falta de acción y, consecuentemente, **ABSUELVE** a Juan Pedro Larraburu respecto del hecho imputado, que se dice cometido el día 23 de mayo de 2008, sin costas, de conformidad con los motivos expuestos en los considerandos (arts. 18, 75 inc. 22 de la C.N., 8.4 de la C.A.D.H. y 14.7 del P.I.D.C.P.; arts. 1, 328, inc. 2º, 356, 530 y 531 del C.P.P.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase, sirviendo el presente de atenta nota de envío.

FDO.: LUIS C. CAYUELA – LEONARDO G. PITLEVNIK

Ante mí: VIVIANA A. VEGA