

**Expediente IPP nueve mil trescientos ochenta y seis.**

**Número de Orden:28**

**Libro de Sentencias n° 6**

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los tres **días del mes de Agosto del año dos mil doce**, reunidos en su Sala de Acuerdos los señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, doctores **Gustavo Ángel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou**, bajo la Presidencia del primero de los nombrados (artículo 440 del CPP), para resolver en la **I.P.P. nro. 9386/I del registro de este Cuerpo**, en la causa **seguida a O., M. E.** por la presunta comisión del delito de **Hurto de vehículo dejado en la vía pública**, y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de esta Provincia y 41 de la Ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden, Dres.: **Barbieri y Soumoulou**, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

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

**1ra.) ¿Son admisibles los agravios formulados en el recurso de apelación interpuesto?**

**2da.) ¿resulta procedente el agravio relativo a la calificación legal de "hurto impropio"?**

**3era.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar ?**

### **V O T A C I O N**

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR BARBIERI, DIJO:** El fallo definitivo (luego de la celebración del juicio oral) de fs. 16/22 y vta. dictado por la Señora Juez en lo Correccional Nro. 3 Dptal. -Dra. Susana González La Riva-, absolvió a

M. E. O. por el hecho que se le imputaba como cometido el día 17 de Enero de 2009 en la ciudad de Tornquist (en los términos del art. 163 inc. 6to. del C.P., rechazando también la calificación subsidiaria del art. 173 inc. 5to. del Digesto de las Penas).

El citado decisorio, resultó impugnado por el Sr. Agente Fiscal a fs. 28/35 y mantenido por su Superior Jerárquico a fs. 38/40 de esta incidencia; ello acaeció en debido tiempo.

Asimismo y en cuanto a la forma, se han planteado dos agravios siendo el primero inadmisibile.

Es que en principio denunció la violación del art. 209 (libertad de formas que entiende inaplicado por la Sra. Juez de Grado al imponer "límites propios de otras ramas del derecho") y del art. 210 del Rito (al reconocer lo que emerge de los medios de convicción, pero no arribar a las conclusiones lógicas que de ellos derivaban) y ello en lo tocante al hecho que calificara como hurto de vehículo dejado en la vía pública (art. 163 inc. 6to. del C.P.).

El segundo agravio, tiene relación a que no se hizo lugar a la calificación subsidiaria postulada (de hurto impropio, art. 173 inc. 5 del mismo Cuerpo Legal), y ello por entender la Dra. La Riva que se afectaría el derecho de defensa de Oberto, por afectación del principio de congruencia.

Pues bien, **el primero de los agravios** es insuficiente en los términos de los arts. 421 y 442 del Código de Forma de este Estado. Ello, pues la Sra. Juez de Grado dictó la absoluciónde O. (en este tramo), al entender no acreditada debidamente la "ajeneidad" del vehículo cuya sustracción se imputaba, en particular por no haberse efectuado la transferencia del automotor por ante el Registro respectivo, considerando ello como constitutivo del dominio (hasta aquí el recurso Fiscal de instancia era procedente).

Pero además dijo la Dra. González La Riva a fs. 21 vta. que: *"...en este sentido aún entendiendo que la forma instrumental en el presente*

*supuesto no sea sacramental se encuentra dispuesta por las expresas disposiciones de los artículos 1191 y 1192 que legislan el modo en que se prueban los contratos que tienen prevista una forma determinada en la ley. Concretamente indica la exigencia del principio de prueba por escrito y que se entiende por tal. Ninguno de los elementos de prueba acercados reúne tal condición como así tampoco las circunstancias alegadas con las que la ley detalla para omitirlas. Por último, también se ha interpretado jurisprudencialmente que pueden darse por probadas este tipo de contratación cuando el contrato se encuentre ejecutado pero a dichos efectos lo único probado es que se tuvo en poder el bien o fue entregado. Pero la entrega de un vehículo no implica unívocamente el contrato de compraventa o permuta que se alega, toda vez que puede responder a más de un modo de contratación, máxime cuando como en el presente caso a escasos meses de esta entrega la misma parte que la invoca reconoce constantes reclamos por parte de quien se lo entregó...".*

Entonces podemos advertir que la Sra. Juez de Grado, no sólo no dá por acreditado el carácter de "ajeno" (de la camioneta cuya sustracción se le imputa y con relación a O.), por no haberse efectuado la transferencia en el Registro correspondiente, sino -también- al no existir prueba alguna de la compraventa y/o permuta (lo mismo lo refiere a fs. 20 vta. últimos siete renglones empezando desde la parte inferior).

Pues bien el **agravio del Sr. Fiscal de la instancia (y en esta porción su Superior Jerárquico nada agregó) sólo** está dirigido y fundamentado a discutir la **significación jurídica** efectuada por la Sra. Juez, pero no se hace cargo de discutir la inexistencia de la compraventa y/o permuta, siendo "esa" otra causal de denegatoria pues no se efectuó la debida crítica por quien impugna.

**En cuanto al segundo agravio,** sí lo encuentro debidamente fundado y mantenido (art. 445) por lo que resulta **admisibile**.

A la primer pregunta entonces respondo parcialmente por

la afirmativa (arts. 399, 401, 421, 422, 439, 2do. párrafo, 441 2do.párrafo -según ley 13.812-, 442, 445 y ccdts. del Código Procesal Penal).

**A LA MISMA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO:** Adhiero, por sus fundamentos, al voto del colega que abre el acuerdo, sufragando en idéntico sentido (art. 371 y ccdts. del Código Procesal Penal y arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial).

**A LA SEGUNDA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO:** El agravio que declaramos admisible, está dirigido a conmover el fallo definitivo en cuanto ha rechazado la calificación jurídica subsidiaria de "hurto impropio", en los términos del art. 173 inc. 5to. del Código Penal.

El motivo de rechazo de la Sra. Juez A Quo, tiene que ver con lo que consideraba (en caso de hacer lugar a la petición Fiscal) una violación al derecho de defensa de O., por afectación del principio de congruencia.

Así dijo a fs. 22 que analizar esa calificación subsidiaria sería "*...versar sobre un hecho diferente...*" agregando: "*...resulta un marco fáctico muy diverso sostener que una persona sustrajo mediante engaño un vehículo...a sostener que el dueño de una cosa mueble la sustraiga de quien la tenga legítimamente en su poder...*"; No concuerdo con tal afirmación y en esta porción acompañaré al recurrente.

Así el Dr. Casas (segundo párrafo de fs. 33) aportó los extremos fácticos que lo llevaban a concluir que "el acontecimiento histórico" del art. 308, de la requisitoria, de los lineamientos de la acusación y los finales descriptos al terminar el Debate fueron -en sustancia- siempre los mismos, y que podían ser calificados en el tipo previsto en el art. 173 inc. 5to. del C.P.

Comparto la doctrina que propone y que emerge de los fallos del Tribunal de Casación citados a fs. 34 y por su Superior a fs. 38 vta. y 39.

Agrego por mi parte, que la congruencia es la

compatibilidad o adecuación existente entre el hecho que impulsa el proceso y el resultado de la sentencia. Y en ese sentido el requerimiento fija los hechos de los que el tribunal no puede apartarse; de lo expuesto puede aseverarse que para que se conmueva la garantía constitucional de defensa en juicio, es necesario que se haya producido una **mutación esencial entre el hecho intimado y la base fáctica** contenida en el documento acusatorio, con el hecho juzgado, produciéndose un **menoscabo en la facultad de la refutación** (al conllevar sorpresa) por parte del imputado. Tal perjuicio sólo concurre cuando la diversidad fáctica le restringe o cercena la factibilidad de presentar pruebas en su interés o si la diversidad comprometió la estrategia defensiva.

Así la **correlación entre acusación y sentencia no** es utilizada como **sinónimo de identidad o adecuación perfecta** en toda su extensión, pues no se extiende más allá de los elementos fácticos esenciales y de las circunstancias y modalidades realmente influyentes.

Por ello existe dificultad para dar una formulación general de la regla, debiéndose analizar la solución (bajo esos principios generales) en cada caso particular (sigo así el contenido del fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, causa nro. 486, reg. 484/95 de fecha 14/12/95).

Lo importante de la información acerca del **hecho que se atribuye** pasa por la circunstancia de que **pueda** ser **comprendida cabalmente** por el imputado y **éste tenga la posibilidad** de oponer los **medios** que hacen a su defensa, en **tiempo oportuno**.

Así la congruencia es **consecuencia directa del principio de contradicción** que debe presidir en esencia todo proceso, entendido éste como sinónimo de juicio, y también como un elemento fundamental para que se respete la inviolabilidad de la defensa. Ambas garantías se encuentran consagradas constitucionalmente, tanto en el derecho al juicio previo respetuoso del debido proceso, como en el mandato de que la defensa sea inviolable (art. 18 CN y 10 y 15 de la Provincial). Ver conceptos

magistralmente expuestos por la Doctora Angela Ledesma en su ponencia publicada en [http://www.procesal1-catedra2.com.ar/sites/procesal1-catedra2.com.ar/files/Ledesma\\_Principio\\_de\\_Congruencia.pdf](http://www.procesal1-catedra2.com.ar/sites/procesal1-catedra2.com.ar/files/Ledesma_Principio_de_Congruencia.pdf).

Ello también teniendo en cuenta que en el proceso penal, podemos hablar de una "pretensión evolutiva o progresiva" y a diferencia del civil, la pretensión no se deduce en un sólo y único acto, sino que sigue un "orden escalonado". Este comienza con el decreto que promueve la investigación penal, se manifiesta a lo largo de la instrucción mediante la actividad de instar diligencias (en particular con la descripción del art. 308 y la congruente de la requisitoria de citación a juicio del 334), y culmina, una vez abierto el juicio oral, como pretensión objetiva en los lineamientos de acusación (hechos objeto del juicio y calificación provisional sometida a debate), definiéndose y produciéndose la calificación definitiva en los alegatos conclusivos.

De esta manera, la pretensión evolutiva en el proceso penal se entiende como un movimiento hacia la perfección en nuestro caso, hacia una acusación completa, que a su vez debe ser mantenida por quien se encuentra legitimado para ello, de modo que cuando existan fundamentos requerirá, la actuación del derecho material en el caso concreto.

Es Nuestro Máximo intérprete Constitucional Nacional el que ha receptado parámetros similares (sentando sana doctrina) al resolver en causa "Sircovich, Jorge Oscar s/ defraudación por desbaratamiento de derechos acordados, S. 1798.XXXIX, del 31 de octubre del 2006" donde se expresó que es deber de los magistrados, cualesquiera que fueren las peticiones de la acusación y la defensa, o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, el precisar las figuras delictivas que jueguen con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, ese deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyen la materia del juicio (Fallos: 314:333 -con cita de Fallos: 186:297; 242:227; 246:357; 284:54; 298:104; 302:328, 482 y 791- 315:2969; 319:2959; 320:431, voto de los jueces Moliné O'Connor y López; 321:469 -con cita de Fallos: 310:2094 y 312:2370,

entre otros-;; y 324:2133, voto del juez Petracchi).

Teniendo también en cuenta que "...el cambio de calificación adoptado por el tribunal será conforme al artículo 18 de la Constitución Nacional, a condición de que dicho cambio no haya desbaratado la estrategia defensiva del acusado, impidiéndole 'formular sus descargos'..." (precedente ya citado de Fallos: 319:2959, votos de los jueces Petracchi y Bossert, con cita de Fallos: 242:234).-

Agregando en el caso particular de "Sircovich" y demostrando justamente esa necesidad de análisis casuístico (con los principios generales ya establecidos) que existió restricción defensiva pues el cambio operado en la subsunción legal afectó las garantías judiciales de los acusados, tanto por un defecto del conocimiento cabal de la imputación, como por una afectación a su estrategia defensiva.-

Es definitorio establecer si la variación de la premisa mayor (normativa) conlleva una modificación sustancial de la premisa menor (hecho imputado en distintas etapas procesales).

Vamos al caso de autos.

**Desde el principio a O. se le imputó** -en esencia- la sustracción -el día 17 de Enero de 2009 sobre las 18:00 hs.- de la camioneta Chevrolet Luv que se encontraba estacionada en la vía pública (dominio CVP-864) en la localidad de Tornquist frente al lavadero del Sr. F., la que se encontraba con las llaves colocadas y que había sido allí estacionada por el Sr. E. Z. (esposo de la denunciante B.) para su limpieza. Ver hecho descripto por la Sra. Jueza a fs. 16 de este incidente; declaración en los términos del art. 308 de fs. 75/76 de la principal; requisitoria de fs. 83/87 y vta. de la principal, y lineamientos de la acusación y alegato definitivo de fs. 1/13 de esta incidencia.

**El hecho que diera por probado la Sra. Juez** a fs. 20 vta., **no difiere en esencia** del antes descripto y permite su adecuación típica con la figura del art. 173 inc. 5to. del C.P.

Dijo allí la Dra. González La Riva que dio por acreditado que en fecha de final de 2006 o principios de 2007 E. Z. (esposo de la denunciante) llevó el Renault Laguna a la casa de la imputada recibiendo de ésta (y de su marido el "Tano" D.) la camioneta Luv; que tuvieron los denunciantes desde esa fecha la camioneta, el título de propiedad automotor, y que ese vehículo fue utilizado por empleado de la firma Z. para trasladarse; siendo que poco tiempo después de las entregas de vehículos, "las posesiones" dejaron de ser pacíficas.

Ahora bien. Con todo lo antes dicho, y del material probatorio descrito por la Sra. Juez en su fallo (no discutido por el recurrente ni por el resto de los intervinientes procesales, éstos últimos no habiendo petitionado ante ésta Sede) concluyo que "el hecho" imputado es -en esencia- similar al que diera por acreditado el A Quo; y que el mismo (sin sorpresa para la defensa pues la calificación subsidiaria se le "anotició" desde el inicio del Juicio Oral) puede -y debe- ser subsumida en la figura penal del "hurto impropio".

Así aclaro que no existe sorpresa para la defensa ni mengua en su estrategia pues "el hecho" no ha variado sustancialmente y la calificación legal le fue oportunamente descripta.

Salvada entonces la "afectación de congruencia" denunciada por la Sra. Juez de Grado, analizaré la tipificación propuesta por el Fiscal; y como adelanté, la entiendo procedente en su tipicidad objetiva y subjetiva.

Así con los medios que se incorporaran por lectura y los valorados por la Sra. Juez A Quo en materialidad que llega firme a esta instancia digo que la figura del art. 173 inc. 5to. aparece como viable.

Ese delito consiste en sustraer una cosa mueble propia que se encuentra legítimamente en poder de un tercero.

No hay dudas que O. "sustrajo" del lavadero (previo engaño al empleado F. lo que así se acreditó en el Juicio Oral y Público) la camioneta

Luv; asimismo también está probado que Z.-B. la tenían legítimamente en su poder, más allá del nomen juris que pueda otorgársele al "cambio" de un vehículo por otro reconocido por la Sra. Juez de Grado. Pero se puede aseverar sin dudar que existió una convención entre partes.

Ello pues lo cierto es que los -algo más de- dos años que tuvieron Z.-B. en su poder la camioneta que registralmente pertenece a O., resulta demostrativo de la posesión (o al menos la tenencia) legítima y/o "en la de mínima" pacífica (ello lo dicen no sólo los damnificados, sino también los testigos F., F., V., M., B., D. B. y M. según constancias en el fallo definitivo). De allí que la llevaran reiteradas veces al mismo taller, le hayan hecho todos los services, le hubieran agregado el aire acondicionado, a lo que aduno la simple tenencia por tanto tiempo sin reclamo de O.. Todo lo expuesto me lleva a concluir en esa "tenencia legítima" que ejercían sobre la cosa mueble.

Aclaro que la figura penal en cuestión protege no sólo el derecho de propiedad, sino cualquier valor patrimonial legítimo que se tenga sobre cosa mueble (ver "Estafas y otras defraudaciones" de Jorge Buompadre, Ed. Lexis Nexis, pág. 122/123), de allí que pueda hablarse de tutela de la posesión y/o de la tenencia (en el mismo sentido "Código Penal" Baigún-Zaffaroni, Ed. Hammurabi, Tº 7, págs. 218 y sgts.).

Es una especie de "abuso de situaciones" ya que al quitar la tenencia ejercida por el ofendido se frustra su derecho a "tener la cosa" (Carlos Creus. Derecho Penal Comentado, pág. 485); **diferenciándose del hurto -del art. 162-** porque el agente no actúa sobre cosa ajena (tal como lo dijera la Jueza Correccional), **y de la defraudación** porque el fraude no es imprescindible (aunque en el caso pudo existir sobre un tercero como forma de llevar a cabo el apoderamiento).

La cosa es sustraída sin consentimiento y anuencia del damnificado lo que la asimila (por lo furtivo) a la sustracción. Algunos por sus

características la han denominado "retención indebida inversa" (ver Juan Sproviero, "Delitos de estafas y otras defraudaciones", Ed. Depalma, Tº I, pág 337). Hasta aquí acreditado el aspecto objetivo.

Por su parte la figura típica requiere en lo subjetivo un actuar doloso, lo que en autos se encuentra acreditado con la prueba incorporada por lectura, por las constancias del acta de debate y del contenido del fallo (ver en particular reconocimiento que hace el testigo F. según la Sra. Juez A Quo sobre la justificación dada por O. cuando fue a reclamarle la "devolución" de la camioneta).

En caso de ser acompañado, propongo la remisión a la instancia de origen para que el mismo Órgano -teniendo en cuenta el veredicto condenatorio dictado en esta Sede-, integrado ahora con nuevo Juez, resuelva lo tocante a eximentes, atenuantes y agravantes e imponga en su caso la sanción que considere corresponder.

Tal es el alcance de mi sufragio.

**A LA MISMA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO:** Adhiero por sus fundamentos al voto del Dr. Barbieri, sufragando en idéntico sentido (art. 371 y ccmts. del Código Procesal Penal y arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial).

**A LA TERCERA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO:** Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar las cuestiones anteriores, corresponde hacer lugar -parcialmente- al recurso interpuesto y dictar veredicto condenatorio por el delito de hurto impropio en los términos del art. 173 inc. 5to. del C.P., reenviando a la instancia de origen para que se tome razón de lo expuesto, y se integre el Órgano con Juez hábil para que analice lo tocante a eximentes, atenuantes y agravantes y en su caso se imponga la pena que considere corresponder.

**A LA MISMA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU DIJO:** Adhiero, por sus fundamentos, al voto emitido en forma precedente, haciéndolo en idéntico sentido (art. 371 y ccmts. del Código Procesal Penal y arts. 168 y 171 de la Constitución

Provincial).

Con lo que terminó el acuerdo que firman los señores Jueces nombrados.

## **SENTENCIA**

**Bahía Blanca, Agosto 3 de 2012.-**

**Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que *no es parcialmente justo el veredicto recurrido.***

**Por ello, RESOLVEMOS:**

***I-) Declarar parcialmente admisible el recurso de apelación interpuesto (arts. 439, 440, 441, 442 y ccdts. del Rito Provincial).***

***II-) CONDENAR a la imputada O. por el delito de hurto impropio en los términos del art. 173 inc. 5to. del C.P..***

***Reenviar a la instancia de origen, para que se tome razón de lo resuelto y se integre el mismo Órgano con Juez hábil para la evaluación de eximentes, atenuantes y agravantes y se determine (en su caso) la pena que pudiera corresponder (arts. 371 2do. y 3er. párrafo del Rito, 375 y ccdts. del mismo Cuerpo Legal).***

***Notificar en esta incidencia.***

***Devolver sin más trámite los autos principales.***

***Firme, remitir al Juzgado Correccional Nro. 3 sirviendo el presente de atenta nota.***