

**IPP 12012/I**

**Número de Orden:144**

**Libro de Interlocutoria nro.:16**

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los catorce **días del mes de junio del año dos mil catorce**, 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 **Guillermo Alberto Giambelluca, Gustavo Angel Barbieri y Pablo Hernán Soumouloou**, para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P. 12.012/I: "G. POR DEFRAUDACION POR RETENCIÓN INDEBIDA"**, y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debía tener lugar en el orden siguiente: doctores **Soumouloou, Barbieri y Giambelluca**, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

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

**1º) ¿ Es justa la resolución apelada ?**

**2º) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar ?**

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

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DR. SOUMOULOU, DIJO:** A fs. 87/89vta., interpone recurso de apelación el señor C., en su carácter de particular damnificado, con el patrocinio letrado del doctor Matías S. Moya, contra la resolución dictada por el señor Juez de Garantías de Tres Arroyos, doctor Rafael Alberto Oleaga, que resolvió sobreseer totalmente al imputado C., por aplicación de la causal establecida en el inciso tercero del artículo 323 del CPP, en orden al delito de defraudación por retención indebida, en los términos de los arts. 45 y 173 inciso 2º del C.Penal, que se le imputara en estos obrados.

Entiende el apelante, que se encuentra acreditado en autos el delito de retención indebida en que habría incurrido el señor C., al no haber

restituído al mismo el vehículo -cuyo titularidad ejercía- y que sólo se encontraba en posesión del encartado porque éste le permitió conducir el rodado para que siguiera trabajando.

Manifiesta que el delito se consumó cuando el imputado no restituyó el camión al ser formalmente intimado, quedando no sólo desapoderado de su vehículo sino también privado de las ganancias que pudiera generar el mismo.

Considera que la negativa a devolver el rodado ha quedado probado en la presente IPP, insistiendo el recurrente en que el camión sólo estaba en manos de C. porque se lo entregó para que trabajara con él mismo y no en virtud de haber sido el anterior titular registral.

Por lo expuesto, solicita se revoque el decisorio dispuesto por el señor Juez de Garantías y se eleven estas actuaciones a juicio.

Adelanto que voy a proponer al acuerdo la confirmación del sobreseimiento decretado en autos, aunque por razones distintas a las expresadas por el juez "a quo".

En prieta síntesis, dio por acreditado el magistrado de grado el siguiente hecho: "que .C., previa constitución en mora el día seis del mes de septiembre del año dos mil trece, a la fecha no hizo entrega a T.un camión marca Mercedez Benz -L 1114/48, dominio SPI-317 que tenía en su poder por ser anterior titular registral y que continuó en dicho estado, aún luego de la transferencia a favor de éste último, en razón de una relación societaria de hecho que por distintos aportes vinculaban a uno y otro.

En primer término corresponde señalar que la figura legal por la que viene imputado C. desde la instancia de grado, es una típica defraudación por abuso de confianza, encontrándose el bien que es objeto de delito en poder del sujeto activo por un negocio jurídico anterior.

La doctrina y jurisprudencia mayoritarias exigen que esa tenencia haya sido transferida con implicancias jurídicas (poder) o como mero poder de hecho (custodia) -Creus, Derecho Penal, Parte Especial, Astrea, 1997, tomo I, p. 507-,

por lo que se excluyen los casos en los que no existe una tenencia autónoma.

Ahora bien. **El presupuesto del delito de apropiación o retención indebida es la tenencia de la cosa ajena. El delito no se puede cometer in re propia** (SCJ de Mendoza, 14-9-59, "Fiscal c/Mena Andujar, José s/Estafa, casación, expte. Nº 21.797, L.S. 071-108, reg. 1193; Barbera, Guzzo, Ceretti, Zanocco, sum. 2121, del fallo 59199191, reg. 8917, citados en Revista de Derecho Penal, Estafas y otras defraudaciones, t. II, p. 456).

Conforme la documentación agregada al legajo (cédula verde de fs 13), el vehículo en cuestión resulta ser propiedad del denunciante.

Nada quita o agrega la circunstancia de que el camión se encontrara bajo la esfera de custodia de C. al momento de efectuarse la venta del mismo como lo sostiene el juez "a quo", pues lo que tiene en mira la norma legal es que la tenencia o posesión precaria se haya transferido con una implicancia jurídica -poder o como mero poder de hecho-custodia-pero en todo caso tiene que tratarse de una tenencia que se ejerza en forma autónoma. Y a tenor de la prueba testimonial recibida en la causa, ninguna duda existe acerca de las características de la tenencia del rodado que detentaba el encartado.

Los detalles o pormenores del negocio celebrado entre las partes respecto a la tenencia y uso del camión, en mi opinión no se encuentran clarificados, pero ello no es óbice para la solución conclusiva que voy a postular al acuerdo.

Sostiene la doctrina que "...La no restitución a su debido tiempo debe entenderse como la no devolución en tiempo oportuno...si el tiempo o fecha de la devolución han sido pactados, ese momento marca el tiempo oportuno para la devolución de la cosa; si nada se ha convenido sobre el particular, debe establecerse el tiempo oportuno, es decir, debe constituirse en mora al obligado para que su omisión sea penalmente relevante (art. 509, Cód. Civ.)...La Intimación no requiere términos sacramentales, pero debe ser fehaciente..."(Buompadre, Jorge E. en Baigún, David -

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, t. 7 arts. 172/185, Parte Especial, Hammurabi, Bs. As, 2009, p. 204).

En ese sentido, entiendo que el ilícito no se encuentra configurado, desde que el uso y goce del rodado le fue concedido a C. por quien detentaba la titularidad del mismo, sin que se conviniera entre las partes momento alguno para la devolución del camión; por lo que debió intimárselo en los términos del art. 509 del C.C..

Tanto el acta notarial de fs. 9/10 como la carta documento de fs. 11/12 no abastecen los requisitos de una notificación fehaciente, desde que en ambas actuaciones no participa el imputado, por lo que mal puede afirmarse que el prevenido haya tomado conocimiento de su deber de restitución y a partir de aquellas presumir el dolo exigido por la figura.

Por intimación fehaciente debe entenderse que el imputado debe ser expresa y efectivamente avisado o notificado en su persona, debido a que no se puede en el ámbito penal, imputar una omisión dolosa a quien no tenía claro que debía restituir en plazo o momento determinado o a partir de una fecha cierta hasta ese momento (cfme. Laje Anaya, Justo " La estafa y otras defraudaciones en la doctrina judicial argentina, p. 302/303).

De otro lado no advierto como lo afirma el magistrado de grado a fs. 70 vta., último párrafo, la constitución en mora por parte del imputado el día seis de septiembre del 2013, siendo que la única constancia del legajo que se corresponde con la fecha indicada resulta ser la declaración del encartado en los términos del art. 308 del rito, circunstancia en donde se le hace saber el hecho que se le imputa. La citada actuación no puede interpretarse como intimación fehaciente como pretende entenderlo el señor juez "a quo", pues si bien la misma no requiere forma sacramentales, sí resulta necesario determinar el plazo y el lugar donde se ha de efectuar la devolución del bien para tener por cumplido los recaudos del art. 509 del C.C.

En función de lo expuesto, corresponde sobreseer al encartado

en los términos del art. 323, inc. 2º del C.P.P..

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DIJO:** Voy a proponer otra solución para los presentes obrados, en tanto advierto la existencia de un vicio con entidad nulificante que me encuentro facultado a entender -en forma oficiosa- en orden a las prescripciones contenidas en los arts. 106, 201, 203 segundo párrafo y 435 del Código Procesal Penal, y con el artículo 18 de la Constitución Nacional y arts. 10 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, a fin de resguardar la garantía de defensa en juicio del procesado y el debido proceso adjetivo.

Tal como lo resolviera en la I.P.P. nro. 9698/I el 26/10/11, conforme manda el artículo 203 del Código de Forma, deben ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso las nulidades que impliquen violación a las normas contenidas en la Constitución Nacional. En este sentido, ha sido la Suprema Corte de nuestra Provincia quien ha resuelto que "...en procura de un adecuado servicio de justicia constituye un requisito emanado de la función jurisdiccional de esta Corte el control -aún de oficio- del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecta una garantía constitucional no podría ser confirmado..." (S.C.B.A. P. 78.360, S 22/09/2004).

Lo que advierto es que en el auto dictado por el Sr. Juez de Garantías se ha resuelto sobre la existencia de un hecho, y sobre la responsabilidad del encartado en él, que difiere temporalmente de aquel que se le imputara al momento de recibírselle declaración en los términos del art. 308; lo que conlleva a una completa imposibilidad de defensa por parte del imputada, ya que, particularmente, la fecha que el Magistrado establece para uno de los actos constitutivos del delito -la constitución en mora- es justamente aquella en que se ha llevado a cabo la audiencia prevista en el art. 308 del C.P.P. (fs. 48/49) y sin que se hubiera recibido aud. en los términos del art. 317 en forma posterior, lo que de alguna manera podría haber saneado tal vicio.

En el tramo pertinente del hecho imputado a fs. 48/49 se

describió que "...requerido que fue por el denunciante la devolución del mencionado automotor, el mismo hasta la fecha no le ha sido restituido, reteniéndolo el imputado indebidamente en su poder...".

La fecha a la que se hace referencia corresponde a la del día de la celebración de la audiencia, esto es: el 6 de septiembre de 2013.

En ese mismo sentido, al requerir la elevación a juicio de la presente causa, el Ministerio Público Fiscal describió el hecho como "...requerido que fue por el denunciante la devolución del mencionado automotor, el mismo hasta la fecha -6 de septiembre de 2013- no le ha sido restituido, reteniéndolo el imputado..." (fs. 55/57 y vta.).

Ahora bien, en el auto de elevación a juicio el Magistrado de Garantías delimitó el sustrato fáctico de la siguiente manera "...encuentro legalmente acreditado que, C., previa constitución en mora el día seis de septiembre del año dos mil trece, a la fecha no hizo entrega...", modificando completamente el período temporal del hecho imputado por el Ministerio Público Fiscal, situando el momento de requerimiento por parte del damnificado recién al día en que el imputado concurrió a prestar declaración y extendiéndolo hasta el momento del dictado de la resolución, el 19 de diciembre de 2013.

El Juez de Garantías, entonces, ha dado por probados sucesos ocurridos en un período posterior al acto de defensa del procesado, por los que no ha sido acusado, y por los que no ha tenido posibilidad de defenderse. Y no dando por acreditado el ilícito durante el período sí descripto por el acusador.

Es decir, ha considerado acreditado un hecho ocurrido con posterioridad al día en que se le recibió audiencia en los términos del art. 308, no dando por acreditado aquél período previo sí imputado por el Fiscal.

Dicho en otras palabras. El tercero imparcial en el proceso no dio por acreditado el hecho enrostrado por la fiscalía y da por aprobado un suceso ocurrido en un período temporal que el justiciable no ha sido intimado (distinta sería la situación si luego

de aud. 308 pero en forma previa a la requisitoria se le hubiera recibido a aud. en los términos del art. 317 del C.P.P.).

Asevero entoncesque el justiciable no ha tenido conocimiento alguno; que le imputaran tener el vehículo desde el día 6 de septiembre en adelante. Y por el período anterior (que sí tuvo conocimiento) no se eleva la causa para juicio oral. Ello resulta indadmisble por resultrar una vulneración al derecho de defensa y afectación al debido proceso legal, que conlleva a declarar la nulidad de la resolución puesta en crisis (arts. 1, 203 y cctes. del C.P.P.; arts. 18 y 75 inc. 22 de la Cons. Nacional y art. 8 Convención Americana de Derecho Humanos).

Así lo voto.

**A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DR. GIAMBELLUCA, DICE:** Adhiero al voto del doctor Barbieri, sufragando en idéntico sentido.

**A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DR. SOUMOULOU, DICE:** Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde -por mayoría de opiniones- declarar **la nulidad de la resolución puesta en crisis** (arts. 1, 203 y concordantes del C.P.P.).

**A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DR. BARBIERI, DICE:** Adhiero a voto del doctor Soumouloou.

**A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DR. GIAMBELLUCA, DICE:** Adhiero a voto del doctor Soumouloou.

**Con lo que terminó este acuerdo que firman los señores Jueces nombrados.**

## **RESOLUCION**

Bahía Blanca, julio 14 de 2014.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto: **-por mayoría de opiniones-: que es nula la resolución apelada.**

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede, **este TRIBUNAL RESUELVE: -por mayoría de opiniones-** declara la nulidad de la resolución de fs. 70/72, dictada por el señor Juez de Garantías de Tres Arroyos, doctor Rafael Alberto Oleaga (arts. 1º, 203 y concordantes del C.P.P.).

Notificar.

Hecho, devolver a la instancia de origen.