

///nos Aires, 17 de mayo de 2019.

Y VISTOS; Y CONSIDERANDO:

I. Intervenimos en la apelación interpuesta por la defensa (fs. 104/109), contra el auto de fs. 98/101 que procesó a F. R. J. en orden al delito de defraudación por sustracción.

II. En su presentación tachó de inválida la decisión ya que, a su entender, la calificación escogida era incongruente con el reproche formulado y tenía entidad para modificar la plataforma fáctica, lo que significó vulneración a sus derecho. También alegó la afectación a la garantía de no autoincriminación por ponderar la versión de su asistido como elemento de cargo.

A su vez sostuvo que era arbitraria porque omitió convocar a la testigo propuesta por aquél.

Subsidiariamente entendió que la conducta era atípica por cuanto no hubo ardid, perjuicio patrimonial o privación de derechos sobre una cosa ni actuó con el dolo de defraudar.

III. El 28 de septiembre de 2018 a las 19:00 J. se habría apoderado ilegítimamente del vehículo “.....”, dominio, cuya titularidad registral continuaba a nombre de S. G. D. y él, junto con su hija, habría adquirido recientemente (fs. 67 y 86/89), que estaba en la playa de estacionamiento del Servicio de Control de Estacionamiento (SEC), ubicado en de esta ciudad. Para ello habría roto la cerradura del rodado y la barrera de salida.

El 22 de octubre siguiente, a las 16:10 fue detenido por la policía en las calles y porque registraba un pedido de secuestro y carecía de la documentación requerida.

IV. De la nulidad

En la declaración indagatoria de fs. 82/83 se le hizo saber a J., a través de una descripción clara, detallada y precisa, el suceso y las pruebas que acreditaban la sospecha por la cual se lo intimó, dando cabal cumplimiento a lo establecido en el artículo 298 del Código Procesal Penal de la Nación.

Idéntica plataforma fáctica se ha mantenido en el auto de mérito de fs. 98/101. No se han incorporado datos novedosos, ni se realizaron modificaciones que provocaran sorpresa respecto de los términos de la imputación, lo que descarta una efectiva afectación al principio de congruencia (ver Maier, Julio: “Derecho Procesal Penal”, Editores del Puerto, Bs. As., 2004, Tomo I, página 568).

Así, el planteo efectuado por la parte se reduce a una mera disconformidad con la calificación escogida.

Sobre este punto centró su embate en que se le atribuyó a J. una sustracción y luego se agravó su situación procesal por un tipo especial de defraudación, sin que se lo haya indagado respecto de los que, a su entender, son elementos típicos de ese delito –ardid, error y perjuicio patrimonial de la víctima-.

No obstante, la acción típica de la figura prevista en el artículo 173, inciso 5° del Código Penal consiste en sustraer la cosa mueble a su legítimo tenedor.

Contrariamente a lo alegado, *“no contiene, propiamente, un caso de hurto ni un caso de estafa. No es un hurto porque la cosa objeto de la acción delictiva es propiedad de quien la realiza (no existe cosa ajena); ni conjura un tipo de estafa porque faltan el engaño, el error y el acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo (...) en realidad, como dice Núñez, se podría tratar de una especie de defraudación, ya que su esencia radica en que el propietario de la cosa, al sustraerla del poder de su legítimo tenedor, frustra la efectividad de la seguridad o garantía que éste espera en virtud de la tenencia de la cosa”* (Buompadre, Jorge Eduardo: “Estafas y otras defraudaciones”, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, pág. 123 –el subrayado nos pertenece-).

En definitiva, el juez intimó haber sustraído su vehículo de la playa de estacionamiento perteneciente al Servicio de Control de Estacionamiento (SEC), que legítimamente lo tenía en su poder, frente a la comisión de una infracción de tránsito, respetando la estructura típica prevista exigida por la norma.

Entonces no ha existido variación sorpresiva de los hechos que justifique declarar su invalidez, sin perjuicio de que podrá ser modificada, sin que ello atente contra garantías constitucionales, en tanto mantenga sin variación los hechos y se observen las garantías procesales previstas en la ley (Corte IDH, “Fermín Ramírez vs. Guatemala”, de fecha 20 de junio de 2005).

Por otra parte, tampoco se advierte una afectación a la garantía de no autoincriminación forzada. La misma opera como límite constitucional que restringe las facultades persecutorias del estado y, en este caso, no se ha visto involucrado, ya que la información fue brindada por el imputado en una presentación efectuada de forma libre, voluntaria y con asesoramiento letrado (fs. 90/92).

Así se está pretendiendo extender la garantía a un terreno en el cual no fue vulnerada, ya que no fue impedido de ejercer su derecho a guardar silencio en cuanto al suceso que en la presente se le atribuye.

De esa forma, el caso se aleja del analizado en la causa nro. 51776/2018/1, “L., M. R. s/ nulidad”, rta. el 21 de marzo de 2019, pues no se advierte interés jurídico por reparar (“*pas de nullité sans grief*”), tratándose lo planteado de una nulidad por la nulidad misma, por lo que corresponde rechazar los agravios en relación a este punto.

V. De la cuestión de fondo:

J. P. F., C. J. M. y V. A. M., empleados de “..... S. A.”, sostuvieron que el imputado se retiró del lugar con el rodado de manera furtiva, rompiendo la barrera de seguridad y sin presentar la documentación exigida para tal fin (fs. 1/vta., 8, 11 y 16vta.), a lo cual cabe agregar las filmaciones del lugar (ver fs. 97) y que fue detenido casi cuatro semanas después abordo del mismo, con la cerradura de la puerta del conductor dañada (fs. 20/21 e inventario de fs. 29), lo que descarta la falta de dolo en la que pretende escudarse la defensa.

Recordamos que “*este delito exige dolo, que requiere conciencia de la legitimidad de la tenencia...y voluntad de privar de la cosa a su tenedor..., con la aclaración que la legitimidad debe subsistir al momento de la acción (...) La intensidad del elemento volitivo, la voluntad de despojar de la cosa, hace que se trate de dolo directo...*” (Navarro, Guillermo Rafael: “Casos especiales de estafas y otras defraudaciones”, ed. Hammurabi, año 2007, Buenos Aires, p. 90).

Como dijimos, la acción típica prevista en el artículo 173, inciso 5° del Código Penal consiste en sustraer una cosa mueble propia que se encuentra legítimamente en poder de un tercero.

No hay dudas de la legitimidad de la tenencia que detentaba la prestataria del servicio mencionado al momento del desapoderamiento.

Sobre este punto, tal como sostuvo el juez *a quo*, basta destacar que el Decreto Municipal n° 4922/90 le otorgó una concesión en virtud de la cual debe remover de la vía pública todo automotor que se encuentre en infracción, afectando de esa manera el tránsito conforme la normativa que lo regula y la resolución nro. 003-MDE-JGM/12, del 26 de junio de 2012, prevé que se deberá abonar a la concesionaria un monto por el costo generado por el acarreo del mismo.

A su vez el artículo 2587 del Código Civil y Comercial de la Nación establece: “*todo acreedor de una obligación cierta y exigible puede conservar en su poder la cosa que debe restituir al deudor, hasta el pago de lo que éste le adeude en razón de la cosa. Tiene esa facultad sólo quien obtiene la detentación de la cosa por medios que no sean ilícitos*”.

J. al retirar un automóvil del ámbito donde la empresa “..... S. A.” lo mantiene en depósito, sin autorización y sin pagar previamente el acarreo, frustró su derecho como legítimo tenedor de la cosa mueble para lograr obtener el cobro del servicio, causándole un perjuicio patrimonial, que descarta la atipicidad alegada (ver, con

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 81043/2018/CA1

J., F. R.

Procesamiento

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 36

una conformación parcialmente distinta, la causa n° 38694 “C., J. L. s/ sobreseimiento”, rta. 15/2/10).

En tal sentido, tratándose de un delito de resultado material “...se requiere un perjuicio efectivo, pero en este, la especial configuración está determinada taxativamente por la descripción típica: **es la frustración**, en todo o en parte, del derecho que sobre la cosa ejerce el legítimo tenedor. Esa frustración aparece cuando ya éste no puede ejercer el derecho sobre la cosa o no la puede ejercer con la plenitud que lo ejercía antes de la acción del agente y en cuya medida le fuera concedido” (ver Creus, Carlos: “Derecho Penal, Parte Especial”, editorial Astrea, Tomo I, pág. 499, citado en la causa antes mencionada –el destacado es propio-).

Cabe destacar que si bien podrían hacerse observaciones y variadas críticas en cuanto a que la retención que practica la empresa para satisfacer el cobro del acarreo es previa a que una autoridad administrativa o judicial verifique la procedencia de la infracción, lo cierto es que la relación que la une con el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires le permite hacer uso de tal modalidad en el marco de la normativa reseñada con el alcance necesario para que la conducta en examen encuentre adecuación típica en la figura prevista en el inciso 5° del artículo 173 del Código Penal.

Por otra parte, no se advierte que el juez haya sido arbitrario por omitir citar a S. G. D., ya que se presentó a fs. 66/68 y acreditó los extremos que ahora la parte pretende probar con su testimonio.

Lo expuesto es suficiente para sustentar la hipótesis incriminante y avanzar hacia la próxima etapa del proceso.

VI. En consecuencia, el Tribunal **RESUELVE**:

CONFIRMAR el auto de fs. 98/101 en cuanto fuera materia de recurso.

Regístrese, notifíquese y devuélvanse las presentes actuaciones al juzgado de origen, sirviendo lo proveído de atenta nota de envío.

Julio Marcelo Lucini

Mariano González Palazzo

Magdalena Laíño

Ante mí:

Miguel Ángel Asturias
Prosecretario de Cámara

En se libraron cédulas electrónicas. Conste.-