

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 22982/08 STJ

SENTENCIA Nº: 175

PROCESADO: YARZA ALEJANDRO (SOBRESEÍDO)

DELITO: ESTAFA POR RETENCIÓN INDEBIDA

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN (QUERELLANTE)

VOCES:

FECHA: 03-12-08

FIRMANTES: SODERO NIEVAS – BALLADINI – AZPEITÍA (SUBROGANTE)

///MA, de diciembre de 2008.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Víctor Hugo Sodero Nievas, Alberto Ítalo Balladini y Gustavo Alberto Azpeitía -por subrogancia-, con la presidencia del segundo y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “PESQUERA SANTA CRUZ S.A. s/Dcia. Pta. Estafa s/Apelación s/Casación” (Expte.Nº 22982/08 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 439 del Código Procesal Penal (texto consolidado), con el planteo de la siguiente: - - - -

CUESTIÓN

----- ¿Es procedente el recurso deducido? - - - - -

VOTACIÓN

El señor Juez doctor Víctor Hugo Sodero Nievas dijo: - - - -

-----1.- Antecedentes de la causa: - - - - -

-----1.1.- Mediante sentencia interlocutoria Nº 41, del 18 de marzo de 2008, la Sala B de la Cámara en lo Criminal de la Iª Circunscripción Judicial resolvió –en lo pertinente- rechazar el recurso de apelación deducido por el doctor Miguel Ángel Cardella en representación de la querellante Pesquera Santa Cruz SA, con costas. - - - - -

-----1.2.- Contra lo decidido, el doctor Miguel Ángel Cardella interpuso recurso de casación (fs. 502/509 vta.) que fue declarado admisible por el a quo (fs. 517/520) y por este Superior Tribunal mediante el Auto Interlocutorio Nº 32/08 (fs. 532/533), por lo

que se dispuso que el expediente quedara por diez días en la Oficina para su examen por parte ///2.- de los interesados. A fs. 538/549 el imputado Alejandro Yarza, con el patrocinio letrado de la doctora Lidia Patricia Espeche, presenta ampliación de los argumentos por los cuales debe confirmarse el interlocutorio N° 41/08, y a fs. 550/559 se agrega el dictamen de la señora Procuradora General, quien opina que se debe rechazar el recurso.- - - - -

-----1.3.- Realizada la audiencia prevista por los arts. 435 y 438 del código adjetivo (Ley P 2107) con la presencia del imputado y su abogada defensora (fs. 564 y vta.), los autos han quedado en condiciones para su tratamiento definitivo.-

-----2.- Recurso de casación:- - - - -

----- El querellante particular afirma que se ha incurrido en errónea aplicación de los arts. 367, 369 y 370 del Código Procesal Penal por defectos de motivación, grave desvío lógico, violación de los principios de congruencia y no- contradicción, omisión de tratamiento de argumentación esencial de hecho y de derecho e interpretación absurda del derecho aplicable, por lo que entiende que la fundamentación de la sentencia es sólo aparente y afecta directamente las garantías constitucionales del proceso.- - - - -

----- Refiere en tal sentido que se incurrió en un análisis sobre la premisa equivocada de que la cosa entregada no era la misma que la retenida, lo que resulta erróneo, arbitrario e injusto. Menciona además que el a quo se apartó de prueba concluyente sobre la vinculación de Yarza con Río Negro Pesquera S.R.L., la apropiación de la mercadería entregada y su desvío hacia terceras sociedades.- - - - -

----- A lo anterior agrega que con la prueba que resta ///3.- producir (aún no agotada) surgiría la acción prevista por el art. 173 inc. 2° del Código Penal, y por último recalca que antes de desvincular totalmente al imputado se debió ordenar la profundización de la pesquisa para lograr un estado de certeza absoluto.- - - - -

-----3.- Contestación. Argumentos del imputado y su defensora:- - - - -
- - - - -

----- La parte sostiene que la resolución es atacada por arbitrariedad sin rebatir adecuada y contundentemente sus fundamentos ni acreditar qué perjuicio o privación de derechos le produce el sobreseimiento de Alejandro Yarza, ni dar razones de la supuesta desviación que podría haberle restringido garantías constitucionales como querellante particular, pues sólo funda su escrito en discutir en el plano de la opinabilidad subjetiva las razones de los tribunales inferiores. Por ello, afirma, el recurrente no cumple con la carga de una prolija enunciación de los motivos en que basa la impugnación, indica

prueba en forma confusa y parcializada y no se ajusta a la realidad.- - - -

----- Alega también que está probado que Alejandro Yarza nunca fue el titular de Río Negro Pesquera S.R.L. y que resulta de imposible cumplimiento pretender la devolución de la misma cosa en calidad, cantidad y peso, por cuanto se estaría incumpliendo el contrato de fasón que alude a su reprocesamiento. En este punto, hace hincapié en que los testimonios desconocen el “proceso” del rejo de calamar (tentáculo sucio) y las normas de esta última “transformación”.-----

----- En relación con el delito previsto en el art. 173 inc. ///4.- 2º del Código Penal, que la querrela le reprocha a Yarza, señala que se probó que éste no era titular ni propietario de la empresa, a la vez que no se probó que haya ejercido actividad dolosa alguna por sí ni en representación de aquélla, ni se demostró maniobra o maquinación que implique ardid que conduzca a alguna forma defraudatoria prevista penalmente.-----

----- Por último, considera que el a quo dirigió con correcto y razonable criterio el procedimiento destinado a establecer la verdad jurídica objetiva, valorando integralmente la prueba, y dispuso el sobreseimiento, confirmado por la Cámara en grado de apelación, razón por la cual pide que se confirme la sentencia erróneamente atacada.

-----4.- Dictamen de la Procuradora General:-----

----- La señora Procuradora General hace una reseña de los antecedentes del proceso, tras lo cual no advierte los graves vicios denunciados que ameritarían la tacha de arbitrariedad alegada.-----

----- Así, considera que los argumentos del a quo descartan de manera razonada la hipótesis reprochada por el querellante -retención indebida- y entiende que no existe ninguna prueba de la pretendida maniobra defraudatoria de Yarza en contra de Pesquera Santa Cruz S.A.-----

----- Luego cita jurisprudencia de este Cuerpo respecto del delito previsto en el art. 173 inc. 2º del Código Penal, y destaca que los presuntos hechos datarían del año 2003, que la denuncia se presentó el 17-05-04 y que se cuenta ab initio con querellante constituido, por lo que no surgen elementos contundentes que justifiquen cambiar el rumbo de ///5.- lo decidido, de modo que se impone el derecho del imputado a obtener un pronunciamiento judicial en un plazo razonable.-----

----- En conclusión, entiende cumplidos los arts. 98, 374 y 380 inc. 3º del Código Procesal Penal y 200 de la Constitución Provincial, por lo que debe rechazarse el

recurso de casación impetrado con expresa imposición de costas.- - - - -

- - - - -

-----5.- Racconto de las actuaciones:- - - - -

----- Para una mejor comprensión de lo que corresponde decidir he de realizar una breve reseña de los principales actos procesales:- - - - -

----- A fs. 16 se promovió acción penal contra Alejandro Yarza sobre la base de la denuncia realizada por el apoderado de la empresa Pesquera Santa Cruz S.A., doctor Miguel Ángel Cardella, en fecha 17 de mayo de 2004.- - - - -

----- En la declaración indagatoria se plasmó el hecho atribuido al imputado en los siguientes términos: “Que en fecha 30 de junio del año 2003 se celebró entre la empresa Pesquera Santa Cruz S.A. dedicada a la captura e industrialización de la fauna marina (principalmente langostino y calamar) con la firma denominada ‘Río Negro Pesquera S.R.L.’, que se dedica al procesamiento del pescado con instalaciones ubicadas en San Antonio Oeste (Pcia. de Río Negro) un ‘contrato de fasón’. Entendiéndose que ‘fasón’ es la capacidad que detenta la sociedad de Río Negro Pesquera S.R.L para procesar o limpiar la mercancía (calamar) que le entregaba la empresa Pesquera Santa Cruz SA. Que conforme el contrato mencionado, la empresa Pesquera ///6.- Santa Cruz SA. se obligó a descargar mercadería y entregársela a Río Negro SRL en el Puerto de San Antonio Este, puesta sobre el muelle, mientras que los responsables de la sociedad receptora debían ‘procesar’ la misma. En cumplimiento de lo convenido, se entregó a Río Negro Pesquera S.R.L la mercancía descargada como ‘tentáculo sucio’ (ver remito nro. 3277 acompañado en el anexo 13). En el contexto de lo convenido, Río Negro Pesquera S.R.L efectuó el procesamiento de la mercancía entregada, ascendiendo el total de la mercancía procesada a 124,16 toneladas netas de producto final (tentáculos de calamar limpio). Ante el bajo rendimiento denotado en el procesamiento del calamar entregado por Pesquera Santa Cruz SA., se efectuaron los reclamos, contestando el responsable de Río Negro Pesquera SRL, Sr. Alejandro Ariel Yarza, en fecha 5/12/03 rechazando el pedido por considerarlo improcedente y malicioso. Figura como acuerdo entre ambas empresas que parte de la mercadería sea depositada en las cámaras frigoríficas de la sociedad ‘Harengus SA’ ubicadas en el Parque Industrial Pesquero 9120 de Puerto Madryn, Chubut, quienes posteriormente confirmaron que la empresa Río Negro Pesquera SRL había entregado mercadería y obraban remitos a nombre únicamente de la mencionada empresa y no de Pesquera Santa Cruz SA.” (fs. 200).- - - - -

- - - - -

----- Con posterioridad, y atento a las constancias de autos, el Juez Instructor corrió vista al Ministerio Fiscal para los fines del actual art. 304 del rito. Al contestar la vista, a fs. 395 el Agente Fiscal estima procedente su resolución en función de lo dispuesto en el actual art. 306 ///7.- del código, atento a que los elementos de prueba colectados en la instrucción resultaban insuficientes aun en esa etapa del proceso para dar por comprobada con el grado de probabilidad que ella requiere la acaecencia del hecho denunciado.- - - - -

----- A fs. 409 el querellante manifestó su desacuerdo con los fundamentos del representante del Ministerio Fiscal.- -

----- A fs. 427/428 el Juez de Instrucción dictó el sobreseimiento total a favor del imputado, por aplicación del actual art. 306 inc. 2º del Código Procesal Penal.- - -

----- Apelada la resolución por la parte querellante, a fs. 464 presentó informe la Fiscal de Cámara en sentido contrario al recurso intentado y en

coincidencia con el a quo en cuanto consideraba que los hechos investigados y por los cuales oportunamente se requirió instrucción de proceso no encuadraban en figura penal alguna, a lo que agregó que el presunto incumplimiento de contrato de fasón celebrado entre Río Negro Pesquera S.R.L. y Pesquera Santa Cruz S.A. se trataba, en todo caso, de una cuestión que debía dilucidarse en el fuero civil. Concluyó así que no podía considerarse que los hechos denunciados encuadraran en el art. 173 inc. 2º del Código Penal a título de retención indebida.- - - - -

----- A fs. 479/488 obra el fallo impugnado, en el cual se señaló: “Que por una cuestión metodológica, es necesario determinar si el incumplimiento del contrato de fasón, encuadra dentro de los tipos previstos por el Código Penal que protegen la propiedad, particularmente si se adecua al previsto en el art. 173 inc. 2º como pretende la parte ///8.- querellante.- El a quo describe el hecho en los siguientes términos [...] Expresó el a quo que los hechos adolecen del dolo necesario que permitan encuadrar el evento en figura penal alguna.- Agregó en su resolución que en el rubro pesca de calamar existen tratos verbales e informales, reconocidos por varios de los sectores involucrados en la actividad y que resulta imposible establecer la existencia de estafa alguna. La temática –dice- corresponde dilucidarse en el fuero civil y que en el contrato celebrado entre ambas empresas se estableció que cualquier disputa, controversia o reclamo surgido de lo relacionado con el contrato debía ser resuelto por los tribunales ordinarios comerciales de la ciudad de Viedma, renunciando las partes a cualquier otro fuero o jurisdicción que pudiera corresponder.- Consideró el juez a quo que la investigación

estaba agotada y que no eran necesarias otras medidas probatorias, dictando el sobreseimiento del encartado por aplicación del art. 307 inc. 2° del CPP.- [...] Así las cosas, el bajo rendimiento pretendido por la querellante, reclamado en forma documentada a la firma Pesquera Río Negro SRL, en el caso de tenerse por acreditado, no es suficiente para instalar el conflicto dentro del ámbito penal y en ello es correcta la resolución dictada por el juez a quo, al sostener que el incumplimiento del contrato corresponde dilucidarse en el fuero civil, porque sobre la base de los elementos probatorios obrantes en autos, no es posible establecer la existencia de una estafa o defraudación bajo la modalidad de retención indebida.- No se avizora tampoco, que nuevas pruebas –como pretende la parte querellante- puedan///9.- modificar el cuadro de situación indicado. Lo cual tiene fundamento en el hecho ya señalado por la señora Fiscal de Cámara en su informe [...] en el cual descarta de plano la aplicación del art. 173 inc.2° del CP, en tanto la retención indebida implica la obligación de devolver la misma cosa, lo cual no sucede en la especie.- Véase la Disposición n° 93/2003 de la Dirección de Pesca de la Provincia de Río Negro [...]a cual, con la finalidad de evitar la posible existencia de diferentes interpretaciones por parte de los permisionarios fijó los criterios claros y precisos en relación a lo que se entiende por procesamiento. Así en el art. 3 de tal disposición se estableció que ‘[...] no se entenderá por procesado el simple acondicionamiento y/o embalaje del producto desembarcado, sino todo proceso que implique la transformación del calamar entero y/o sus productos o subproductos [...]’.- [...] Dentro de esa estructura, atendiendo a sus particularidades, resulta indudable que el contrato de fason establecido entre Pesquera Santa Cruz SA y Pesquera Río Negro SRL, no implica la devolución del fruto del mar obtenido a través del arte de la pesca, sino la entrega de un producto diferente, luego de un proceso de industrialización que la firma en la que se desempeñaba el imputado realizaba en aquél entonces. [...] El valor agregado del producto como consecuencia del proceso de industrialización, lo convierte en un objeto distinto, por lo que no puede configurarse el ilícito, pues la convención no tenía por objeto la restitución de la misma cosa u otra de la misma especie.- Tampoco se ha demostrado una maniobra o maquinación que implique alguna forma de ardid que lleve ///10.- la situación a otra forma de defraudación o estafa”.- - - - -

-----6.- Análisis y solución del caso:- - - - -

----- a) Garantía de la doble instancia:- - - - -

----- En primer lugar, destaco que la garantía de la doble instancia, en tanto revisión de

lo resuelto por un tribunal superior, en esta etapa del proceso se encuentra garantizada por la Cámara Criminal que entendió en grado de apelación en la sentencia definitiva que resolvió el fondo de la cuestión –sobreseimiento-, sobre cuestiones de hecho y derecho, respecto de las decisiones del Juez de Instrucción (conf. Se. 71/08).- - - - -

----- Así, “la doble instancia para la discusión del hecho investigado -tanto en los extremos materiales como en su subsunción jurídica- resultó garantizada con la confirmación del [sobresei]miento, al intervenir la Cámara Criminal en grado de apelación [... L]os argumentos de la instauración constitucional del sistema del ‘doble conforme’ son insuficientes para acceder a la instancia extraordinaria en supuestos como el sub examine. En este sentido, adviértase que la Cámara del Crimen entendió en grado de apelación contra [... el sobresei]miento, de modo que su participación garantizó la doble instancia ‘ante tribunales superiores’ (art. 8 inc. 2, apartado h CADH) respecto de lo decidido por el Juez de Instrucción, con un recurso que permitió discutir cuestiones de hecho y de derecho, en tanto ‘la apelación aparece como el más importante y frecuente de todos los recursos desde el punto de vista del interés de los litigantes [... y e]s la vía impugnativa tradicional, de la ///11.- más antigua trayectoria histórica’ (conf. Jorge A. Clarió Olmedo, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tº V, Ed. Ediar, pág. 487)” (conf. Se. 168/07).- - - - -

----- De tal forma, para casos como el sub lite, en el cual se cumplió la teoría que en la doctrina alemana se conoce como del agotamiento de la capacidad de revisión o de la capacidad de rendimiento por un tribunal superior (Cámara en lo Criminal), corresponde determinar que –en principio- la “casación es un recurso limitado. Permite únicamente el control in iure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y sólo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al Derecho material o formal. Así, la casación es, en contraposición a la apelación, que ha sido designada como una ‘segunda primera instancia’, un auténtico procedimiento en segunda instancia” (Claus Roxin, Derecho Procesal Penal, ed. del Puerto, 2000, pág. 466). Además, tiene: a) la función nomofiláctica, que importa la protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico, y b) la función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 43 Ley K 2430).- - - - -

----- En este orden de ideas, corresponde a esta instancia revisar los agravios in iure y

determinar que la resolución se ajuste al derecho vigente y no sea arbitraria ni absurda.-

----b) Existencia del hecho denunciado:-----

----b.1) Afirma el recurrente que la Cámara entendió completa la certeza de la inexistencia de delito con el ///12.- argumento de que el imputado no actuó con el dolo requerido por el tipo penal del art. 173 inc. 2º del Código Penal. Agrega que ni el Juez de Instrucción ni el Agente Fiscal cuestionaron la “configuración de aquel injusto en el accionar del imputado”, por lo que resulta erróneo, arbitrario e injusto el análisis del a quo sobre la premisa equivocada de que la cosa entregada no era la misma que la retenida. Sobre lo dicho, dice que sólo queda por señalar la equívoca interpretación que se realizó respecto de la configuración del delito de retención indebida sobre la falsa premisa de que la mercadería entregada desapareció con el fasón (fs. 507).-----

----- Es evidente que esta opinión se aparta de las constancias de la causa. El Agente Fiscal dijo que no estaba comprobada la acaecencia del hecho denunciado (fs. 395). El Juez de Instrucción determinó que “no se ha podido establecer la existencia histórica del evento traído a decisión” (fs. 428). La Fiscal de Cámara agregó que los hechos investigados no encuadraban en figura penal alguna (fs. 464). Por su parte, la Cámara en lo Criminal sentó que el bajo rendimiento pretendido por la querellante, en el caso de tenerse por acreditado, no es suficiente para instalar el conflicto dentro del ámbito penal (fs. 485).--

----- En consecuencia, el presupuesto fáctico natural del recurso es falso, en virtud de que la actividad impugnativa que se viene desplegando ha sido ineficaz para demostrar la existencia del hecho denunciado (existencia de productos –bienes- que Río Negro Pesquera S.R.L. debía restituir a Pesquera Santa Cruz S.A. en virtud del contrato de fasón), ///13.- con lo cual, por supuesto, de ninguna forma puede pretenderse acreditar el tipo penal objetivo del delito de retención indebida (art. 173 inc. 2º C.P.).-----

----- La ausencia de al menos uno de los elementos típicos que configuran la retención indebida resulta de por sí suficiente para descalificar las impugnaciones y rechazar el recurso de casación.-----

----- “En efecto, sabido es que el juzgador debe tomar el tipo penal y analizar cada uno de sus elementos, de modo tal que la falta de alguno de ellos llevará necesariamente a la imposibilidad de verse configurado el delito correspondiente.-----

----- “Al respecto corresponde destacar lo sostenido por Enrique Bacigalupo en su obra ‘Técnica de resolución de casos penales’ (Ed. Hammurabi, 1990, págs. 41 y ss). En la misma se refiere a la ‘subsunción’, definiéndola como ‘una operación mental consistente en vincular un hecho con un pensamiento y comprobar si los elementos del pensamiento se reproducen en el hecho. Particularmente subsumir un hecho bajo las categorías del delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, etc.) consiste en comprobar que dicho elemento posee todas las características esenciales de ese delito’.-

----- “Tenemos entonces que, si analizamos el caso que nos ocupa a la luz de estos conceptos, lo primero que hemos de advertir es que, para que se configure la conducta tipificada por el art. 173 inc. 2º del Código Penal, nos está faltando [... la acreditación del hecho natural existencia de bienes objeto de devolución y] al menos uno de los elementos primordiales tendientes a lograr la mentada ///14.- subsunción en tal normativa, cual es la [... obligación] de lo que a la postre se deberá restituir” (conf. Se. 138/00 STJRNSP).-----

----- “El objeto del delito de retención indebida puede ser cosas fungibles (que pueden sustituirse por otras de la misma especie, de igual calidad y cantidad) o no fungibles (insustituibles), pero siempre muebles; debe mediar la concurrencia de una efectiva entrega del bien por parte de su legítimo tenedor, pues de otra forma no tendría sentido el verbo ‘restituir’ empleado para describir la acción típica, pudiendo haber sido entregado en depósito -civil o comercial, voluntario o necesario, regular o irregular-, comisión u otro título. La enumeración del código al respecto es meramente enunciativa, por lo que alcanza a todo acto que como ‘causa fuente’ de un negocio lícito produzca la obligación de restituir la cosa entregada; de la cual, reiteramos, se transfiere voluntariamente la tenencia pero no la propiedad. (Voto Dr. Riggi)” (conf. CNCPenal, Sala 3, in re “CASH”, Se. 120/99 del 31-03-99; ver Se. 138/00 STJRNSP).-----

-----b.2) La mencionada ausencia de “acreditación del hecho natural existencia de bienes objeto de devolución” descalifica la afirmación dogmática expuesta en la denuncia (mencionada reiteradamente en las sucesivas instancias procesales y de igual forma por el querellante particular) sobre “el bajo rendimiento”, hecho esencial en el cual se basa el reproche de retención indebida.-----

----- Al respecto, es importante destacar que el informe contable presentado con la denuncia (anexo 13) controvierte ///15.- las afirmaciones de esta última. En efecto, allí indica el contador José Héctor Dorza que Río Negro Pesquera S.R.L. recibió para la

operación de fasón 252.969,8 kgrs. neto y obtuvo un rinde de la producción del 52,37%. Luego se realizó un cálculo del rinde promedio sobre partidas de otro buque y en las instalaciones de Pesquera Santa Cruz S.A. para el mismo tipo de mercadería, lo que arrojó el guarismo del 66,15%. De ello, el informe contable concluye que la diferencia de rinde en valores absolutos es del 13,77%. - - -

----- En otras palabras, no se advierte ni se demuestra que esa diferencia sea irrazonable para el caso concreto y en función de la diversidad de factores (humanos, máquinas, productos, procesamientos, etc.) que están en juego, por lo que -como bien dijo el a quo- “el bajo rendimiento pretendido por la querellante... en el caso de tenerse por acreditado, no es suficiente para instalar el conflicto dentro del ámbito penal”. - - - - -

- - - - -

----- Por último, resalto que lo expuesto es sin perjuicio de las concretas y específicas impugnaciones que desarrolló el imputado y su defensa a fs. 231/237, que no merecieron contestación atendible de la parte querellante. - - - - -

-----b.3) El representante de Pesquera Santa Cruz S.A. afirmó en la denuncia que el resultado final y cierto del procesamiento concretado por Río Negro Pesquera S.R.L. surgirá, inevitablemente, del relevamiento que se efectuará de la mercadería entregada por aquella empresa a la sociedad Harengus S.A. durante los períodos cuestionados, y que aquella diferencia dará una clara muestra de la mercadería que Río Negro Pesquera S.R.L. se hubo apropiado///16.- ilegítimamente, al menos, respecto de aquélla que no devolvió a Pesquera Santa Cruz S.A. Y remitió a la sociedad Harengus SA, pues se desconoce, y eso deberá surgir de los estados contables de la firma imputada, la real producción lograda en el procesamiento a la fasón respecto de la totalidad de la mercadería entregada con obligación de devolver (fs. 11). - - - - -

----- En autos se secuestró abundante documentación a Río Negro Pesquera S.R.L y otra se le requirió a Harengus S.A., además de que se recibieron declaraciones testimoniales de empleados de esta última (entre otros). Con ese plexo probatorio se realizó el peritaje contable de fs. 178/187, que luego fue declarado nulo (fs. 383/390). Se continuó agregando al expediente documentación de Río Negro Pesquera S.R.L., de bancos -referidos a las empresas en cuestión- y de la empresa Poseidón (previo allanamiento), además de otras testimoniales. - - - - -

----- En ese estado del proceso el Juez de Instrucción corrió vista al Ministerio Fiscal “atento a las constancias de autos, a los fines dispuestos por el art. 305 del CPP” (actual art. 304 texto consolidado) respecto de Alejandro Yarza (fs. 394). - - - - -

----- El acusador público dictaminó que “luego de analizar la presente causa” estimaba procedente sobreseer al imputado, y precisó: “atento que los elementos de prueba colectados en la instrucción resultan insuficientes aún en esta etapa del proceso, para dar por comprobada con el grado de probabilidad que ella requiere, la acaecencia del hecho denunciado.- De tal modo, no siendo presumible que aparezcan ///17.- nuevos elementos de prueba que hagan variar la situación descripta \supra\, habiéndose agotado la investigación y no advirtiéndose la utilidad ni pertinencia de producir otras medidas en tal sentido, considero que corresponde sobreseer” (fs. 395).- -----

--

----- Corrida la vista al querellante particular para los mismos fines (fs. 396), éste contestó que no estaba de acuerdo con los fundamentos del Agente Fiscal expresados a fs. 395, pues estaba en trámite un peritaje contable y existía una serie de medidas solicitadas en la denuncia y también en trámite (fs. 409).- -----

----- Al dictar el sobreseimiento de Alejandro Yarza, el Juez de Instrucción sostuvo que “no es de presumir que aparezcan nuevas fuentes de valoración aparte de las ya producidas, habida cuenta que la investigación llevada a cabo aparece como agotada y no se advierte que resulte pertinente y útil, ensayar alguna otra medida de comprobación de la que pudiera surgir otro elemento de convicción de valor probatorio enfrentando a la apuntada” (fs. 428, in fine).- -----

----- Al fundar el recurso de apelación, el querellante particular dijo que quedaba “por realizar y resolver la pericia con especialidad en los términos propiciados con la querella” (fs. 466), para lo cual solicitó el secuestro de libros sociales y contables de las referidas sociedades (fs. 471).- -----

----- Por su parte, en la resolución ahora impugnada, la Cámara en lo Criminal argumentó: “no se avizora tampoco, que nuevas pruebas –como pretende la parte querellante- puedan ///18.- modificar el cuadro de situación indicado” (fs. 486).- -----

----- En el recurso de casación, se manifiesta que previo a disponerse cualquier temperamento de fondo resulta necesario que “se realice una nueva pericia contable con la documentación aportada por esta parte y aquella secuestrada en autos, que demostrará, sin duda alguna, la magnitud patrimonial del fraude denunciado” (sic, fs. 505).- -----

----- Lo expuesto es por demás evidente en cuanto a que el recurrente omitió todo

análisis sobre la abundante documentación obrante en la causa y en función de la cual pretende la realización del peritaje contable. Adviértase que el Agente Fiscal, el Juez de Instrucción y la Cámara en lo Criminal entendieron que era inútil la prueba requerida, ante lo cual el recurrente sólo se limitó a reeditar su pedido, primero con previo secuestro de libros para luego decir –en esta instancia extraordinaria- que la agregada a la causa demuestra sin duda el fraude denunciado.- - - - -

----- En ninguna oportunidad procesal esbozó siquiera una mínima argumentación tendiente a desacreditar las resoluciones jurisdiccionales, con lo que habría demostrado diligencia e interés y para lo cual habría bastado –por ejemplo- una referencia a los instrumentos considerados pertinentes, con sumatoria de cantidad de kilogramos de calamar que entre las empresas se habrían enviado (hasta pudo tener como orientación los detalles de documentación del informe declarado nulo, con adición de los nuevos elementos secuestrados e incorporados a la causa).- - - - -

----- Lo cierto es que ningún agravio serio, concreto y ///19.- razonado expuso el recurrente para considerar –en esta instancia- que la prueba requerida al inicio del proceso como esencial (la denuncia es del 17-05-04) y desechada en las instancias anteriores pudiera resultar útil a la investigación. Esa carencia de argumentación o silencio impugnatio importa la falta de interés, motor y presupuesto de toda pretensión.- - - - -

La vista del art. 304 del código ritual es la advertencia, por parte del señor Juez de Instrucción, de que en ese estadio procesal el caso se encuentra posiblemente comprendido en alguno de los supuestos del art. 306, por lo que solicita la opinión de la acusación pública y privada para que consideren la corrección de tal mérito -si ésta no fuera la razón, la disposición legal carecería de objeto.-

----- Si a ello sumamos el dictamen del Ministerio Público Fiscal (que sostiene que se encuentra agotada la instrucción y que no advierte utilidad ni pertinencia de producir otras medidas) y las resoluciones de los Tribunales inferiores, la omisión de expedirse motivadamente de la parte querellante tiene el significado de ausencia de eficacia recursiva del agravio.- - - - -

----- Es doctrina de este Superior Tribunal que la actividad impugnatio prevista en los arts. 418, 429 y ccdtes. del código adjetivo obligan a que el recurrente exprese agravios, en virtud de que la sola interposición en tiempo del recurso contra una sentencia definitiva o equiparable a tal no implica por sí una habilitación automática de la

instancia extraordinaria (conf. Se. 117/08 STJRNSP, entre otras).- - - - -
- - - - - ///20.-- Esta instancia se encuentra “\’signada por el principio
dispositivo, donde el ejercicio de la jurisdicción está limitado por el alcance de los
medios impugnativos y por la motivación del agravio que afecta a la parte que resiste el
pronunciamiento al que se atribuye injusticia o ilegalidad... No cabe dudar, entonces,
que la competencia funcional del tribunal de alzada es restricta. La congruencia exige
correspondencia entre la decisión y lo que es materia de la impugnación. El objeto se
depura por los términos en que la impugnación se ha interpuesto y sustentado\’
(Norberto J. Iturralde, \’Disposiciones sobre los recursos en el Código Procesal Penal de
la Nación\’, LL 1995 C, Sec. Doctrina, pág. 1256). Este principio debe ser completado
con el reconocimiento de las atribuciones de este Cuerpo –en los casos en que abra su
jurisdicción por un recurso para ingresar en el tratamiento de oficio ante el supuesto de
nulidades absolutas en el proceso. Asimismo, la última parte del [... art. 418 Ley P
2107] establece la prohibición de la reformatio in pejus, que impide que la resolución en
crisis se modifique en perjuicio del imputado cuando sólo ha sido recurrida por él o a su
favor (ver Miguel A. Almeyra, \’Reformatio in pejus y juicio de reenvío\’, DJ 1986 II, 1
y ss.)” (Se. 221/07 STJRNSP, entre otras).- - - - -

----- En esta línea de pensamiento, este Tribunal carece de jurisdicción para ingresar en
el tema mencionado por el querellante particular –que la prueba pericial contable sea
útil a la investigación-, por lo que se encuentra firme lo decidido al respecto.- - - - -

- - - - - ///21.-- Además, y a todo evento, es ésa una incontrovertible cuestión
de hecho ajena a la instancia de casación en virtud de lo supra expuesto, y adelanto
igual opinión sobre el tema que analizo a continuación.- - - - -

-----c) Contrato de fasón: objeto de entrega y restitución:-

----- Sostiene el recurrente que se encuentra probado con la testimonial e informativa
producida en la causa que el tentáculo de calamar entregado a los responsables de Río
Negro Pesquera S.R.L. sólo fue limpiado y por ello mejorado por esta última –y/o por la
firma Harangus-, pero la especie entregada siempre fue la misma y, por tal razón, la
obligación de devolver la mercadería quedó intacta con el contrato de fasón celebrado
entre ambas partes.- - - - -

----- Es dable destacar que el querellante nunca indicó ni individualizó los testigos ni
informes a los que genéricamente hace referencia, y mucho menos las partes relevantes
de esas pruebas.- - - - -

----- Por otro lado, observo que el imputado –con el patrocinio de su defensora- al

contestar el recurso de casación individualizó y desacreditó la prueba testimonial de cargo sin que la querellante controvirtiera esa postura. Así, por ejemplo, argumentó que Enrique José González es empleado de Pesquera Santa Cruz S.A. y es un testigo inidóneo por cuanto no conoce las variaciones y/o modificaciones de la materia prima durante todas las etapas del proceso, lo que queda demostrado cuando dice “no es mucho el desperdicio que hay después de la limpieza que se hace en tierra del tentáculo de calamar”. Por su parte, alegó que Juan Domingo Lomillo y Gabriel Severino Mosquera ///22.- son testigos inidóneos porque son dependientes de la denunciante y en función de sus actividades nada aportan sobre la cuestión. Agregó además que Albino Migueles Fernández coincide con la interpretación de la defensa al señalar como diferentes actividades e independientes el proceso de fasón, acondicionamiento, limpieza.- - - - -

----- En igual escrito, el encartado sostuvo “que el rejo de calamar (tentáculo sucio) sufrió primero el descongelado con consecuente pérdida de agua, posteriormente el lavado con pérdida de residuo, retiro de resto de víceras, el posterior corte de cartílago con carne (porción de cabeza próxima a los tentáculos), y nuevo lavado, acarreo con traslado (prácticamente 300 kms hasta Puerto Madryn) y posterior congelado, según lo exigido por los mercados, en razones de que el consumidor final no adquiere el rejo sucio y el producto no permitiría un posterior descongelamiento y vuelta a congelar. [...] Resulta muy importante señalar que esta transformación es obligatoria dado que la disposición n° 093/03 de la Dirección de Pesca en su art. Tercero dispone: [...] no se entenderá por procesado el simple acondicionamiento y/o embalaje del producto desembarcado, sino todo proceso que implique la transformación del calamar entero y/o sus productos o subproductos según lo establece la Disposición” (fs. 544/545).- - - - -

----- En este orden de ideas y en virtud de las constancias de la causa, entiendo acreditado que al final del proceso de “fasón” se obtiene un “bien” diferente desde lo cualitativo (transformación por las supresiones de partes del calamar y/o adiciones de “productos”) y lo cuantitativo (disminución ///23.- sustancial del peso), ya que lo argumentado por el imputado y su defensa (reseñado en los párrafos precedentes y no controvertido por las partes acusadoras –por el contrario, ver informe de la Fiscal de Cámara a fs. 464 in fine-) concuerda con las disposiciones administrativas (referidas y ponderadas conforme con la sana crítica racional por el a quo, sobre lo que tampoco se realizó una impugnación eficaz) y con el rinde de la producción (como dije en el

apartado anterior, disminuye a aproximadamente un 66,15% -según la querellante- o un 52,37% -según el imputado- del total obtenido).- - - - -

----- De tal forma, se advierte –cuanto menos- como inaplicable la comparación del proceso de fasón con el “ejemplo burdo” (sic) que refiere el casacionista sobre que si entrega un auto sucio para lavar el que le restituyen es el mismo con el valor agregado de “limpio” (fs. 507), salvo que –en ese orden de comparaciones y más allá de la cuestión registral- se entienda que el “auto limpio” mantiene sus identidades cualitativas y cuantitativas aunque le supriman partes, se le agreguen otras, reduzca aproximadamente un 45% su peso, se lo considere consumible y ya no tenga el mismo fin (recuérdese que el proceso de fasón es la transformación para consumo).- - - - -

----- Estrella y Lemos, en Código Penal (Ed. Hammurabi), sostienen que “la negativa a restituir implica, por parte del agente, la no devolución de la cosa a la que se accedió en su tenencia por un título que lo obligaba a restituir o entregar a un tercero” (pág. 512). Como se advierte, siempre se trata de cosas dadas, o transferidas, o recibidas, lo que //24.- ocurriría por caso si hubiera existido la obligación de devolver el “calamar” sin procesar ni afectar su constitución cualitativa y cuantitativa. Pero en realidad, distinto es lo que se evidencia en el sub examine, ya que a restituir se trataría del que debía elaborar la empresa donde trabajaba el imputado, lo cual evidentemente no puede configurar la hipótesis sostenida por el querellante (conf. Se. 138/00 STJRNSP).- - - - -

-----d) Imputado: conducta, cargo, culpabilidad:- - - - -

----- El recurrente se agravia asimismo en tanto sostiene que se encuentra acreditada la conducta del imputado como responsable de Río Negro Pesquera S.R.L. y que habría actuado con el dolo requerido por la figura del art. 173 inc. 2º del Código Penal.- - - - -

----- Sin embargo, es técnicamente improcedente que, a esta altura del análisis de los elementos del delito -en función de lo antes desarrollado-, ponderemos posibles conductas ilícitas y mucho menos “culpabilidad” del encartado.- - - - -

----- Además, “[e]l nullum crimen sine conducta es un requisito reductor mínimo, de elementísima racionalidad, por lo cual dentro del sistema reductor [...] se erige en carácter genérico o básico que permite asentar los tres caracteres filtrantes específicos, que son la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. No tendría ningún sentido preguntarse si puede ser antijurídico lo que no es una acción humana” (Zaffaroni,

Alagia y Slokar, Manual de Derecho Penal. Parte General, Ed. Ediar, 2005, págs. 288/289).-----

----- Ello, sin desatender que las conductas del imputado en ///25.- cuanto a que habría firmado el contrato de fasón, contestado cartas documentos en representación de Río Negro Pesquera S.R.L. a la parte querellante u otra actividad del giro normal de la sociedad en la que trabajaba no son, en sí mismas, significativas para el derecho penal porque no cualquier acción humana puede ser relevante como base teórica para el concepto reductor del delito, en tanto no “reuniría el mínimo de racionalidad republicana la pretensión de que el poder punitivo se formalice sin que la acción genere un conflicto, caracterizado porque ella se proyecta en el mundo afectando por lesión o por peligro y en forma importante un bien jurídico ajeno” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, ob. cit., pág. 289).-----

----- Por otra parte, destaco lo expresado por Ernesto J. Ure en su obra El Delito de Apropiación Indevida en relación con el tema de la culpabilidad. Señala este prestigioso autor que el delito en cuestión abarca sólo una de las formas de culpabilidad: el dolo. Así, expresa: “El dolo genérico en el delito de apropiación indebida consiste en la intención de apropiarse de la cosa ajena recibida por título no traslativo de propiedad y que apareje obligación de devolverla en el tiempo y condiciones convenidas o hacer de ella un uso determinado. Los elementos del dolo genérico, específicos de este delito, son los siguientes: a) conocimiento del presupuesto material, es decir conciencia del título no traslativo de propiedad y, como consecuencia, de ser la cosa ajena y de la obligación emergente de la relación jurídica creada; b) conciencia y voluntad de cumplir una acción ilícita de apropiación, es decir, de que ///26.- con este acto, cumplido animus rem sibi habendi, se realiza un acto constitutivo de apropiación indebida, con previsión de sus efectos” (op. cit., págs. 157 y ss.).- - -

----- Es claro entonces que, en virtud de la estructura del delito en cuestión en el sub lite, es inatendible toda consideración sobre el dolo típico en tanto no se pudo determinar la existencia de la “cosa ajena” (calamares procesados, cuya cantidad también está indeterminada) objeto de la obligación (contrato de fasón), y ni siquiera el hecho natural que daría sustento a ese dato (el “bajo rendimiento” en el proceso de fasón).-----

-----7.- Conclusión:-----

----- Es evidente que las cuestiones relativas a la determinación de la autoría criminal por delitos sucedidos en el ámbito de la empresa, bajo una forma societaria, deben

afrontar una serie de aspectos que se presentan como particularmente problemáticos al momento de querer realizar una imputación. Aspectos tales como la estructura organizativa de la empresa; la distinción entre titularidad, poder y conducción de la sociedad, y el creciente fenómeno de la administración de hecho constituyen –entre otros- realidades que coadyuvan a acrecentar estas dificultades. Realidades cuya cabal comprensión, a su vez, exige la conjunción de perspectivas disciplinares diversas. Por eso lleva razón Palmero cuando sostiene que las especialidades limitan y cercenan el campo de interpretación del derecho, por lo que no

es factible analizar estas materias “si no se entiende el ‘sustracto’, el dato de la vida real, la composición fáctica y normativa del ente abstracto o///27.- colectivo, la dinámica propia de la actividad corporativa, así como los vericuetos técnicos e institucionales que efectivamente desencadenan el conflicto” (cfr. Juan Carlos Palmero). Ha observado Silva Sánchez que en la empresa “[...] nos hallamos ante una estructura organizada, lo que incide de modo determinante en el planteamiento y la resolución del problema de la autoría criminal. Se trata, en efecto, de una organización formal basada, en el plano horizontal, en el principio de división de trabajo y, en el plano vertical, en el principio de jerarquía. Resultado de todo ello es la conformación de ámbitos de competencia diferenciada, que abarca, a su vez, la actuación de diversos sujetos en la escala inmediatamente inferior. Dada una estructura así, se comprende que la conducta puramente ejecutiva -la del empleado de la empresa de quien surge el último acto que, por sí solo o en conjunción con otros, produce el hecho delictivo– no es siempre la más relevante, lo que supone un importante cambio de perspectiva respecto al derecho penal clásico”. Por todo esto –entre otras cuestiones-, un destacado sector de la doctrina contemporánea ha llegado a sostener que la pretensión de reprimir los comportamientos delictivos cometidos en el ámbito de la actividad empresarial mediante el castigo de las personas individuales que pueden integrar los órganos de ésta puede conducir a una opción en donde ambos extremos resulten insatisfactorios; a saber: o la responsabilidad sólo alcanza a los individuos que conforman los eslabones últimos en el proceso de decisiones, o bien la infracción corre el riesgo de quedar impune, porque nadie ///28.- reúne con su conducta los requisitos exigidos para imponer la sanción penal (cfr. Jaime E. Malamud Goti, *Política criminal de la empresa. Cuestiones – Alternativas*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1983, pág. 33.).- - - - -

----- Por su parte, Juan Terradillos Basoco (*Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 39) enfatiza, sobre todo, los riesgos de impunidad, y lo hace en los

siguientes términos: “La descentralización de las decisiones, característica organizativa de la empresa actual, comporta el riesgo [...] de convertir \la organización de la responsabilidad [...] en la organizada irresponsabilidad\'. En efecto, se produce un desplazamiento de la responsabilidad hacia los sectores inferiores del organigrama, ya que sólo ellos llevan a cabo por sí mismos la conducta típica. Y este desplazamiento tiene como efecto un notorio menoscabo de la eficacia preventiva de la norma penal, cuyos márgenes de intervención se reducen en un doble sentido: hacia arriba, porque los directores no realizaron el hecho típico; hacia abajo, porque los ejecutores materiales quedarán frecuentemente al abrigo de la condena, dada la confluencia de factores diversos, como son el desconocimiento de las consecuencias de su propio modo de actuación –fruto de la división de trabajo y de la parcelación de la información en la empresa-; la escasa capacidad de resistencia frente a la actitud prodelictiva del grupo por parte de quien, como regla, está obligado a obedecer dentro de una escala jerarquizada; la eficacia auto exculpatoria de quien siempre puede alegar que actúa de modo altruista en interés de la casa; la alta fungibilidad de los ///29.- miembros que ocupan las escalas inferiores de la organización, etc.” (conf. citas de José Daniel Cesano en “Las estructuras típicas omisivas como instrumento de imputación para delitos cometidos en el ámbito de la actividad empresarial”, publicado en eldial.com del 18-11-2008).- - - - -

----- En rigor, estas cuestiones de difícil comprensión y acreditación en el campo del derecho penal deben ser consideradas concienzudamente, sin abdicar del norte de toda investigación, cual es el descubrimiento de la verdad real.-

----- El “objeto del procedimiento penal es la averiguación de la verdad real o histórica... \A la verdad real – verdad formal no se arribó por una discordancia conceptual, acerca de lo que es o significa la verdad, sino antes bien, por contraposición entre forma jurídicas distintas del procedimiento judicial, gobernadas por principios diferentes. Sucede, en realidad, que en el procedimiento civil la verdad aparece múltiplemente condicionada, jurídicamente, en relación a la reglamentación prevista por el Derecho procesal penal. En general, el tribunal que juzga un caso de Derecho privado, cuyo principio superior reside en la autonomía de la voluntad particular representa, por principio, el papel de un árbitro imparcial, que carece de poderes de instrucción (Inquisición)... En cambio, el tribunal penal inquiere, para averiguar la verdad por sí mismo, en las oportunidades que la ley prefija y con los poderes específicos que la misma ley establece, regla cuyo fundamento político reside,

precisamente, en la naturaleza pública de la pena estatal' (Maier, Derecho procesal penal, ///30.- t. I, ps. 849 y siguientes)...” (Alberto Bovino, Principios políticos del procedimiento penal, Estudios del Puerto, 2005, págs. 60/62; conf. Se. 42/06 STJRNSP).- - - -

----- En conformidad con todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por el doctor Miguel Ángel Cardella en representación de la querellante particular Pesquera Santa Cruz S.A., con costas (arts. 418, 439, 499 y ccdtes. C.P.P.) y, por sus actuaciones en esta sede, regular los honorarios profesionales de la doctora Lidia Patricia Espeche en el 30% y los del doctor Miguel Ángel Cardella en el 25%, ambos a calcular sobre los emolumentos profesionales regulados por sus intervenciones en la anterior instancia (arts. 6, 7, 15 y ccdtes. Ley G 2212). MI VOTO.- -

----- Los señores Jueces doctores Alberto Ítalo Ballardini y Gustavo Alberto Azpeitía dijeron:-----

----- Adherimos al criterio sustentado y a la solución propuesta por el vocal preopinante y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.-----

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs.

----- 502/509 y vta. de autos por el doctor Miguel Ángel Cardella en representación de la querellante Pesquera Santa Cruz S.A., con costas.-----

Segundo: Por sus actuaciones en esta instancia de casación,

----- regular los honorarios profesionales de la doctora Lidia Patricia Espeche en el 30% y los del doctor Miguel Ángel Cardella en el 25%, ambos a calcular sobre los emolumentos profesionales regulados por sus actuaciones en la anterior instancia (arts. 6, 7, 15 y ccdtes. Ley G 2212). Tercero: Registrar, notificar y, oportunamente, devolver.

GUSTAVO ALBERTO AZPEITÍA

JUEZ SUBROGANTE

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 12

SENTENCIA: 175

FOLIOS: 2520/2550

SECRETARÍA: 2