

RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA N° 27

NEUQUÉN, 19 de abril de 2023.

VISTOS:

Estos autos caratulados: "**SOSA, ALEJO FABIAN S/ DEFRAUDACIÓN**" (MPFJU. LEG. Nro. 30311-año 2019), venidos a conocimiento de la respectiva Sala del Tribunal Superior de Justicia; y

CONSIDERANDO:

I.- Que por Sentencia del día 27 de junio de 2022, el Tribunal Unipersonal, integrado por el Dr. Nazareno Eulogio, declaró al imputado Alejo Fabián Sosa autor penalmente responsable del delito de defraudación por retención indebida (arts. 45 y 173 inc. 2 del Código Penal), cometido en perjuicio de Alejandro Alberto Camaño y Sandra Inés Gerchunoff (fs. 1/26).

Tras concretarse la etapa de cesura, en fecha 29 de septiembre de 2022, el Dr. Nazareno, le impuso al condenado Sosa la pena de un (1) año de prisión de ejecución condicional, y un (1) año de inhabilitación especial para ejercer la profesión de Abogado por el delito que fuera declarado responsable (art. 20 bis inc. 3ro., 26, 45 y 173 inc. 2, todos del Código Penal), más las costas del proceso arts. 268 y 270 del CPPN).

Se le impuso además cumplir durante el plazo de 2 años de condicionalidad (art. 27 bis del CP) con las siguientes reglas de conducta: a) no cometer delitos, b) fijar domicilio y en caso de variarlo dar aviso previo a la Oficina de Ejecución Penal, c) someterse al control de la Dirección de Población Judicializada de la Provincia del Neuquén.

Firmado digitalmente por:
TRIEMSTRA Andres Claudio

En contra de dichas sentencias la defensa del imputado dedujo impugnación ordinaria y el Tribunal de Impugnación (integrado en la oportunidad por la Dra. Florencia Martini, y los Dres. Andrés Repetto y Federico Sommer), por Sentencia N° 82/2022, de fecha 16 de diciembre de 2022, confirmó aquellos pronunciamientos en todos sus términos (fs. 45/54).

II.- Contra este último decisorio los defensores particulares del imputado aludido, Dres. Ricardo J. Mendaña y Ezequiel Espina, interponen impugnación extraordinaria bajo el carril del artículo 248 inc. 2° del CPPN, al considerar que la sentencia del Tribunal de Impugnación resulta arbitraria, por presentar graves vicios que afectan la motivación tanto en el plano fáctico como normativo.

Al exponer los agravios, sostienen que la resolución cuestionada no satisface el estándar de motivación exigido por nuestro ordenamiento constitucional ni legal (arts. 18 CN, 238 Constitución Provincial y art. 194 inc. 4 del CPPN), ya que se remite a los dichos del Juez que dictó la condena y que ningún análisis serio y completo se hizo con relación a lo planteado por la Defensa.

Afirman que dicha decisión no sobrepasa el plano del análisis meramente dogmático y que no se acompañaron razones que demuestren lo conducente del temperamento de condena.

Expresan que la forma en la que finaliza el voto de la Magistrada ponente es el claro reflejo de dogmatismo, puesto que se limita a decir que "corresponde

confirmar las sentencias de responsabilidad y de pena en tanto exhiben un razonamiento integrado, en el cual se conectan los hechos y las pruebas aportadas para llegar al derecho aplicable” (fs. 59vta.).

Destaca la parte apelante que se presentaron numerosos planteos por los cuales la conducta resultaba atípica, los que fueron rechazados sobre la base de una interpretación arbitraria del art. 173 inc. 2° del Código Penal.

En tal sentido afirman que el tipo penal castiga la falta de restitución de un objeto, y en este sentido la Defensa cuestionó que ni Camaño ni Gerchunoff entregaron la cosa, y que tampoco eran propietarios del dinero entregado a Sosa. De modo que resultan terceros a una relación que involucra a López, quien realiza el pago por imposición judicial, y a Sosa que resulta beneficiario del mismo, por la regulación de honorarios dispuesta a su favor.

Que los señores Camaño ni Gerchunoff nunca ejercieron la tenencia previa de la cosa (dinero) cuya restitución reclaman; en consecuencia, nunca entregaron esa cosa a Sosa, resultando entonces su carácter de terceros interesados por otro vínculo (un contrato), cuyo incumplimiento se está reclamando por vía civil y que se encuentra fuera de la órbita del derecho penal.

En relación a los aspectos relevantes del caso, a la teoría legal, afirman que el núcleo del tipo del art. 173 inc. 2 del CP, no está en la apropiación sino en la retención indebida y que el alcance que corresponde darle a las expresiones “se negare a

restituir o no restituyere a su debido tiempo" contenidas en el precepto, impone considerar las normas y las conductas en función de tales normas.

Que la expresión restituir, de acuerdo al lenguaje común es "volver algo a quien lo tenía antes" o "restablecer o poner algo en el estado que antes tenía" (Diccionario de la RAE). Este significado, dicen, se corresponde con su raíz etimológica *restitutio*, que es poner algo en el estado en que se encontraba con anterioridad, regresar una cosa a su dueño o hacer que un individuo vuelva a su sitio de origen. En síntesis, restituir, es la "acción y efecto de devolver algo a quien lo tenía antes". Con lo cual concluye -citando a Núñez- que, para que hablemos del delito de retención indebida o de omisión de restituir, la cosa debe haberle sido dada por quien tiene derecho a la restitución.

Que de la conducta reprochada, surge que el Sr. López (que entrega una suma de dinero por honorarios), no actúa en calidad de mandatario de quienes invocan la retención indebida, ni entrega a Sosa para que éste, en calidad de tenedor les alcance. Desde el punto de vista penal resulta erróneo que Sosa debiera restituir cosa alguna. Incluso, la entrega acordada entre Sosa y los otros abogados, si bien resultaría exigible, lo sería a título de incumplimiento contractual y ante la Justicia Civil.

Que en el caso se advierte que existen obligaciones paralelas, aunque autónomas. Por un lado el Sr. López debía hacer entrega de un monto de honorarios regulados al Dr. Sosa; y por otra, éste último mantenía

una relación contractual con los Dres. Camaño y Gerchunoff. Afirman que estos dos vínculos jurídicos (uno de origen legal y otro contractual) no resultan concomitantes o asimilables, ni pueden confundirse. Tampoco puede el segundo considerarse incluido en la expresión "u otro título que produzca la obligación de entregar o devolver", pues la expresión se conecta con el concepto de restitución, es decir con una entrega hecha por Camaño y Gerchunoff, lo que no acaeció en la hipótesis.

Estiman sobre este punto que el Tribunal de Impugnación no realizó ningún tipo de valoración ni análisis, como si la causa de la obligación no resultara un elemento sustancial a la hora de meritar el delito en cuestión.

Agregan que otro aspecto importante y no tratado por el Tribunal de Juicio, ni por el Tribunal de Impugnación se relaciona con la naturaleza e indeterminación de la cosa; ya que el contrato entre Sosa, Camaño y Gerchunoff, no dice que la obligación asumida por Sosa debiera saldarse pura y exclusivamente con los dólares entregados por el Sr. López; ni siquiera se sabía cuánto y cómo se pagaría. Es decir, un monto indeterminado y sobre cosa fungible.

Que la lógica del Juez de Juicio radicó en tener por existente un contrato, la obligación de entregar dinero y la no entrega ante la intimación fehaciente de hacerlo, pero se obviaron pormenores propios del Derecho común que son muy relevantes para determinar si se satisface la exigencia vinculada con el

significado de las expresiones del precepto y con la causa de la obligación que se considera incumplida.

Que el pago de los honorarios implica la transmisión del dominio de las divisas. La entrega de dinero de López a Sosa no es un depósito, y el convenio de Sosa con Camaño y Gerchunoff es una obligación de dar, pero no de restituir, puesto que estos últimos nada entregaron al primero.

En otro punto, consideran que la individualización de la pena aplicada a Sosa es defectuosa y arbitraria, no solo en relación a los elementos valorados para la mensura de la pena, sino también en su graduación. A lo que suma que la aplicación de la pena accesoria de inhabilitación, es sin ningún fundamento expreso e incluso mediando una sanción de la misma naturaleza por parte del Colegio de Abogados.

Afirman que el Tribunal de Impugnación no habilitó la revisión en este punto, sobre la base de que no existió una expresión de agravios en el escrito de impugnación que habilite su tratamiento, como lo sostuvo la Fiscalía.

Y en lo que hace al núcleo del planteo desechado, el Tribunal Unipersonal de juicio consideró la aplicación de dos agravantes, la extensión del daño y la naturaleza de la acción por considerar que se valió de herramientas propias del ejercicio de la profesión para la consumación del hecho y también para repeler los reclamos realizados por Camaño y desechó la existencia de atenuantes para el caso, desechando el argumento de la

condena social y la falta de antecedentes; y se remitió a los art. 40 y 41 del Código Penal.

Hacen reserva del caso federal.

III.- Sentados los motivos de la impugnación extraordinaria, se impone el estudio de los recaudos mínimos de procedencia, atento al principio general de las impugnaciones establecido en el artículo 227 del código de forma:

El escrito fue presentado en término, por la parte legitimada para ello y ante la Oficina Judicial correspondiente (cfr. fs. 55 y ss).

Sin perjuicio de ello, conforme profusa e invariable jurisprudencia de esta Sala Penal, el examen del recurso en su aspecto formal no queda acotado a esos puntuales requisitos -que conforme lo expresado previamente debe darse por satisfecho- sino que se extiende a establecer si *prima facie* concita un caso en el que debiera intervenir la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en orden a la vía de acudimiento elegida (art. 248 inc. 2° CPPN).

Una exigencia formal semejante se justifica en la necesidad de impedir que, bajo la aparente cobertura de esta fórmula, se planteen pretensiones ajenas a aquellas propias de la impugnación extraordinaria, que es excepcional por la gravedad de la función que pudiere cumplir la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cualquiera de los supuestos establecidos en la Ley 48.

Este requerimiento, por lo demás, no resulta frustratorio del derecho de defensa en juicio, en tanto

la parte recurrente ha transitado por un carril impugnativo específicamente diseñado para garantizar la revisión íntegra del fallo condenatorio (arts. 242 y cdtes., del CPPN, en función de los arts. 8.2.h CADH y art. 75 inc. 22 CN). Y aunque se sostenga que dicho control no ha cumplido con dicha revisión integral, un repaso del decisorio lo coloca al reparo de esa tacha.

En efecto: en el marco de lo que se ha sometido a estudio, un repaso del escrito en análisis lleva a concluir que bajo el aparente vicio de fundamentación se insiste, una vez más, en una postura ya respondida con argumentos suficientes en los dos fallos previos. Veamos.

El voto ponente de la Dra. Martini, sostiene que la sentencia de juicio explicó acabadamente la acreditación de los elementos del tipo penal, esto es, el perjuicio por no haber recibido cada una de las víctimas los treinta y nueve mil novecientos noventa y seis dólares (U\$S 39.996) que debieron percibir; que el imputado se negó a restituir dichos dólares con posterioridad a ser intimado fehacientemente el día 21 de octubre de 2019, desconociendo su obligación, lo que configuraba el abuso de confianza que presupone la figura penal; que el objeto de la retención fue dinero (uno de los objetos de retención indebida previstos por la norma); y la existencia de un título que obligaba al imputado Sosa a entregar ese dinero percibido (convenio de honorarios).

Y en contra de la teoría planteada por la Defensa, el Tribunal de Impugnación indicó que no se

trataba de la restitución de una cosa entregada al momento de suscribir el convenio, sino de la obligación de entregar sumas dinerarias percibidas como consecuencia de haber firmado un convenio de honorarios que lo obligaba, habiendo sido intimado fehacientemente a la entrega del dinero en la parte correspondiente (partes iguales equivalentes al 33,33%).

Arriba a tal conclusión luego de confrontar todos los elementos de cargo que fueron valorados en la sentencia de responsabilidad (señalando las fojas donde se ponderan cada una de esas pruebas y se responde a los planteos efectuados por la defensa que tilda de incontestados). Esto es, a través de los testimonios de Camaño, Gerchunoff y Sigliano, la documental introducida por ellos, la suscripción del convenio de honorarios por Sosa, Camaño y Gerchunoff en el año 2006, referido a las actuaciones judiciales que se realizarían a consecuencia del siniestro de fecha 29 de junio de 2005 en Villa La Angostura, donde perdiera la vida Fabio Alberto Nardi, cónyuge de la actora Sonia Sigliano, que incluían los honorarios que habrían de percibir tanto en el juicio de daños y perjuicios, en la causa penal por el homicidio culposo que ocasionó la muerte de Nardo, como el juicio de simulación y sus respectivas incidencias por los cobros de honorarios.

Que en el mencionado convenio se estipulaban las tareas que realizaría cada uno de ellos, y como se dividirían las honorarios que obtuvieran, en partes iguales 33,33% cada uno. Eso surgía de la convención probatoria realizada en el juicio y los testimonios de

Camaño y Gerchunoff. También se probó que si bien Sosa patrocinaría a la Sra. Sigliano en los diversos litigios y que a él se le regularían los honorarios profesionales por esos expedientes, esos honorarios serían distribuidos en partes iguales entre los tres profesionales (Sosa, Gerchunoff y Camaño). Se acreditó además -por convenciones probatorias- que en el mes de noviembre de 2018 Sosa percibió 120.000 dólares estadounidenses, en pago por la regulación de honorarios en esos expedientes. Y finalmente, que Sosa no entregó la parte de los honorarios que le correspondían a los otros dos abogados, ni siquiera luego de ser intimado por medio fehaciente; y que existía -al momento del dictado de la sentencia de responsabilidad- un reclamo por el cobro de los 80.000 dólares en el Juzgado Civil n° 2 de la ciudad de Junín de los Andes (conforme lo declarado por el Secretario de dicho Juzgado, el Dr. Montórfano).

También se consideró probado -y en ello ahonda el tribunal revisor- que el elemento subjetivo del tipo del artículo 173 inciso 2° del Código Penal quedó acreditado de modo suficiente, pues el dolo emerge con la suscripción del acuerdo de honorarios conociendo sus cláusulas, e intimado fehacientemente de que existía la obligación de entregar esas sumas de dinero, tuvo la clara voluntad de no hacerlo.

En este punto, la sentencia de juicio a fs. 49, destacó que el imputado fue intimado de forma indudable -por carta documento- enviada por Camaño y Gerchunoff, la cual fue contestada por Sosa, negando que deba reintegrar el dinero efectivamente percibido; y ese

actuar externo -enviar la carta documento- prueba tanto su conocimiento del hecho que se le reaccrimina, como la voluntad de no entregar las sumas de dinero tal como estaba previamente estipulado.

Por otra parte, la sentencia de impugnación, destaca que le asistía razón a la Fiscalía cuando afirmó que los planteos -reeditados en impugnación- fueron debidamente abordados y contestados en la sentencia de responsabilidad.

Específicamente en lo que respecta a la expresión "*se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo*" (contenida en la norma del art. 173 inc. 2 del Código Penal), la Defensa vuelve una vez más sobre -lo que entiende- una incorrecta aplicación del tipo penal en tanto "*restituir*", es la "*acción y efecto de devolver algo a quien lo tenía antes*"; con lo cual para hablar del delito de retención indebida o de omisión de restituir la cosa debe haberle sido dada -al imputado- por quien tiene derecho a la restitución, lo que no ocurrió en el caso.

En tal sentido, el voto ponente del Tribunal de Impugnación respondió ese planteo, coincidiendo en el criterio aplicado por el magistrado sentenciador: "*ii) En cuanto al argumento de que nunca podría restituirse algo que no se le había dado por Camaño y Gerchunoff -línea de defensa que fue sembrada en los contrainterrogatorios-, entiendo que es una interpretación sesgada y poco razonable de la letra de la ley. El verbo 'restituir' debe armonizarse con los verbos finales utilizados por el legislador en el mismo inciso 'obligación de entregar o devolver'. El legislador utilizó sabiamente dos verbos*

'entregar' y 'devolver'. Si bien se devuelve a quien se dio, la entrega puede ser hecha a una persona diferente a quien primeramente dio la cosa mueble, efecto, o dinero. Éste último es el supuesto que analizamos: quien entrega, en este caso quien paga honorarios, no es el mismo que tiene el derecho a percibir el dinero fruto de un 'título', un contrato firmado anteriormente. Si bien antes se tenía el derecho -por parte de Camaño y Gerchunoff- solo cuando se le dio el dinero a Sosa por los honorarios regulados judicialmente, comenzó la obligación de 'entregar lo debido fruto de ese contrato previo con sus socios. Tal es así que Creus -pág. 478 de la ob.cit.- dice que las acciones típicas son negarse a restituir o no restituir, lo cual explica de la siguiente manera: 'Negarse a restituir importa la omisión de realizar el acto debido con la cosa, contenido en la obligación de entregársela a un tercero distinto de aquel que la había entregado al agente' (que sería el caso de Sosa, y su deber de entregarlo a terceros, Camaño y Gerchunoff). Y en cambio, dice Creus '[n]o restituirla implica también la omisión de cumplimiento de la obligación creada por el título que en este caso se traduce en la devolución de la cosa a quien se la entregara al agente en cumplimiento de aquél'. Como se ve, el artículo ha sido interpretado por la doctrina de la forma que propone este Juez: queda comprendido tanto el no devolver la cosa a quien se la dio primigeniamente, como no entregársela al tercero a quien se la debía entregar en virtud de un título" (fs. 51vta./52, con

remisión a la sentencia de responsabilidad, fs. 23vta./24 de estas actuaciones).

La exégesis formulada en torno al citado inciso 2° del artículo 173 del Código Penal coincide a su vez con destacadísima doctrina en este punto, pues el sujeto pasivo de dicho delito "*...es el propietario de la cosa retenida ilegítimamente, no siendo necesario que quien trasfiere la posesión y quien sufre el perjuicio sean la misma persona...*" (Código Penal, comentado y anotado, Andrés José D'Alessio, director, Mauro A. Divito, coordinador, Parte Especial, Artículos 79 a 306, La Ley, 1ª ed., Buenos Aires, 2004, p.472).

Conforme a lo expuesto, el rechazo de las pretensiones de la defensa luce sobradamente razonable y suficiente, en tanto el fallo objetado tiene base en el integral análisis de la figura penal aplicable y en los elementos incorporados al juicio, lo que descarta la tacha de arbitrariedad (CSJN, Fallos 301:909; 310:2376; 312:1859; 313:473, entre otros).

En otro orden de ideas, tampoco se comparte que el fallo del Tribunal de Impugnación se hubiere conformado con meras referencias a la sentencia de grado. Si bien ello en sí mismo no constituye arbitrariedad (CSJN, Fallos 308:2352; 311:930 y 325:316, entre muchos otros), la transcripción literal resultó obligada para demostrar que, contrariamente a lo aducido por los apelantes, sus planteos fueron debidamente atendidos y respondidos por el *a-quo* en la instancia de origen (cfr. fs. 51).

En lo que respecta al agravio sobre la pena, que la Defensa considera defectuosa y arbitrariamente individualizada, también corresponde su rechazo.

Si bien el recurrente insiste en que el anterior defensor de Sosa objetó los argumentos que hacen a su mensuración, refiriendo que "*el agravante es materia de agravios*", rotulando ello como "*escándalo jurídico*", los argumentos de esa anterior defensa no transitaron por ese tópico y aquellas expresiones literales son las únicas referencias que pueden encontrarse en su escrito de impugnación ordinaria (fs. 26 y cfrme. Dextra, Legajo de referencia) y en la audiencia del art. 245 del CPPN (cfrme. fs. 47 de esta actuaciones y audiencia del 30/11/22, minutos 00:44:05 a 45:10, Cícero).

Bajo tal premisa, la respuesta brindada por el Tribunal de Impugnación debe ser considerada correcta, pues al no haberse expuesto de forma mínima argumentos que tiendan a cuestionar el monto y modo de la pena impuesta, nada de ello pudo ser debatido ante aquel tribunal revisor.

De modo complementario, vale recordar que según una pacífica doctrina de la Corte, la fijación de una sanción penal dentro de los límites previstos en las leyes respectivas, así como la valoración de las pautas de cuantificación de la pena se vincula con aspectos de hecho, prueba y derecho común irrevisables en esa instancia (CSJN, Fallos 304:1626; 308:2547; 317:430 y 324:4170).

Dicha situación es la que se aprecia en el *sub lite*, en donde el imputado fue condenado dentro del

arco penológico establecido en la figura penal escogida; incluso dicha determinación se ha dado en un extremo mucho más cercano al mínimo legal posible. Más aún: el magistrado sentenciador ha decidido partir desde dicho mínimo, lo que equivale a interpretar que valoró inicialmente a su favor todas las atenuantes posibles. Y sólo se alejó de ese extremo por las concretas razones que se encargó de explicitar en su decisorio (cfr. fs. 37 vta. y ss).

No desconocemos que cierto aspecto del recurso en análisis hace pie en posibles yerros del *a-quo* al valorar agravantes que no serían tales, u omitir determinadas circunstancias que, en su concepto, atenuarían la sanción penal aplicada (fs. 63 vta. y ss); pero su tardío ingreso en esta impugnación no puede ser analizada en virtud de su extemporaneidad (CSJN, Fallos 310:2693; 312:173 y 318:1269, entre otros). Y a dicha deficiencia se añade que su cuestionamiento parte de negar hechos debidamente acreditados en el juicio, a la vez que no rebate los argumentos que conllevaron a no computar las pautas penológicas de las que dicen afligirse (cfr. fs. 38 vta. y ss).

El reclamo no trasciende entonces de su discrepancia en torno al criterio del magistrado sobre el modo de meritar aquellos tópicos específicos.

En tales circunstancias, tal como se anticipara, no se verifican las condiciones sobre las cuales pudiera intervenir la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía del Recurso Extraordinario Federal, restando así un requisito esencial para el acudimiento a

esta instancia (art. 248, inc. 2°, a contrario sensu, del C.P.P.N.); por lo que estimamos que corresponde declarar la inadmisibilidad de la Impugnación Extraordinaria presentada por los Dres. Ricardo J. Mendaña y Ezequiel Espina, Defensores de confianza del imputado Alejo Fabián Sosa.

IV.- Corresponde imponer el pago de las costas procesales a la parte perdidosa (arts. 268, segundo párrafo del CPPN).

Por todo ello, esta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia;

RESUELVE:

I.- Declarar **INADMISIBLE** la impugnación extraordinaria deducida por los Dres. Ricardo J. Mendaña y Ezequiel Espina, Defensores de confianza del imputado Alejo Fabián SOSA.

II.- IMPONER EL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES en la instancia a la parte perdidosa (art. 268, segundo párrafo, del CPPN).

III.- Notifíquese, regístrese y hágase saber de ello a la Oficina Judicial a los fines pertinentes.

Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE – Dr. EVALDO DARIO MOYA

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA - Secretario