

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR RICARDO C. PEREZ MANRIQUE

Montevideo, veintisiete de octubre de dos mil catorce

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados:
"FIORENTINO, FRANCISCO - APROPIACION INDEBIDA - CASACION PENAL",
IUE: 2-51602/2007.

RESULTANDO:

1) Por Sentencia Definitiva No. 268/2012 del 18 de diciembre de 2012 el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 3er. Turno falló:

"Condenando a Francisco Fiorentino como autor penalmente responsable de un (1) delito de apropiación indebida, a la pena de veintidós (22) meses de prisión, con descuento de la preventiva sufrida y de su cargo el pago de los gastos de alimentación, vestido, alojamiento, durante el proceso de condena (art. 105 y 106 del Código Penal).

Suspéndase condicionalmente al encausado la ejecución de la pena (art. 11 Ley No. 17.726), beneficio al que podrá optar, teniéndose por aceptado el mismo de no manifestarse lo contrario en el plazo de tres días a partir de la notificación de la presente, en caso de asentimiento expreso o tácito, deberá quedar sometido a vigilancia policial al amparo de lo dispuesto por los artículos 102 y 126 del Código Penal, concordantes y complementarias, a cuyo efecto se tendrá en cuenta el domicilio fijado en la caución..." (fs. 552/557).

2) Por Sentencia Definitiva No. 37/2014 dictada el 24 de febrero de 2014 el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1er. Turno confirmó la sentencia de primera instancia (fs. 599/605).

3) La Defensa del encausado interpuso recurso de casación al entender que existió una infracción o errónea aplicación de normas de derecho en el fondo, determinante de la parte dispositiva de la sentencia (arts. 47 inc. 7 y 351 del Código Penal y art. 174 inc. 1 del Código del Proceso Penal).

Consideró que la Sala infringió el art. 351 del C.P., al partir de un error en la valoración de la prueba que le llevó a concluir que su defendido actuó con abuso de confianza de su asociado, y se apropió así del paquete accionario de éste.

Expresó que, sin embargo, el encausado siempre afirmó que él compró esas acciones y que no se otorgó carta de pago por el grado de confianza que existía entre ellos.

El Tribunal también incurrió en error de derecho al computar la agravante genérica prevista en el art. 7 del art. 47 del C.P., la que no correspondía en virtud de que la esencia del delito de apropiación indebida exige un acto de deslealtad a la confianza depositada por el perjudicado, es decir, un abuso de confianza que establece un elemento constitutivo del reato.

Por tanto, no podía sancionarse la agravante genérica de abuso de confianza en hipótesis de delito de apropiación indebida sin incurrir en violación del principio "non bis in idem", atento a lo establecido en el acápite del propio art. 47 del C.P. cuando señala que: "Agravan el delito, cuando no

constituyen elementos constitutivos o circunstancias agravantes especiales del mismo, las circunstancias siguientes...".

Por último, efectuó un extenso cuestionamiento a la valoración de la prueba efectuada por la Sala y, como conclusión, entendió que no podía considerarse como indicio relevante que se hubiera realizado la transmisión jurídica de las acciones sin recibo alguno y sin presencia de testigos, ya que la Ley uruguaya establece que la transmisión de tales títulos valores es libre.

Además, afirmó que dicho indicio no presenta las características necesarias de ser cierto, por el contrario, es meramente hipotético y no permite demostrar si quiera la certeza razonada de que haya existido una apropiación indebida por parte de Fiorentino, es decir, no permite alcanzar la verdad procesal, por lo que el Tribunal dio por probado un elemento que no surge como tal de la plataforma fáctica.

En definitiva solicita que se absuelva al encausado por falta de plena prueba legalmente requerida del ilícito por el cual se le ha condenado.

4) Por Decreto No. 88/2014 se dispuso la elevación de los autos para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 643 vto.). Recibidos, por Decreto. No. 965/2014 se dio ingreso al recurso de casación y traslado por el término legal (fs. 649).

5) A fs. 655 y ss. el Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 3er. Turno, evacuó el traslado que le fuera conferido, abogando por el rechazo del recurso interpuesto, declarando que el fallo recurrido no causa nulidad, debiéndose corregir en el sentido de que la agravante del abuso de confianza no debe relevarse por integrar el tipo penal correctamente tipificado.

6) Por Auto No. 1.109/2014 (fs. 663) se confirió vista al Sr. Fiscal de Corte, quien considera que procede el rechazo del recurso en vista excepto en lo relativo a la agravante genérica del abuso de confianza (Dictamen No. 02214/2014, fs.665/667 vto.).

CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de Justicia por unanimidad de sus miembros naturales, considera que son parcialmente de recibo los agravios ejercitados por el recurrente, por lo que casará la impugnada sólo en cuanto computó la agravante genérica de abuso de confianza (art. 47 nal. 7 C.P.), desestimando en lo demás.

II.- En cuanto al agravio relativo a la valoración de la prueba (inc. 1 del art. 174 del C.P.P.) los Sres. Ministros Dres. Ruibal, Larrieux, Chediak y Chalar reiteran lo sostenido por la Corte en el sentido que: "El recurso de casación... sólo puede fundarse en una infracción o errónea aplicación de la Ley, en el fondo o en la forma, no pudiendo discutirse los hechos dados por probados en la sentencia, los que se tendrán por verdaderos (arts. 269 y 270 inc. 1 y 2)" (Cf. Arlas, 'El nuevo C.P.P.', pág. 18; Vescovi, 'Derecho Procesal', T. VI, 2a. Parte, pág. 170).

La casación debe circunscribirse exclusivamente a las cuestiones de orden jurídico. En materia penal los aspectos fácticos y la valoración de la prueba no constituyen motivo de casación (art. 270 C.P.P.).

Efectivamente, es criterio firme de esta Corporación que 'Los hechos son intangibles y debe estarse a los dados por probados por el tribunal de mérito, siendo únicamente posible apreciar si medió o no error en la aplicación de las normas

jurídicas o en la subsunción de los hechos al derecho que los regula (Sentencias Nos. 12/90, 42/92, 93/93, 75, 788 y 934/94, 796, 820, 890, 144/96, entre otras)'.

'La función de la Corte en sede de casación penal es tomar el hecho narrado por el tribunal o tenido por probado, como tal, para reexaminar, eso sí, si la calificación jurídica es o no apropiada al hecho así narrado'.

'Si resulta posible, en general distinguir en la sentencia si la infracción refiere al Derecho -en su más amplia acepción- o si se consideran hechos históricos sobre los cuales el Juez ha emitido su juicio, caso éste en el cual se considera intangible e inmodificable'.

'De esta forma se evita el ingreso, aún en forma indirecta, al campo de los hechos o, dicho de otro modo, no es admisible el juzgamiento de un error de derecho cuando invocado el mismo, se critican las consideraciones del Juez e inclusive el proceso lógico que hubiere aplicado para determinar los hechos como tales (DE LA RUA, 'El recurso de Casación' págs. 119 y 305; Ed. 1968)' (Cf. Sentencia No. 135/2005) (Sentencias Nos. 398/03, 200/05, 24/06 y 251/06, 1/2010, entre otras)" (Cfe. Sentencia No. 202/2010).

"Así, pues, la función de la Corporación en la etapa de casación consiste en tomar el hecho narrado o tenido por probado por el Tribunal, para reexaminar, eso sí, la calificación jurídica, precisando si se adecua a aquél. Ello, en la medida en que el recurso solamente puede fundarse en una infracción o errónea aplicación de la Ley, en el fondo o en la forma, no pudiendo discutirse los hechos dados por probados, respetando la intangibilidad del material probatorio recogido por el órgano de mérito (Cf. El nuevo Código del Proceso Penal, con estudio preliminar del Prof. Arlas, F.C.U., 1980, pág. 18; Vescovi, Enrique, Derecho Procesal, Tomo VI, 2a. parte, pág. 170; y sentencias Nos. 50/1994, 680/1996, 195/1998, 237/2002, 158/2003, 125/2007, 83/2008, 714/2008, 758/2008, 29/2009, 85/2009 y 117/2009 de la Suprema Corte, entre muchas otras)" (Cfe. Sentencia No. 459/2009).

El redactor de la presente, sobre el punto, ha sostenido que la infracción del art. 174 C.P.P. puede señalarse en casación por aplicación del art. 270 del C.G.P., convocado a regir el proceso penal por el art. 6 del C.P.P. Esta última norma dispone: "Las palabras y el espíritu de estas normas se integran con lo que disponen las Leyes de la República, siempre que no se les opongan, directa o indirectamente".

El art. 270 C.G.P., lejos de oponerse o contradecir al art. 270 C.P.P., es claramente complementario de éste. Ambas disposiciones dicen, en su inciso primero, lo mismo: "El recurso sólo podrá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de normas de derecho en el fondo o en la forma".

Pero el art. 270 C.G.P., posterior en vigencia a su homónimo, precisa el concepto, en el sentido de que el mismo (infracción o errónea aplicación de normas de derecho) comprende, inclusive, "la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba".

En consecuencia, la Suprema Corte de Justicia, juzgando en casación, se encuentra habilitada al contralor de legalidad relativo a la valoración de la prueba realizada por el Tribunal y la referencia del inc. 2o. del art. 270 C.P.P. en cuanto a que "no podrán discutirse los hechos dados por probados en la sentencia, los que se tendrán por verdaderos", debe entenderse bajo reserva de que hayan sido debidamente valorados, por cuanto, ahora está claro, la errónea aplicación de las normas de

derecho en el fondo o en la forma, comprende también la infracción de las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba.

El ámbito de aplicación de la norma para el caso de apreciación librada a las reglas de la sana crítica, corresponde el análisis de adecuación del proceso lógico de la valoración de la prueba.

No obstante lo expuesto, la unanimidad de los miembros que suscriben este pronunciamiento consideran que no se advierte que la ponderación del cúmulo probatorio efectuada por el "ad quem" pudiere considerarse reñida con las reglas de la lógica, por el contrario la misma toma en cuenta elementos que surgen de la prueba testimonial e indiciaria, que surgen adecuadamente valorados conforme a las reglas de la sana crítica, controvirtiendo las conclusiones que pretende la Defensa.

III.- A su vez, la recurrencia alega que el Tribunal incurrió en una errónea calificación de los hechos dados por probados en la figura delictiva prevista en el art. 351 del Código Penal.

En este sentido, cabe señalar, que en tanto el estudio de la adecuación típica es "queastio iuris", implica una tarea de subsunción, que como tal es pasible de ser examinada en esta instancia casatoria, para lo cual deberá partirse de la plataforma fáctica considerada por el Tribunal de mérito, en virtud de lo dispuesto por el art. 270 del Código Penal (Cf. Sentencias Nos. 696/1995, 875/2012, 461/2013, entre otras).

Dicho agravio tampoco resulta recepcionable, en la medida que el Tribunal adecuó en forma correcta los hechos de autos dentro de los conceptos jurídicos configurantes de la figura delictiva en análisis.

Sobre el delito de apropiación indebida el Dr. Langón expresa:

"La condición para que opere esta figura consiste en que el actor esté en posesión de dinero o de una cosa mueble, de la cual, no siendo suya por definición, se apodera, incorporándola a su esfera de dominio.

'Apropiarse' no es otra cosa que 'apoderarse'..., consiste en hacerse dueño de algo ajeno, naturalmente que en forma ilícita.

Se protege la propiedad del dueño, de los actos criminales del poseedor, al que se le ha entregado o confiado el objeto (o el dinero) con una finalidad determinada, confianza que es traicionada por el poseedor que invierte el título por el cual detenta la cosa, atribuyéndosela o adjudicándosela a sí mismo o a un tercero".

"Es esencial determinar que el agente de este delito es un poseedor penal no un mero tenedor, en cuyo caso, de apropiarse de la cosa habría delito de hurto (art. 340 C.P.)".

"Ha recibido la cosa del verdadero dueño, con una finalidad específica, para cumplir con ella un objetivo concreto, no obstante lo cual el poseedor, la convierte o transforma en su beneficio o en el de un tercero, despojando así al propietario de ella" (Código Penal. Comentado, sistematizado y anotado por Miguel Langón Cuñaro. Año 2003. Tomo II. Págs. 928/929).

En primer lugar, el Tribunal en el Considerando 3 tuvo por acreditada la entrega de bienes en "confianza", elemento necesario para la tipificación de esta figura delictiva, cuando señaló que: "El 17 de noviembre de 2005, en Asamblea extraordinaria de accionistas Summynel S.A., Fiorentino y el denunciante se designaron Presidente y Vicepresidente (doc. D). De común acuerdo decidieron que fuera el encausado quien poseería y

mantendría a resguardo la totalidad de las acciones. Ello se decidió por la disponibilidad y conocimientos financieros de Fiorentino. Pero, por sobre todo, debido a la confianza personal y comercial entre los dos hombres, por otros emprendimientos conjuntos desde hacía diez años" (fs. 602 y vto.).

En este sentido, la Corte en Sentencia No. 1.773/2008, sostuvo que entre los requisitos de tipicidad de la figura apropiación indebida, se exige la verificación de la existencia de un pacto de confianza por el cual la cosa objeto de reato se entrega o confía, pacto cuyo quebrantamiento se verifica en la Apropiación "indebida". Es así que sostuvo que la característica de "indebida" de la apropiación es, en definitiva, el substrato de la ilicitud, y para que ella se configure se requiere que el sujeto activo, que se encuentra en virtud de esa relación de confianza en tenencia del objeto del reato, mute el título de ésta y se apropie de la cosa, mediante el abuso de confianza (modo subjetivo insoslayable de la referida figura delictual).

Posteriormente, la recurrida en el Considerando 4, describió con total precisión, basándose en importantes indicios, cómo se generó la conducta penalmente relevante para el tipo apropiación indebida, cuando sostuvo que: "El elemento básico de la prueba lo constituye la circunstancia, anormal o poco probable, de que no se documentó la venta de un paquete accionario de la mitad de una gran empresa. Se trata de una sociedad que, sin duda, moviliza un gran capital.

(...)

Una empresa de esa categoría, vende la mitad del paquete accionario en la suma de cincuenta mil dólares. Cifra que es nada para el volumen que movía y que tenía un ahorro de más de doscientos mil dólares de la moneda americana. Además, estamos ante una negociación de esa importancia que no se documentó. Ello sin perjuicio de reconocer que la transmisión de las acciones es legalmente libre y su tenedor es el dueño. Pero dicha situación no impide que se extiendan documentos cuando se recibe tal importante cantidad de dinero. Para exigir recibos no se necesita ser un avezado hombre de negocios".

La ausencia de documentación, sumado al irrisorio valor del precio de venta de las acciones y, fundamentalmente, a la enemistad o rotura de relaciones entre los socios (encartado y denunciante) imponía tomar todo tipo de precauciones para el futuro. Medidas dirigidas a evitar futuras reclamaciones, como efectivamente ocurrió" (fs. 603 y vto.).

Atento al informativo histórico que viene de reseñarse, resulta infundado el agravio relativo a que la Sala efectuó errónea calificación jurídica, en tanto el tipo penal se consumó "con la inversión del título, con el hecho de hacerse dueño de lo que no le pertenece" (ob. cit. pág. 929), con la apropiación de las acciones, convirtiéndolas en su provecho a consecuencia de la maniobra realizada.

En suma, la imputación del delito de apropiación indebida resulta ajustada a derecho en virtud de la plataforma fáctica aportada a la causa.

No obstante lo expuesto, el Sr. Ministro Dr. Larrieux, señala que sobre la configuración del delito de Apropiación indebida la Corte en Sentencia No. 68/1993 sostuvo que: "El delito de apropiación indebida se configura cuando el agente '...se apropiare, convirtiéndolo en su provecho o en el de un tercero, dinero u otra cosa mueble, que le hubiera sido confiado o entregada por cualquier título que importare obligación de restituirla o hacer un uso determinado de ella...' (C. Penal, art.

351). O dicho de otro modo, cuando se opera la inversión del título de poseedor en título de propiedad, posibilitando de esa forma la disposición de la suma de dinero o cosa mueble involucrada".

Si bien el referido Sr. Ministro comparte esta definición, estima que técnicamente resulta más preciso, al hablar de la inversión del título en el delito de Apropiación indebida, hacer referencia a "tenencia" en lugar de "posesión" por parte del sujeto activo, ya que esta última puede otorgar a quien la detenta mayores atribuciones que las previstas por el tipo penal, que exige que dicho título importe simplemente la obligación de restitución o de hacer un uso determinado de la cosa en cuestión.

Agrega el Sr. Ministro Dr. Larrieux, que la figura de la tenencia es más apropiada para describir el cambio de voluntad del sujeto activo que, al quebrantar el pacto de confianza, vuelve la cosa en provecho propio o de terceros tal cual si fuere su dueño.

IV.- Conforme lo puso de relieve el Sr. Fiscal de Corte, resulta recepcionable el agravio relativo a la atribución de la agravante genérica de abuso de confianza prevista por el nal. 7 del art. 47 del Código Penal.

Como ha sostenido la Corte en reiteradas oportunidades, el cómputo de agravantes y atenuantes implica una conceptualización jurídica o una tarea de subsunción, tal actividad resulta pasible de ser revisada en el ámbito casatorio, pero para ello habrá de partirse, ineludiblemente, del sustrato fáctico tenido por probado por los órganos de mérito (Cf. Sentencias Nos. 696/1995, 61/2009, 117/2009, 459/2009, 2.011/2011 y 2.097/2011 de la Corporación, por citar solo algunas a vía de ejemplo).

En tales coordenadas, la Corte considera que no corresponde computar la agravante genérica del abuso de confianza, en la medida en que cabe considerarla un elemento constitutivo del delito de apropiación indebida (art. 351 del C.P.).

Y así lo expresa, con total claridad Langón, para quien esta agravante (refiriéndose al abuso de confianza): "Resulta incompatible con los delitos en que la situación abusiva forme parte de la estructura de la figura criminal, como en los delitos de apropiación indebida (art. 351 C.P.) (Código Penal Comentado, sistematizado y anotado por el Prof. Dr. Miguel Langón Cuñaro. Tomo. I. pág. 236).

Además, cabe señalar que, como ha entendido calificada doctrina, aplicar una circunstancia agravante genérica a un delito que contiene esa conducta como elemento constitutivo de reato supone la vulneración del principio de non bis in idem (Cf. Chaves Hontou, Gastón, "El Derecho Constitucional y el Derecho Penal", en Preza Restuccia, Dardo, Estudios de la Parte Especial del Derecho Penal Uruguayo, Tomo II, INGRANUSI Ltda. Montevideo, 2000, pág. 145).

No obstante la solución adoptada, en virtud del guarismo de condena impuesto (veintidós meses) y de la concesión del beneficio de la suspensión condicional de la pena, la condena no deviene ilegal, correspondiendo su mantenimiento "in totum".

Por tales fundamentos la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

CASASE LA IMPUGNADA EN CUANTO COMPUTO
LA AGRAVANTE GENERICA DE ABUSO DE CONFIANZA (ART. 47 NAL. 7o. C.P.)
CONFIRMANDOLA EN LO DEMAS, CON COSTAS DE OFICIO.

PUBLIQUESE Y OPORTUNAMENTE,
DEVUELVASE.