

REGISTRO Nro: 18808

///la Ciudad de Buenos Aires, a los 28 días del mes de junio del año dos mil once, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Guillermo J. Yacobucci como Presidente y los doctores Luis M. García y Raúl R. Madueño como Vocales, asistidos por el Prosecretario Letrado C.S.J.N., doctor Gustavo J. Alterini, a los efectos de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia de fs. 1/6 vta. de la causa nº 12.923 del registro de esta Sala, caratulada: "Lombard, Malcom Chomse s/ recurso de casación", representado el Ministerio Público por el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Pleé y la Defensa Pública Oficial por el doctor Juan Carlos Sambuceti (h).

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Guillermo J. Yacobucci y en segundo y tercer lugar los doctores Luis M. García y Raúl R. Madueño, respectivamente.

El señor juez doctor **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

-I-

1º) Que el Tribunal Oral en lo Penal Económico Nº 3 resolvió -en lo que aquí interesa- decomisar el dinero producto de la venta del pasaje aéreo no gozado (art. 876 incs. a y b del C.A.) debiendo librarse oficio al Juzgado Nro. 8 del fuero, Secretaria Nro. 15, a fin de que requiera al Banco de la Ciudad de Buenos Aires, Sucursal Tribunales, que proceda a transferir a la orden de ese Tribunal el importe de \$6.339,84 depositado en esa entidad conforme la boleta de depósito agregada a fs. 166.

Contra dicha resolución, la Defensa Pública Oficial interpuso recurso de casación a fs. 7/15, el que concedido a fs. 16/17 vta., fue mantenido en esta

instancia a fs. 24.

2º) Que estimó procedente el recurso de casación, en virtud de lo establecido en el art. 456 del C.P.P.N., sosteniendo que “... *los jueces no han expresado razones suficientes para afirmar fundadamente que el dinero debía ser decomisado al considerar el billete instrumento del delito*” (fs. 12).

Además, expresó que “... *cuando en casos como el sub examine, se ordena el decomiso del dinero correspondiente a los tramos no volados sin que se establezca una clara relación con el ilícito, se está decretando una privación que no está fundada en ley, violándose de esa forma el derecho a la propiedad privada reconocido en el art. 17 de la Constitución Nacional y de los pactos internacionales de derechos humanos...*” (fs. 12 vta.).

En forma subsidiaria, solicitó que “... *se declare la nulidad parcial de la sentencia por entender que se han excedido los límites jurisdiccionales a los efectos de imponer una pena. Tal como afirma V.V.E.E. en los considerandos de la sentencia, el comiso constituye una pena accesoria a la de prisión. Su imposición viola directamente lo establecido en el artículo 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación puesto que el Tribunal al dictar sentencia se ha extralimitado al imponer una condena más gravosa que la convenida por las partes*” (fs. 13 vta.).

En este sentido, manifestó que “*la imposición de la pena de decomiso -no acordada por las partes- colisiona gravemente con el ejercicio del derecho de defensa, toda vez que esta parte no tuvo oportunidad de interponer defensa alguna tendiente a demostrar el origen ilícito y titularidad por parte de mi asistido del dinero secuestrado*” (fs. 14 vta.).

3º) Que, durante el plazo del art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación y en la oportunidad del art. 466 *ibidem*, la Defensa Pública Oficial presentó el escrito de fs. 27/29, afirmando que “... *fácil es advertir el yerro en que incurrió el Tribunal de mérito al pronunciarse sobre el decomiso del producido de la venta del pasaje aéreo de la empresa Alitalia que le fuera secuestrado a*

Lombard sin petición de parte y en perjuicio del imputado, verificándose una extralimitación en las facultades jurisdiccionales, de conformidad con la doctrina citada", solicitando se haga lugar al recurso interpuesto.

4º) Que se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 del C.P.P.N..

-II-

Llegadas las actuaciones a este Tribunal estimo que el recurso de casación interpuesto con invocación de lo normado en el art. 456, inc. 2º del C.P.P.N. es formalmente admisible toda vez que del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que el recurrente invocó la errónea aplicación de la ley procesal; además el pronunciamiento mencionado es recurrible en virtud del art. 457 del C.P.P.N..

-III-

En el marco de un juicio abreviado, el tribunal oral tuvo por acreditado, de conformidad con lo acordado por las partes, que "*Malcolm Chomse LOMBARD el 3 de septiembre de 2009, intentó abordar el vuelo Nro. AZ 681 de la compañía aerocomercial Alitalia, con destino a Roma y en conexión con el vuelo AZ 704 que iba el 4 de septiembre de 2009 hacia Estambul, República de Turquía... el imputado intentó egresar del país con la sustancia estupefaciente oculta en su tracto digestivo, y asimismo en dos envases plásticos, uno de ellos con la inscripción 'AURILL SHAMPOO' y otro con la inscripción 'PANTENE PRO-V', los que se encontraban en el interior de una mochila gris y negra que portaba... la mencionada finalidad se vio frustrada como consecuencia de las tareas efectuadas por el personal preventor, en ocasión de efectuarse un control en el hall de la Terminal 'A' en cercanías de los mostradores de check in de la empresa ALITALIA. Los agentes preventores de la División Operacional Control*

del Narcotráfico y Delitos Complejos de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, efectuaron dicho control en presencia de los testigos Maximiliano Ruiz (D.N.I. 23.598.161) y Sergio Ariel Martínez Rojas (D.N.I. 93.077.203), de acuerdo a lo que surge del acta de fs. 1/4 vta.. Como consecuencia del mismo, al nombrado se le detectó una sustancia la cual sometida al reactivo específico arrojó un resultado positivo para cocaína” (fs. 1/6 vta.).

Al momento de dictar la resolución, el tribunal *a quo* resolvió “DECOMISAR el dinero producto de la venta del pasaje aéreo no gozado, (art. 876 inc. a y b del CA.). A tal efecto, deberá librarse oficio al Juzgado Nro. 8 del fuero, Secretaría Nro. 15, a fin de que requiera al Banco de la Ciudad de Buenos Aires, Sucursal Tribunales, que proceda a transferir a la orden de este Tribunal el importe de \$6.339,84 depositado en esa entidad conforme la boleta de depósito agregada a fs. 166. Fecho, líbrese oficio al Banco de la Ciudad de Buenos Aires, Sucursal Tribunales, a fin de que proceda a transferir dicho importe a la caja de ahorro en pesos nro. 25.033.232/08 abierta en el Banco de la Nación Argentina a nombre de ‘PJN- 0500/335 CSJN Fondos ley 23.737’”.

Por los motivos que expondré, entiendo que el recurso de casación presentado por la Defensa Pública Oficial no tendrá favorable acogida.

Esto así ya que según obra a fs. 343 de los principales -constancia de la audiencia de juicio abreviado- las partes llegaron a un acuerdo de imponer a Malcolm Chomse Lombard la pena de cuatro (4) años y siete (7) meses de prisión, más las accesorias del art. 876 incisos d), e), f) y h) del Código Aduanero, circunscribiendo la inhabilitación correspondiente al inciso f) para ser miembro de las fuerzas de seguridad (art. 1026 apartado b) in fine del C.A.), siendo la inhabilitación para el ejercicio del comercio prevista en el inc. E) de seis meses, más la inhabilitación absoluta del art. 12 del C.P. por el tiempo de la condena y el pago de las costas del juicio.

Como sostuve *in re*: “Mingrone, Gustavo Pascual y otro s/ recurso de casación”, causa nº 8294, reg. nº 12.027, rta. el 26/06/2008, la decisión sobre los

bienes a decomisar debe encontrar justificación en la ejecución de los hechos tenidos por ciertos en la sentencia. En este punto, observo que en la descripción de los hechos y desde un primer momento que incluye el contenido del requerimiento de elevación a juicio ya citado, la finalidad de extraer del país el estupefaciente a través del vuelo AZ 681 -destino Roma- formó parte esencial del objeto de imputación a Lombard -cfr. fs.1 vta. del presente-.

Sobre esos presupuestos, el ticket del pasaje aéreo como expresión material del contrato de transporte fue uno de los instrumentos necesarios para la ejecución del injusto reconocido por el acusado. En ese orden, no realizado el vuelo por la actuación de los funcionarios de seguridad, el dinero aplicado como parte de la transacción contractual integra el medio o instrumento del delito, más allá de su naturaleza fungible.

Al respecto he sostenido que carece de sentido jurídico el mero comiso del documento contractual que representa el sinalagma, dinero/transporte, pues aquel es sólo una representación material de la habilitación de uso del medio que habría de permitir la finalidad ilícita. En virtud de esto, el monto entregado en esa operación aparece de manera directa conectado con el injusto y debe ser asumido dentro de la medida de decomiso.

No se trata de la neutralización de todo el dinero u objetos poseídos por Lombard, sino que en el fallo se hizo una adecuada distinción entre la suma relacionada con la ejecución del delito y aquella que el *a quo* interpretó como ajena a su realización. Esta circunstancia muestra que el fundamento de la medida ha sido el mandato legal sobre los medios o instrumentos empleados para el desarrollo del injusto.

Por eso considero infundados los agravios del recurrente en punto a que no se ha establecido en la sentencia la relación de la medida adoptada con el ilícito y la alusión a que se habían omitido las razones por las que debía ser decomisado el dinero proveniente del pasaje. Conforme a lo antes expuesto, esa

crítica no consulta los enunciados de la propia sentencia y desconoce la naturaleza del decomiso como consecuencia necesaria -legal- de la comprobación del delito.

En efecto, el artículo 876 del Código Aduanero dispone: “1. *En los supuestos previstos en los arts. 863, 864, 865, 866, 871, 873 y 874, además de las penas privativas de la libertad, se aplicaran las siguientes sanciones: ...b) el comiso del medio de transporte y de los demás instrumentos empleados para la comisión del delito, salvo que pertenecieren a una persona ajena al hecho y que las circunstancias del caso determinaren que no podía conocer tal empleo ilícito...*”.

A partir de su enunciado se pone en evidencia el carácter imperativo de la norma y su procedencia resulta obvia en tanto sin el pasaje aéreo adquirido no podía ejecutarse el hecho imputado y reconocido por el propio acusado. Esto significa que si el contrabando de estupefacientes se pretende realizar por vía aérea llevando el imputado la droga consigo -en el interior de su cuerpo y en accesorios- al momento del *chek-in*, el pasaje de avión resulta ser un instrumento indispensable para cometer el ilícito aunque este quedara en grado de tentativa. La ejecución del hecho y el riesgo jurídicamente desaprobado que tiene por referencia el tipo de injusto comprobado por el tribunal, muestran la relación instrumental del billete aéreo con el suceso, conforme se expresa en la propia sentencia.

Esto es reconocido incluso por la doctrina, en tanto señala que medidas de decomiso como las aquí aplicadas son operativas y forman “... *parte de la punición de un delito consumado tanto como de uno tentado, es decir puede tratarse de un instrumento que se haya utilizado para cualquier acto ejecutivo punible, para un acto consumativo y aún para actos de agotamiento, de modo que el inmueble o los vehículos, las cuentas bancarias o cualquier otro valor empleado como instrumento o infraestructura para la comisión de un ilícito, puede ser objeto de esta pena accesoria...*” (cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, “Derecho Penal. Parte General”, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 987).

Además, lo expuesto resulta congruente con lo sostenido por esta Sala -en su anterior integración- en la causa n° 4757, "Gómez, Carlos Alberto s/ recurso de casación", reg. n° 6393, rta. el 08/03/04, al indicar que "*el decomiso constituye una pena pecuniaria accesoria que recae sobre aquellos objetos que les pertenecen a los condenados por un hecho delictivo cualquiera sea su grado de participación; y que fueron intencionalmente utilizados para consumir o intentar el delito, sin importar que hayan servido a todos los participantes, a uno o a alguno de ellos*" (conf. Ricardo C. Núñez, "Tratado de Derecho Penal", Parte General, T° II, Córdoba, 1988, págs. 445/446 y Jorge De La Rúa, "Código Penal Argentino", Parte General, Buenos Aires, 1997, págs. 343 y 347)..."

En esa misma inteligencia se sostuvo en la causa n° 3960, "Millapel, Julio César y Oller, Marcelo Iván s/ recurso de casación", reg. n° 5326, rta. el 21/11/02, que los instrumentos del delito "*son, en general, los utilizados como tales o los objetos intencionalmente utilizados para consumir o intentar el delito*" (confr. De la Rúa, Jorge, "Código Penal Argentino. Parte General", Ed. Depalma, 2° edición, Buenos Aires, 1997, pág. 345) y otro tanto respecto del delito de contrabando de estupefacientes agravado por el presunto destino de comercialización en grado de tentativa *in re*: "Gil Ramírez, Jorge Alberto s/ recurso de casación", causa n° 7345, reg. n° 10366, rta. el 13/08/07.

-IV-

La defensa cuestiona que el decomiso resuelto por el tribunal *a quo* no fue solicitado por el Ministerio Público Fiscal y por lo tanto no formaba parte del acuerdo de juicio abreviado -art. 431 bis del C.P.P.N.-. Esto sin embargo no coincide con la determinación del hecho volcada en ese acuerdo, conforme lo he señalado precedentemente y, por lo demás, dada la naturaleza imperativa que impone la ley en su aplicación, no requiere de una expresión explícita.

Por eso no se trata de la imposición de una pena mayor a la acordada

entre las partes. Si bien tengo dicho que en este caso particular -art. 431 bis del C.P.P.N.- el juez no puede agravar las consecuencias de lo pautado por los firmantes del acuerdo en tanto resulte objeto legalmente pasible de determinación por las partes, esa circunstancia no se extiende a lo que aparece como imperativo por la sola aplicación de la ley.

En virtud de ello cabe recordar que del art. 876 del C.A. surge que la consecuencia jurídica aplicada, se trata de una disposición común, de naturaleza imperativa: *“además de las penas privativas de la libertad, se aplicarán las siguientes sanciones: a)...el comiso, b)...el comiso...”* y por lo tanto no disponible por las partes. Esto determina que, más allá de lo acordado, su operatividad es una exigencia legal emergente de lo pautado.

Por lo tanto, en la medida que dentro del acuerdo alcanzado, el ticket aéreo aparece como instrumento del ilícito, el tribunal tiene abierta la jurisdicción para su comiso conforme lo exige la ley, sin perjuicio de que explícitamente se mencione en la presentación. De esa forma tampoco se puede alegar sorpresa o disconformidad con la sanción cuestionada ya que forma parte necesaria de la operatividad de la norma cuya atribución a Lombard se ha aceptado por la parte que ahora recurre.

-V-

Finalmente, cabe atender a la alegada violación del art. 17 de la C.N. e instrumentos internacionales de derechos humanos expuesta por la defensa. Al respecto tengo dicho que cabe recordar que la fuente de la restricción patrimonial atacada está expresamente contemplada por la ley y remite como justificación a una conducta precedente penalmente reprochable del propio afectado, de la cual es su consecuencia jurídica. Desde esa perspectiva entonces, el comiso es una sanción pecuniaria accesoria cuya aplicación viene exigida por el propio texto legal a partir de la determinación de la cosa como instrumento del delito.

Justamente, en virtud de la naturaleza de la medida y los

fundamentos que se han tomado en consideración por el *a quo* para imponerla no se advierte *per se* tal afectación. De hecho, históricamente se ha distinguido la aplicación del decomiso de la confiscación constitucionalmente vedada. Así, en el proyecto de Tejedor se establecía que *"toda pena que se imponga por crimen o delito lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecuten"*, explicando en la nota correspondiente que: *"La confiscación está abolida por la Constitución. Pero ésta se ha referido a la confiscación general de todos los bienes. Las confiscaciones de objetos particulares, producto o instrumento del delito, no están comprendidos en esta abolición"*.

En sentido similar se pronuncia Rodolfo Moreno (h) aclarando que *"La confiscación general de bienes ha sido...suprimida por la Constitución Nacional. Pero si bien es exacto que no se puede arrancar a una persona, por vía de castigo, la totalidad de su patrimonio, no le es menos que pueden verificarse imposiciones parciales que signifiquen la reducción del mismo"* ("El Código Penal y sus antecedentes", Tomo II, H.A. Tommasi Editor, Buenos Aires, 1922 - pág.104-).

En nuestro días, la doctrina advierte en esa misma línea que *"El decomiso es una pena accesoria...porque tiene lugar siempre que haya condena...dado el carácter pecuniario de esta pena, debe ser cuidadosamente distinguida de la confiscación prohibida constitucionalmente, esencialmente a partir del carácter general de esta última, a diferencia de la especificidad propia del decomiso, que siempre debe recaer sobre cosas en particular"* (Cfr. Zaffaroni, Alagia, Slokar, "Derecho Penal", Ediar, págs.943/944).

No hay en principio entonces óbice para el comiso aunque implique una restricción patrimonial que recaer sobre determinados bienes que son quitados de esa forma, de la esfera de pertenencia -propiedad, uso y goce- del sujeto. Además, como quedó expuesto más arriba, en este caso se ha ponderado la

razonabilidad de la medida, de forma congruente con los presupuestos de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad que ponen la decisión a salvo de la crítica de la defensa.

-VI-

De todos modos, cabe advertir que el *a quo* antes de hacer efectivo el punto dispositivo VI que nos ocupa, deberá atender a las condiciones del contrato de transporte con el fin de asegurar los derechos que pudiera esgrimir al respecto la empresa aérea, en virtud del no uso del servicio por parte del imputado. Ello así por cuanto el comiso no podría extenderse más allá de aquello que le correspondería al condenado dentro de ese sinalagma concreto en detrimento de los derechos de la aerolínea.

-VII-

Por lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la Defensa Pública Oficial a fs. 7/15, con costas y confirmar el punto dispositivo VI de la sentencia obrante a fs. 1/6 vta., en cuanto decomisó el dinero producto de la venta del pasaje aéreo no gozado (art. 876 inc. a y b), en la medida que así lo permitan los términos del contrato de transporte que regula el caso, debiéndose si así fuera depositar la suma correspondiente en la caja de ahorro en pesos nro. 25.033.232/08 abierta en el Banco de la Nación Argentina a nombre de “PJN- 0500/335 CSJN Fondos ley 23.737”.

El señor juez doctor **Luis M. García** dijo:

-I-

La defensa del condenado recurre en casación contra el punto dispositivo VI de la sentencia de fs. 350/355 vta., en cuanto se decidió “**DECOMISAR** el dinero producto de la venta del pasaje aéreo no gozado, (art.

876 inc. a y b del CA.). A tal efecto, deberá librarse oficio al Juzgado Nro. 8 del fuero, Secretaría Nro. 15, a fin de que requiera al Banco de la Ciudad de Buenos Aires, Sucursal Tribunales, que proceda a transferir a la orden de este Tribunal el importe de \$6.339,84 depositado en esa entidad conforme boleta de depósito agregada a fs. 166. Fecho librese oficio al Banco de la Ciudad de Buenos Aires, Sucursal Tribunales, a fin de que proceda a transferir dicho importe a la caja de ahorro en pesos nro. 25.033.232/08 abierta en el Banco de la Nación Argentina a nombre de PJN-0500/335 CSJN Fondos ley 23.737".

Sostiene que el tribunal oral ha incurrido en arbitrariedad por inobservancia de normas procesales sancionadas bajo pena de nulidad que derivó en inobservancia de la ley sustantiva porque *"los jueces no han expresado razones suficientes para afirmar fundadamente que el dinero debía ser decomisado al considerar el billete instrumento del delito"*. Agrega que su defendido, *"para la perpetración del [delito] nunca necesitó de la utilización real del pasaje aéreo"* y que *"el dinero correspondiente a los tramos no volados tampoco guarda relación directa con el injusto endilgado al Sr. Lombard"*. Invoca el art. 18 C.N. y el derecho de propiedad de los arts. 17 C.N., 21 CADH y 17 DUDH.

Subsidiariamente, se queja de que ha mediado exceso en el ejercicio de la jurisdicción, pues el tribunal ha impuesto una pena más gravosa que la solicitada por el Ministerio Público en el marco del art. 431 bis C.P.P.N. Alega que se ha violado su derecho de defensa, puesto que se ha impuesto una sanción de mayor severidad, que no pudo ser conocida, ya que tal consecuencia no estuvo comprendida en las pretensiones de la fiscalía. Señala que el art. 431 bis, inc. 5, C.P.P.N., establece que *"la sentencia [...] no podrá imponer una pena superior o más grave que la pedida por el ministerio público fiscal"* y argumenta que en el marco del procedimiento abreviado *"se ha incorporado como plus una pena accesoria no acordada en forma previa por las partes, a las que ni siquiera se les ha dado la oportunidad de expedirse [...] con relación a las razones fácticas y*

jurídicas por las que consider[a] que no procede el decomiso del producido de la venta del pasaje no utilizado”.

-II-

En primer término, he de tratar la impugnación subsidiaria, en cuanto se sostiene que el decomiso impuesto excede la pretensión de la Fiscalía de fs. 343 por la que había requerido, con la conformidad del imputado, que se procediese por la vía abreviada del art. 431 bis del C.P.P.N.

La pretensión del recurrente traduce una infracción a la regla general que exige congruencia entre el hecho de la acusación y el hecho probado en la sentencia de condena, principio que se infiere de los arts. 398 y 401 C.P.P.N. y, en última instancia, de la inviolabilidad de la defensa en juicio asegurada en el art. 18 C.N. y de los límites de la jurisdicción fijados en el art 116 C.N., en cuanto los jueces no tienen poderes de definición del objeto del proceso.

En un caso como el presente, rige además el art. 431 bis, inc. 2, C.P.P.N. que requiere que el imputado preste su conformidad a la descripción del hecho del requerimiento de elevación a juicio, requisito que es condición para que la solicitud del fiscal sea admisible y que, por lo tanto, constituye la base del acuerdo que celebran las partes.

Entiendo que si la fiscalía ha descrito suficientemente el objeto o el instrumento del delito y fundado por qué un bien debe ser considerado instrumento del delito, la falta de petición expresa de comiso por parte del Ministerio Público no obstaría a la aplicación de una consecuencia penal que es accesoria de la condena (art. 876, inc. b, del Código Aduanero), pues la consecuencia accesoria no es disponible por las partes.

Como lo he señalado en mi voto disidente en la causa n° 8294, “Mingrone, Gustavo Pascual y otro s/ recurso de casación” (sent. de 26/06/2008, Reg. N° 12.027) antes de examinar si el decomiso fue decidido de manera infundada corresponde examinar si el tribunal oral tenía jurisdicción habilitada

para imponer la pena accesoria aunque ésta no hubiese estado contenida en el acto que documenta el acuerdo de las partes para proceder de modo abreviado, como sostiene la defensa. A este efecto es dirimente determinar si los hechos fijados en el requerimiento de elevación a juicio, que en el caso constituyó la base del juicio abreviado tramitado, permitían al tribunal identificar, sin afectar la congruencia entre acusación y sentencia, el título de transporte aéreo como instrumento utilizado para cometer el contrabando de estupefacientes, calificable como "instrumento del delito" en los términos del art. 876, inc. b, del Código Aduanero, y, en virtud de ello, disponer su decomiso.

La respuesta a la cuestión propuesta como de primer orden es, en efecto, negativa. En el requerimiento de remisión a juicio no se hace referencia alguna al título de transporte del imputado. Al describir el hecho, el Fiscal ha atribuido a Malcom Chomse Lombard el transporte de una cantidad de estupefacientes, que habría sido descubierta *"a consecuencia del procedimiento realizado por personal de la División Operacional de Control del Narcotráfico y Delitos Complejos de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, en ocasión de realizar un control de rutina en el hall de la Terminal 'A [...]"*, ocasión en que el imputado *"pretendía abordar el vuelo AZ 681 (con destino a Roma y en conexión con el vuelo AZ 704 que iba el 4 de septiembre de 2009 hacia Estambul)"*. Calificó el hecho como *"contrabando de estupefacientes destinado inequívocamente a su comercialización, previsto por los arts. 863 y 866 2º párrafo del Código Aduanero (ley 22.415), en grado de tentativa (art. 871 del C.A.)"* que atribuyó al imputado como autor (fs. 230/236 vta.).

Si bien se mira, en esa descripción la representante del Ministerio Público sólo hizo referencia al pasaje aéreo, pero no hizo mención alguna a ese título de transporte, ni alegación de que hubiese constituido el instrumento del delito, ni en los fundamentos de la pieza requirente (fs. 233).

Agrego a ello que el nuevo fiscal interviniente, al pedir se proceda

por la vía abreviada, estimó que *“la pena adecuada a aplicar al procesado es la de cuatro años y siete meses de prisión, más las accesorias del art. 876 incisos d), e), f) y h) del Código Aduanero, circunscribiendo la inhabilitación correspondiente al inciso f) para ser miembro de las fuerzas de seguridad (art. 1026 apartado b) in fine del C.A.), siendo la inhabilitación para el ejercicio del comercio prevista en el inc. e) de seis meses, más la inhabilitación absoluta del art. 12 del C.P. por el tiempo de la condena y el pago de las costas del juicio, [...]”* por el hecho descrito en el requerimiento de elevación a juicio, a cuya descripción se remitió (cfr. fs. 343).

En estas condiciones, tampoco en ese requerimiento se afirma que el título de transporte hubiese constituido, en el caso, instrumento del delito.

Ahora bien, en la sentencia dictada al cabo del procedimiento abreviado se ha dispuesto el decomiso del *“dinero de la venta del pasaje aéreo no gozado”* en exceso de la base fáctica fijada por la fiscalía, que no había descrito ningún bien como instrumento del delito. Destaco por contraste que respecto de la mochila y los envases plásticos donde se encontraba oculto el material estupefaciente el *a quo* no ha impuesto el comiso. En rigor, al momento de describir el hecho probado se ha descrito que: *“En lo que respecta al producido de la venta del pasaje aéreo de la empresa Alitalia que le fuera secuestrado al imputado, y que fuera oportunamente depositado en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires (conf. fs. 166), corresponde su decomiso por resultar un instrumento del delito, toda vez que mediante el uso del mismo, LOMBARD se disponía a extraer el material estupefaciente fuera del territorio nacional, en la forma antes descripta. En consecuencia, se deberá librar oficio al Juzgado Nro. 8, Secretaría Nro. 15, a fin de que requiera al Banco de la Ciudad de Buenos Aires que transfiera a la orden de este Tribunal el importe consignado en la boleta de depósito obrante a fs. 166. Fecho, se deberá librar oficio al referido Banco, a fin de que transfiera dicho importe a la cuenta caja de ahorro en pesos nro. 25.033.232/08 abierta en el Banco de la Nación Argentina a nombre de*

PJN-500/335 CSJN Fondos ley 23.737". En ese párrafo no se cita la base jurídica de la decisión, mientras que en el punto dispositivo VI se ha citado el art. 876, incs. a y b, del Código Aduanero.

No se pasa por alto que, tanto en el requerimiento de remisión a juicio como en la petición de juicio abreviado, se han incluido en la descripción de las circunstancias del hecho, y en particular que el imputado se dirigía a abordar un vuelo con destino a Roma, donde hacia conexión con otro vuelo con destino final Estambul, República de Turquía. Sin embargo, no hay ninguna descripción que afirmase con suficiente claridad, que el pasaje aéreo emitido bajo la forma inmaterial de "ticket electrónico" constituyese el "instrumento" para cometer el contrabando. Una afirmación en este sentido constituiría un complemento de las circunstancias de hecho, que no pueden ser incluidas de oficio por los jueces por dos razones: porque no tienen poder de definición del objeto del proceso, y porque tal inclusión sería además sorpresiva para el imputado y su defensa.

En otro orden, cabe conceder a la defensa que el *a quo* no ha dado razón alguna de cuál es el supuesto de hecho del art. 876 inc. b, del Código Aduanero, cuáles son los bienes alcanzados, y cómo estimó satisfecho en el caso el supuesto de hecho de esa disposición. Observo que a este respecto la sentencia está desprovista de toda razón fáctica y jurídica.

El *a quo* no ha hecho explícito el fundamento jurídico de su decisión y se ha limitado a citar, en la parte dispositiva, el art. 876, incs. a y b, del Código Aduanero. Habida cuenta que sólo el punto dispositivo VI de la sentencia ha sido objeto de impugnación, y no se impugna el comiso de la sustancia estupefaciente transportada, queda fuera de consideración el inciso a) de aquella disposición legal, que regula el comiso de la mercadería objeto del contrabando. El art. 876 inciso b del Código Aduanero dispone que además de las penas privativas de libertad se aplicarán: "[...] b) *El comiso del medio de transporte y de los demás instrumentos empleados para la comisión del delito, salvo que pertenecieren a*

una persona ajena al hecho y que las circunstancias del caso determinaren que no podía conocer tal empleo ilícito”.

Según esa disposición, caen bajo el comiso los *instrumenta sceleris*, a saber “*el medio de transporte y los demás instrumentos empleados para la comisión del delito*”. El supuesto de hecho tiene dos extremos, debe tratarse de un instrumento, y debe haber sido empleado para la comisión del delito. La cuestión central radica en definir si bajo el concepto de instrumentos están comprendidas en el art. 876, inc. b, del Código Aduanero sólo las cosas materiales (art. 2311 C.C.), o también bienes inmateriales que no son cosas que tienen valor patrimonial (art. 2312 C.C.). No cabe duda de que las cosas pueden ser empleadas finalmente como instrumentos de un delito. Los derechos personales o reales no pueden en sentido estricto ser empleados para cometer un delito, sino ser ejercidos o no ejercidos. En ese sentido el ejercicio o la omisión de ejercicio de un derecho puede ser un medio para cometer un delito pero nunca un “instrumento” empleado para cometer el delito. Viajar en un transporte es una acción que constituye el ejercicio de un derecho personal derivado de un contrato de transporte; hacerse transportar con causa (por un título jurídico) es el ejercicio de un derecho personal contra un tercero, ejercicio de un derecho que sólo es instrumental al delito en el sentido de acción final. Pero el derecho que se tuviere contra un tercero a hacerse transportar no es el instrumento del delito, y por ende, no puede caer bajo el supuesto de decomiso del art. 876, inc. b, del Código Aduanero.

Si por vía del art. 4 C.P. se aplica subsidiariamente la regla general del Código Penal del art. 23 (texto según ley 25.815, B.O. 01/12/2003), la conclusión no varía. El párrafo primero se refiere a “*cosas que han servido para cometer el hecho*”, y no a “*bienes*”. Los bienes sólo podrían ser pasibles de comiso como “*ganancias que son el producto o provecho del delito*”, y no es éste el caso.

Con esto me aparto de la inteligencia asignada a la misma disposición por la Sala I de esta Cámara, en la causa n° 9514, “Develis, Matheus s/ recurso de casación” (rta. 05/09/2008, Reg. N° 1144/08).

El *a quo* ha desconocido la diferencia entre el ejercicio de un derecho, como medio de comisión del delito, y el derecho personal mismo, al ordenar el decomiso “[d]el dinero producto de la venta del pasaje aéreo no gozado”, y además, se ha entrometido en una relación contractual de derecho privado al disponer que “el producido del pasaje aéreo de la empresa Alitalia que le fuera secuestrado al imputado, y que fuera oportunamente depositado en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires [...] [se] transfiera a la orden de este Tribunal”.

La decisión del *a quo* trata de manera promiscua cuestiones distintas. Una es el derecho personal que el comprador de un pasaje aéreo pueda tener contra la aerolínea, en virtud del contrato de transporte aéreo, a ser transportado en las condiciones pactadas, y en subsidio, el derecho personal que el comprador eventualmente tuviese contra la aerolínea, al reembolso del precio pagado o parte del precio, por la falta de ejercicio del derecho a ser transportado en las condiciones pactadas. Estos derechos se rigen por las cláusulas y condiciones del contrato de transporte aéreo.

Los derechos emanados del contrato de transporte no deben confundirse con la cosa material que documenta el título de transporte. Esa cosa material muchas veces no existe, y tal es el caso de autos en el que se emitió un pasaje electrónico, esto es, el título tiene un soporte inmaterial.

La decisión del *a quo* trasunta tres presupuestos implícitos: a) que el condenado tiene un derecho personal contra la aerolínea, para ser reembolsado de parte del precio pagado por la falta de ejercicio del derecho a ser transportado en las condiciones pactadas, b) que ese derecho es susceptible de confiscación por el Estado, con base en el art. 876, inc. b, del Código Aduanero; y c) que el Estado puede subrogarse en el ejercicio del derecho del condenado, ordenando judicialmente en el proceso penal, sin proceso previo en el que se garantice la intervención de la aerolínea, el pago de la parte del precio que por hipótesis debe

ser reembolsada.

Esto constituye una suma de arbitrariedades que conducen a la revocación del punto VI de la sentencia recurrida. Es arbitrario dar por establecido que en las condiciones del caso el aquí condenado tenía un derecho personal contra la aerolínea a obtener parte del reembolso, y la arbitrariedad consiste en que ni siquiera se han probado ni examinado las condiciones del contrato de transporte del que en el caso se trata. Aunque se diese por establecido que el condenado tiene un derecho personal de esa naturaleza, la apropiación de ese derecho personal por parte del Estado no tiene base legal, y es incompatible con el art. 17 C.N., y con el art. 21 CADH, porque el art. 876, inc. b, del Código Aduanero, que no comprende la confiscación de derechos patrimoniales. Finalmente, es contrario al art. 18 C.N. imponer por sentencia judicial a la empresa de transporte aéreo -a la que no se ha dado intervención alguna en este proceso- una obligación de pagar sumas de dinero a título de reembolso de precio, sin haberse seguido un proceso legal en el que se le asegure el derecho a ser oída sobre la existencia de esa obligación y su exigibilidad (art. 18 C.N.).

Por cierto, si el aquí condenado tuviese efectivamente en el caso un derecho personal a obtener el reembolso parcial del precio pagado por el pasaje, ese derecho personal constituiría un bien de contenido patrimonial (art. 2312 C.C.). La solución que aquí se propone no prejuzga acerca de la posibilidad de que ese derecho sea susceptible de una medida cautelar, o de su liquidación a los fines establecidos en el art. 518 y concordantes, del C.P.P.N.

-III-

Por las razones expuestas, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso de casación de fs. 335/339, y en consecuencia, revocar el punto dispositivo VII de la sentencia de fs. 324/329, sin costas (arts. 470, 530 y 532 C.P.P.N.).

Así voto.

El señor juez doctor **Raúl R. Madueño** dijo:

Que adhiere al voto del Dr. Yacobucci y se expide en idéntico sentido.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, por mayoría, **RESUELVE:** Rechazar el recurso de casación deducido por la Defensa Pública Oficial a fs. 7/15, con costas y confirmar el punto dispositivo VI de la sentencia obrante a fs. 1/6 vta., en cuanto decomisó el dinero producto de la venta de pasaje aéreo no gozado (art. 876 inc. a y b), en la medida que así lo permitan los términos de contrato de transporte que regula el caso, debiéndose si así fuera depositar la suma correspondiente en la caja de ahorro en pesos nro. 25.033.232/08 abierta en el Banco de la Nación Argentina a nombre de "PJN- 0500/335 CSJN Fondos ley 23.737".

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del artículo 400, primera parte, del Código Procesal Penal de la Nación en función del artículo 469, tercer párrafo, del mismo ordenamiento legal y remítase al tribunal de procedencia sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Firmado: Guillermo J. Yacobucci, Luis M. García y Raúl R. Madueño. Ante mí:
Gustavo J. Alterini, Prosecretario Letrado, CSJN.