

Cámara Nacional de Casación Penal

Causa N° 12.651
“Sánchez, Jorge Néstor s/
recurso de casación”.
Sala II - C.N.C.P.

Registro n° 18.655

//la Ciudad de Buenos Aires, a los 10 días del mes de junio del año dos mil once, se reúnen los integrantes de la Sala Segunda de la Cámara Nacional de Casación Penal, doctor Guillermo Yacobucci como Presidente, y doctores Luis M. García y W. Gustavo Mitchell como vocales, asistidos por el Prosecretario Letrado de la C.S.J.N., doctor Gustavo J. Alterini, con el objeto de dictar sentencia en la **causa n° 12.651** caratulada: “**Sánchez, Jorge Néstor s/ recurso de casación**”, con la intervención del representante del Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara, doctor Juan Martín Romero Victorica y la Defensora Pública Oficial, doctora Eleonora Devoto.

Efectuado el sorteo para que los señores Jueces emitan su voto, resultó que debía observarse el siguiente: W. Gustavo Mitchell, Guillermo J. Yacobucci y Luis M. García.

El señor juez **W. Gustavo Mitchell** dijo:

-I-

1°) Con fecha 31 de marzo de 2010, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 9 de esta ciudad, en la causa n° 3.367 de su registro, resolvió “**DISPONER EL DECOMISO** de la motocicleta Honda, dominio 347 EPX, propiedad de Jorge Néstor Sánchez, secuestrada conforme surge del acta de fs. 4 ...”.

2°) Contra la pena de decomiso impuesta en la resolución, el doctor Ricardo De Lorenzo, Defensor Público Oficial de Sánchez, dedujo recurso de casación a fs. 282/292 vta., el que fue concedido a fs. 312 y mantenido a fs. 319.

3°) El recurrente expresó que la resolución impugnada le causa agravio por el error que ha cometido el tribunal al considerar que debía decomisar la motocicleta, realizando una errónea interpretación del artículo 23 del Código Penal.

Alegó que el fundamento de la norma consiste en el propósito de evitar que las armas y los objetos inequívocamente destinados a cometer delitos queden en manos de los delincuentes, y que los objetos que solo eventualmente pueden ser usados como instrumentos de un delito no pueden ser decomisados.

Asimismo, agregó que Sánchez no teniendo una relación laboral estable, se dedica a hacer changas y utiliza la motocicleta -secuestrada en autos- para trasladarse a los distintos lugares de trabajo.

Por otro lado, señaló que el resolutorio condenatorio vulnera lo dispuesto por el artículo 18 de la Constitución Nacional y el artículo 431 bis, inciso 5° del Código Procesal Penal de la Nación. Ya que en el acuerdo de juicio abreviado llevado a cabo entre el fiscal y el imputado, no se había acordado el decomiso de la moto secuestrada, con lo cuál se agravó la pena pactada sin que Sánchez pudiera ejercer plenamente su derecho de defensa y violando la garantía del debido proceso.

Afirmó el impugnante que habiendo prestado el imputado su consentimiento sobre todos y cada uno de los puntos referidos por la normativa

vigente, la falta de imposición de esta pena accesoria, fue condición esencial para que Sánchez prestara su consentimiento y formalizara el convenio.

En apoyo a su postura citó jurisprudencia de esta Sala.

Por último, hizo expresa reserva del caso federal.

4°) Que con fecha 16 de mayo del corriente año, se dejó debida constancia de haberse celebrado la audiencia prevista en el art. 465 bis en función del 454 y 455 *ibidem* (texto según ley 26.374).

-II-

Llegadas las actuaciones a este tribunal, considero que el recurso de casación deducido por la defensa de Jorge Néstor Sánchez a fs. 282/292 vta. de este incidente es formalmente admisible toda vez que del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que el recurrente invocó fundadamente el art. 456, inc. 1° del C.P.P.N., siendo además que el pronunciamiento mencionado es recurrible en virtud de lo dispuesto en el art. 457 *ibidem*, por ser resolución equiparable a definitiva.

-III-

Entrando al tratamiento de la cuestión planteada adelanto mi voto propiciando el rechazo del recurso incoado por el Defensor Público Oficial contra la resolución del Tribunal Oral en lo Criminal n° 9 de esta ciudad.

El Código Penal establece en su art. 23 (modificado por la ley

25.815) que “en todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito”. Dicho texto legal hace referencia tanto a los instrumentos del delito (*instrumenta sceleris*) como a los efectos de éste (*producta sceleris*). Los primeros son los objetos intencionalmente utilizados para consumir o intentar el delito sea que de ellos se hayan servido todos los partícipes o alguno de ellos, sea que estén especialmente destinados al efecto o que sólo hayan sido utilizados ocasionalmente; los segundos son su resultado, porque el delito los ha producido o porque se los ha logrado por medio de él (cfr. Ricardo Núñez, Manual de Derecho Penal, Parte General, Marcos Lerner Editora, 3º Edición, 3º Reimpresión, 1981, Córdoba, pág. 371).

De igual modo la ley 23.737, en su artículo 30, último párrafo, también prevé que “se procederá al comiso de los bienes e instrumentos empleados para la comisión del delito, salvo que le pertenecieren a una persona ajena al hecho y que las circunstancias del caso o elementos objetivos acrediten que no podía conocer tal empleo ilícito. Igualmente se procederá a la incautación del beneficio económico obtenido por el delito”.

Ahora bien, para proceder al decomiso el tribunal debe dar razones fundadas en virtud de las cuales considera que el bien objeto de esa pena se encuentra comprendido dentro de las hipótesis previstas por el art. 30 de la ley 23.737. Y ello así pues como reiteradamente ha sostenido esta Cámara, “no basta que un fallo tenga fundamentos, es menester que estos fundamentos estén a su

vez fundados; porque si no lo están entonces sólo hay apariencia de fundamentación" (cfr. in re "Malatesta, Claudia s/ recurso de casación", causa N° 3957, rta. el 15/08/07, registro N° 10.385 de esta Sala, con cita de Genaro Carrió, "Recurso Extraordinario", Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1967, pág. 260, entre otras).

Para disponer el decomiso el *a quo* tuvo en consideración: "... *que el hecho planificado preveía la fuga de ambos autores en la motocicleta Honda, dominio 347 EPX, propiedad de Jorge Néstor Sánchez. Más allá de la falta de habilidad del imputado para poner en marcha el vehículo, lo cierto es que la audacia del plan y el éxito del mismo se centraba en la rapidez para obtener el botín y fugar con él para lo cual era indispensable el motovehículo. Corresponde en consecuencia disponer su decomiso conforme lo ordena el art. 23 del Código Penal.*".

En la descripción del hecho -que no es materia de controversia- se establece que mientras su consorte de causa luchaba con la víctima para desapoderarla de su billetera, el aquí recurrente subido a la moto, intentó sin éxito, ponerla en marcha para huir con su compinche. Al no lograrlo Sánchez pudo evitar que la sustracción se consumase.

Esto demuestra que no sólo estuvo en el plan usar el rodado para escapar sino que efectivamente ese plan tuvo principio de ejecución, de modo que en la totalidad del conato cabe incluir al vehículo como instrumento del delito.

Al respecto debe recordarse que *“El decomiso constituye una disposición imperativa para el juzgador, pues se trata de una pena accesoria y como tal en principio es ajena a la materia propia del juicio abreviado, razón por la cual es irrelevante que a su respecto se haya llegado o no a un acuerdo.”* En consecuencia no se confirma ninguna extralimitación en las facultades del tribunal al pronunciarse sobre el tema, como lo pretende hacer ver el recurrente. (Cfr. “Shoulov, Yonatan s/ recurso de casación”, C.N.C.P., Sala III, Reg. 1711/2009).

Por lo expuesto propicio al Acuerdo se rechaza el recurso de casación interpuesto, con costas (arts. 456, 470, 471, 530 y 531 *a contrario sensu* del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

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

-I-

He de coincidir con el voto que lidera el acuerdo y por lo tanto adherir a la solución que viene propuesta.

A partir del enunciado del art. 23 del Código Penal -transcripto en el voto precedente- se pone en evidencia el carácter imperativo de la norma y su procedencia resulta obvia en tanto sin la motocicleta no podía ejecutarse el hecho imputado y reconocido por el propio acusado.

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.

-II-

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.-. Como sostuve *in re*: “Mingrone, Gustavo Pascual y otro s/ recurso de casación”, causa n° 8294, reg. n° 12.027, rta. el 26/06/2008, la decisión sobre el bien antes aludido debe encontrar justificación en la ejecución de los hechos tenidos por ciertos en la sentencia. En este punto, el acuerdo de juicio abreviado que ha sido la base del fallo no puede ser modificado, conforme lo regula el art. 431 bis del C.P.P.N.. Por eso la referencia precisa al uso de la motocicleta brinda legitimidad a la medida adoptada por el *a quo* en tanto ésta es enteramente dependiente de la determinación del hecho imputado.

En punto al agravio de la defensa por la imposición de una pena mayor a la acordada entre las partes en la presentación correspondiente al art. 431 bis del C.P.P.N., tampoco ha de encontrar favorable acogida.

En tal sentido he sostenido que el instituto del juicio abreviado es una de las excepciones que prevé el sistema procesal a la competencia amplia de

la jurisdicción para definir el derecho y la pena aplicable. En ese orden, 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.

Sin embargo, en la medida que en el acuerdo alcanzado, la motocicleta Honda dominio 347EPX, propiedad de Jorge Néstor Sánchez, 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.

-III-

En virtud de lo expuesto, adhiero al voto precedente y propicio se rechace el recurso de casación interpuesto, con costas. Tal es mi voto.

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

-I-

Coincido con el juez doctor Mitchell en que el recurso de la defensa interpuesto a favor del condenado Jorge Néstor Sánchez es formalmente admisible, correctamente fundado en los presupuestos del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, y me remito también a este voto en cuanto a la reseña de los planteos efectuados a fs. 282/292 vta.

-II-

Entiendo adecuado comenzar por el examen del agravio contra el

punto dispositivo cuarto de la sentencia de condena de fs. 270 por el que se ordenó el decomiso de la motocicleta Honda 347 EPX, de propiedad del condenado, a tenor del art. 23 C.P.

Se queja el recurrente de que en ese dispositivo la sentencia excede la pretensión punitiva de la Fiscalía expresada en ocasión de promover que se procediese, con el acuerdo del imputado, por la vía abreviada del art. 431 bis del C.P.P.N. (fs. 249/249 vta.).

La queja traduce una infracción a la regla general que impone la existencia congruencia en dos sentidos, a) 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 b) entre las pretensión punitiva expresada por la acusación y la pena en definitiva impuesta. En última instancia, ambas perspectivas se vinculan con 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.

De tal suerte, corresponde examinar si el tribunal oral tenía habilitada la jurisdicción para imponer la pena accesoria aunque ésta no hubiese estado contenida en el acta que documentó el acuerdo de las partes para proceder por la vía abreviada.

A este efecto es dirimente determinar, en primer término, 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 sin afectar la congruencia debida, examinar si el empleo de la motocicleta había sido

concebido o elegido como instrumento para la ejecución del plan de los autores, y, en virtud de ello, disponer su decomiso.

Constato así que en la pieza acusatoria de elevación a juicio se imputó a Jorge Néstor Sánchez y Claudio Norberto Jaidar *"el hecho ocurrido el día 15 de agosto de 2009, alrededor de las 17.45 hs., cuando intentaron apoderarse ilegítimamente de la billetera de Martín Locuratorio"* y se dijo que *"[p]ara tal fin, los nombrados ingresaron a la playa de estacionamiento de la estación de servicio de la Y.P.F. a bordo de una motocicleta marca Honda modelo 125 cm³, color negra, que no llevaba dominio colocado, con Sánchez al volante y Jaidar como acompañante, deteniendo en ese momento el vehículo en el surtidor que era atendido por Martín Locuratolo, playero del lugar, a quien Sánchez le solicitó que llenara el tanque de nafta de la moto. En eso estaba cuando fue tomado por la espalda por Jaidar, quien apoyó un objeto en su cintura y le refirió "Callate porque te pego un tiro, dame la plata" sic, razón por la cual comenzó a llamar a viva voz a la policía cuando el [damnificado] se trezó en lucha con Jaidar, Sánchez aprovechó la ocasión para arrebatarse la billetera, con la recaudación del día, del bolsillo del pantalón del damnificado, e intentó poner en marcha el vehículo y al no lograr encenderlo descendió, momento en que fue interceptado por el damnificado quien pudo recuperar su billetera.*

A causa de los gritos de los empleados de la estación de servicio, que sirvieron de aviso a la policía, ambos imputados intentaron darse a la fuga, abandonando la motocicleta en el lugar, pero momentos después fueron detenidos, Sánchez por empleados del lugar y personal policial frente al nro. 1733 de la Avenida San Juan y Jaidar a la altura del nro. 1773 de la calle Humberto Primo por personal policial".

Observo asimismo que el representante del Ministerio Público Fiscal consideró relevante en relación al imputado Sánchez “[...] conforme a la documentación que él presentara para lograr la restitución de la moto que efectivamente se encuentra registrada a su nombre” [que la] circunstancia de que al cometer el hecho la moto careciera de [la chapa patente] indica que la conducta reprochada a Sánchez había sido planificada con antelación, para lo cual el nombrado quitó de la moto la chapa patente en miras a evitar que damnificados o eventuales testigos apuntaran ese dato luego, estando la moto a su nombre indefectiblemente nos conduciría a él” (cfr. fs. 99/101 vta.).

Constato también que el tribunal oral al momento de decidir la aplicación de la pena accesoria del art. 23 del C.P. indicó que resultaba “[...] evidente que el hecho planificado preveía la fuga de ambos autores en la motocicleta Honda, dominio 347 EPX, propiedad de Jorge Néstor Sánchez” [y que más allá de la falta de habilidad del imputado para poner en marcha el vehículo, lo cierto es que la audacia del plan y el éxito del mismo se centraba en la rapidez para obtener el botín y fugar con él para lo cual era indispensable el motovehículo” (cfr. considerandos de la sentencia, pto. V, fs. 269 vta.).

Efectuada esa confrontación, concluyo que en el caso no es dable interpretar que el tribunal hubiese con ello añadido alguna circunstancia de hecho que no estuviese contemplada en la acusación, por consiguiente, su jurisdicción estaba habilitada para determinar si los ladrones habían predisposto la motocicleta como instrumento para facilitar la ejecución del hecho o su consumación. De tal suerte, el *a quo* ha respetado la congruencia fáctica entre acusación y sentencia. La defensa, por lo demás, no discute adecuadamente que la moto hubiese sido predisposta para ejecutar y consumir el robo, ni ha alegado imposibilidad de discutir esos aspectos fácticos por un eventual efecto sorpresa.

Por lo demás, evoco que antes de ahora me he pronunciado a favor de la doctrina que proclama que el instrumento puesto a disposición para la ejecución del plan de los autores de un modo causal, o para asegurar la

consumación es una "cosa que ha servido para cometer el hecho" en los términos del art. 23 C.P., y que entiende que entre estos instrumentos está comprendido el automóvil o vehículo dispuesto para la ejecución del hecho. A base de lo cual he declarado que el art. 23 C.P. constituye suficiente base legal para imponer como accesoria de la condena el comiso del automóvil empleado por los ladrones para facilitar la huída después del despojo a la víctima del robo (cfr. mi voto, causa 13018 "Ruiz, Raúl Alberto s/recurso de casación", Reg. 18351, rta. el 20/4/11).

Sentado ello, el Tribunal tampoco ha incurrido en una infracción al principio de congruencia al ordenar el decomiso del instrumento del delito, aunque tal decomiso no hubiese sido pedido expresamente por la fiscalía.

Al respecto considero pertinente evocar los criterios que he sentado al concurrir al dictado de la sentencia en la causa n° 8294 "Mingrone, Gustavo P. y otro s/rec. de casación" (reg. n° 12.027, rta. el 26 de junio de 2008), a cuyos fundamentos me remito por razón de brevedad. Allí, después de examinar los alcances de los arts. 116, 120 y 18 C.N., concluí que los jueces no tienen autoridad, como regla, para imponer una pena más grave que la requerida en la pretensión del acusador porque esta pretensión impone un límite a su jurisdicción para determinar la pena; y dejé a salvo que, por excepción deberán imponer una pena más grave que la requerida en dos supuestos: a) si el pedido de pena se ha fundado en una ley que la fiscalía invoca errónea o inadecuadamente, en cuyo caso, los jueces deben aplicar la ley que rige el caso, y no la erróneamente invocada, siempre que la pena requerida quede por debajo del mínimo legal establecido en la ley que la jurisdicción declara aplicable al caso; y b) cuando el acusador ha invocado correctamente la ley que rige el caso, pero ha errado en la pretensión de pena, requiriendo la imposición de una pena cuya magnitud queda fuera y por debajo de la escala penal correspondiente a la calificación jurídica invocada y aceptada por el tribunal. En estos dos supuestos los jueces deben aplicar una pena más grave que la pedida, por imperio del principio de

legalidad, pero limitándose a la pena mínima o menos grave de la escala correspondiente a la ley aplicable al caso. Estos criterios son aplicables, *mutatis mutandis*, a los supuestos en los que la ley establece una consecuencia jurídica que no está sujeta a disponibilidad ni a la discrecionalidad del acusador. En esos casos el tribunal “debe” aplicar una consecuencia penal aunque ella sea más grave que la pedida expresamente por el acusador, de lo contrario, el tribunal estaría omitiendo aplicar la ley.

El decomiso es una consecuencia jurídica no sujeta a disponibilidad, ni sometido a la discrecionalidad de las pretensiones del acusador público. Tal conclusión se deriva del lenguaje de la ley: “*En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho [...]*”.

Sentado lo anterior, adhiero en lo pertinente a las demás argumentaciones del voto del juez Yacobucci, en cuanto se concluye que cualquier medio predispuesto y utilizado intencionalmente para la ejecución o consumación del delito puede ser objeto de comiso.

-III-

Con estas consideraciones adicionales, concuro a la solución que viene propuesta por los jueces que me han precedido en la votación. Así voto.

Por lo expuesto, esta Sala **RESUELVE**:

Rechazar el recurso de casación interpuesto, con costas (arts. 456, 470 y 471 *a contrario sensu*, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del artículo 455 último párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación y remítase al tribunal de procedencia sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Cámara Nacional de Casación Penal

**Causa N° 12.651
“Sánchez, Jorge Néstor s/
recurso de casación”.
Sala II - C.N.C.P.**

Fdo: señores jueces doctores Guillermo J. Yacobucci, Luis M. García y W. Gustavo Mitchell. Ante mí: doctor Gustavo J. Alterini, Prosecretario Letrado C.S.J.N..

Secretaría, 10 de junio de 2011.