En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los veintiún días del mes de diciembre del año dos mil dieciocho, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Trelew, Dres. Alejandro Gustavo Defranco, Roberto Adrián Barrios y Omar Florencio Minatta, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"D. L. V., S. s/denuncia robo agravado r/damnificado – Trelew" (Carpeta Nro. 6901 Ofiju Tw - Legajo Fiscal Nro.: 64787 OUMPF)**, con motivo de la impugnación interpuesta por la Defensa Pública en representación de D. G. C., contra la resolución de la Juez Penal, Dr. Mirta del Valle Moreno de fecha 14/08/18 y registrada digitalmente bajo el Nro. 2052/18, por la cual denegara la concesión de la suspensión del juicio a prueba, por resultar imperativo el abandono a favor del Estado del vehículo VW Bora X, dominio X, propiedad del imputado y que fuera utilizado en el hecho investigado correspondiente al día 07/04/16 y por el que fuera imputado del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en el carácter de partícipe necesario (arts. 166, inc.2, 3er. párrafo, y 167, inc. 2do. y 45 del C.P.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 06/12/18 en la sede de este tribunal, intervino el Defensor Público, Dr. L. B., oportunidad en que ratificara en todos sus términos, la impugnación que oportunamente dedujera y que obra glosada a fs. 76/77 vta.-

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Alejandro Gustavo Defranco, Roberto Adrián Barrios y Omar Florencio Minatta.

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- La cuestión traída a conocimiento por la Defensa ante esta Sala, resulta del agravio que causa al impugnante la resolución de fecha 14 de agosto de 2018, a través de la cual, la Juez Penal Mirta del Valle Moreno, rechaza el pedido de suspensión del proceso a prueba solicitado a favor de D. G. C.

2.- En efecto, en fecha 10 de agosto, como cuestión previa al inicio del debate, el Sr. Defensor de C., Abogado L. B., solicita la *probation* a favor de su cliente procesal, ofrece reparación del daño y la realización de 50 horas de trabajo comunitario.

3.- En esa instancia, la Fiscalía, representada por el Fiscal General Arnaldo Maza, presta su consentimiento para el instituto, supeditado ello al abandono a favor del Estado el vehículo presuntamente utilizado para cometer el hecho.

4.- A seguido, la *a quo*, considerando vinculante la opinión fiscal, rechaza la aplicación del instituto ante el incumplimiento de ese requisito por parte de la defensa.

5.- Sin perjuicio de la corrección o no de la estrategia de la Defensa, quien se niega a la entrega del automóvil propiedad de su asistido, fundado ello en la inocencia de su pupilo –lo que resulta incomprensible para el suscripto por cuanto debería instar el sobreseimiento o la absolución en juicio oral-, lo cierto es que se agravia ante esta Cámara por cuanto estima que no corresponde aquella objeción al dictado de la suspensión del proceso a prueba.

6.- Puesto a resolver, brevemente diré que, sin perjuicio de llevar razón tanto el MPF como la magistrado interviniente, en punto a que es un requisito de admisibilidad para la evaluación de la concesión o no de la *probation*, no menos cierto es que, por imperativo legal, debe efectuarse una fundada y explicita exposición de los motivos por los cuales,

necesariamente, el bien de mención es uno de los pasibles de decomiso, conforme el art. 23, Cód. Penal.

Es que resulta inherente al sistema republicano de gobierno la fundamentación razonada de los motivos de cualquier acto de gobierno; así el art. 25 del rito penal obliga a los magistrados a "motivar, con adecuada fundamentación lógica y legal" cualquier decisión judicial.

Sin embargo, en el caso, no se ha explicado por qué motivo ese vehículo podría ser decomisado, en caso de sentencia condenatoria, qué participación tuvo en el evento, en qué carácter ha sido utilizado y, sobre todo, no hubo explicación alguna acerca de la proporcionalidad entre la respuesta sobre el automotor respecto a la magnitud del daño producido, en clave, de aparecer –el abandono del auto- como una pena superpuesta a la ya prevista de prisión.

7.- Bajo el riesgo de ser reiterativo, soy de la opinión que acierta la magistrado en punto a que emerge como un requisito para la concesión de la *probation* "el abandono a favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados…".

Por su parte, el art. 23, que incorpora el instituto del decomiso –que desde ya afirmo no puede tener efectos confiscatorios (art. 17, C.N.)-, expresamente ordena que se decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y las cosas o ganancias productos del delito.

De ello se colige, como mínimo, una determinación expresa y fundada, con los elementos provisorios, obviamente, que se posean de la investigación preliminar, del carácter que se asigna a dicho bien (si es instrumento o ganancia), de qué manera se puede acreditar ello, la necesidad de su decomiso y, como se dijo, la explicación de la no afectación de la

proporcionalidad en la respuesta punitiva; un juicio concreto de probabilidad de aplicación de la pena de decomiso, ante la hipótesis de condena, lo que obliga, aunque provisionalmente a expedirse sobre la posibilidad cierta de sanción, no superada por la mera indicación de las previsiones legales como se hizo.

8.- Por todo ello, ante la falta de fundamentación apuntada, y no siendo de ningún modo posible el saneamiento del acto, es que voto por la declaración de nulidad de la resolución atacada y devolver estos folios a la Oficina Judicial para que el mismo magistrado se avoque a la tramitación de la solicitud de acuerdo a las consideraciones del presente sufragio.

9.- En punto a las costas y honorarios de la Defensa, voto por diferir la cuestión para el momento en que se hayan fijado los correspondientes a la instancia de mérito. Así voto.

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Nos encontramos ante un caso en donde la jueza penal Mirta del Valle Moreno, denegó el pedido de suspensión de juicio a prueba instado por el acusado C., por considerar que no ha ofrecido como condición para el otorgamiento del instituto en cuestión, el abandono a *favor* del estado, el vehículo VW, Bora utilizado en el hecho de acuerdo a la teoría del caso fiscal.

Encontrándose el resto de los antecedentes en esta sentencia, omitiré su reiteración y pasaré a desarrollar los fundamentos de nuestra decisión.

2. Si bien, ante una primera aproximación al caso, la variable que parecería levitar la decisión y llevaría su suerte, sería la corrección o no de exigir el decomiso del rodado, a interpretación de las previsiones del art. 76 bis del código penal referida a ese punto, un análisis más profundo nos indica que la solución pasa por otro lado. Sin embargo, no evadiré dar fundamentos de ambas razones

2.1. De la exigencia del decomiso.

La condición legal para la concesión del instituto es de naturaleza imperativa, como claramente se deduce con la conjugación del verbo DEBER que obra en la norma (la ley dice *deberá)*.

Por lo tanto, quien pretenda se conceda el beneficio al cual posee derecho, no cabe dudas que esta variable debe tenerla presente, puesto que sin perjuicio de la aquiescencia que a priori podrá tener del acusador, de los bienes que presumiblemente puedan ser decomisados, se le exigirá su entrega.

En este punto, revisado el fallo atacado que con corrección conceptualizó que *"…son instrumentos del delito los objetos intencionalmente utilizados para consumar o intentar el delito, sea que se trate de objetos destinados específicamente al delito u ocasionalmente utilizados para la comisión de éste, quedando excluidos del decomiso aquellos bienes pertenecientes a un tercero no responsable…"*, tengo para mí que lleva entera razón la decisión jurisdiccional cuando dijo *"…el deber de entregar -en favor del Estado- los bienes presumiblemente decomisables resulta ser la segunda "condición de procedibilidad" expresa para la aplicación de la suspensión del juicio a prueba."*

Considero que no puede existir controversia entre las partes sobre esta condición que requiere la ley, y si como en el presente, el interesado se niega a cumplir con el mismo, el beneficio no puede ser concedido.

Como enseña Alberto Bovino en su obra LA SUSPENSION EL PROCEDIMIENTO PENAL A PRUEBA EN EL CODIGO PENAL ARGENTINO, 2001 Editores del Puerto, pagina 182, *"…es el imputado quien está obligado a abandonar voluntariamente esos bienes a favor del Estado, (…) son entregados voluntariamente por el imputado quien ´deberá abandonar(los) a favor del Estado´."*

2.2 Ahora bien, dicho lo dicho, la solución del caso pasa por analizar si el rodado cuyo decomiso voluntario se exige, ingresa dentro de los instrumentos utilizados en el delito que resultarían manifiestamente decomisables en el caso de eventual condena.

Si bien es dable reconocer que, en la acusación fiscal, tenida en cuenta por la señora Jueza, se lo identifica correctamente, e incluso estaría certificado que el imputado es su titular, lo cierto es que ni el fiscal ni en consecuencia la magistrado, han detallado porqué se puede afirmar que dicho rodado sería alcanzado entre los bienes alcanzados por las previsiones del artículo 23 del CP.

Así es, en la sentencia revisada, el A Quo se limitó a decir que el auto en cuestión es el *"que fuera utilizado en la comisión del hecho"*, más ningún análisis que fundamente dicho pronostico ha hecho del mismo.

Como dice el autor ya evocado, *"…la obligación impuesta al imputado por el artículo 76 bis, párrafo VI CP, solo alcanza aquellos bienes acerca de los cuales se puede afirmar, a partir de los elementos probatorios válidamente incorporados al proceso, que, en caso de condena, resultarían decomisables con cierto grado de fundamentación."*

Citó en esta instancia de su doctrina, la de su colega, doctor Gustavo Vitale, quien sobre el particular dijo *"…habrá que efectuar aquí un juicio concreto de probabilidad de aplicación de la pena de decomiso, ante la hipótesis de condena"* (Suspensión de proceso a prueba, página 127).

Y en este punto, se descarta la fundamentación que efectuara el letrado de la defensa, que no tienen que ver con este pronóstico, sino que tiene más que ver con la situación de su cliente, y no de la cosa cuyo abandono a favor del Estado se resiste.

3. Con lo dicho, se advierte que la magistrado se limitó a concluir con los mismo fundamentos que sustentan

la oposición fiscal. Con ello, es evidente que el fallo carece de fundamentos respecto al punto del acápite anterior.

Un acto de gobierno como lo es una sentencia judicial, por imperativo Supremo debe contener, sí y solo sí, los fundamentos que la motivan, para asegurar su conocimiento al justiciable, y garantizarle la posibilidad de requerir su revisión ante un órgano Superior.

Nuestra ley ordena que todas las decisiones judiciales deben ser motivadas, "*…con adecuada fundamentación lógica y legal…"*, fórmula que contiene nuestra Carta Magna Provincial en su artículo 169, como así también, en idénticos términos, el código de rito en su artículo 25.

Con estas consideraciones, estimo que la decisión de la magistrado no cumple con los recaudos legales exigidos por la ley, motivo por el cual, no pudiéndose sanear el acto, corresponde declarar su nulidad.

4. En cuanto a las costas, adhiero a lo sugerido por el primer votante de ésta sentencia. Así voto.

El Juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa impugna la denegatoria de la suspensión del proceso a prueba sosteniendo que el dictamen fiscal obstaculizante es infundado pues, si bien concuerda en que existen en el caso todos los requisitos objetivos y subjetivos para su otorgamiento, exige que se decomise el móvil de su propiedad como condición para su consentimiento.

2. Lleva razón la defensa, toda vez que el párrafo sexto del artículo 76 bis al señalar que el imputado deberá abandonar a favor del Estado los bienes que presumiblemente fueren decomisados en caso de condena, obviamente no se está refiriendo a los bienes de mayor valor que el botín, puesto que sería en

determinados casos un absurdo inaceptable, como ocurriría si piso y quiebro el dedo meñique del pié de mi enemigo con una bicicleta, moto o coche importado o nacional de alta gama.

Lo anterior obliga a efectuar una interpretación razonable y restrictiva del artículo 23 de nuestro código penal, pues es el que regula toda la problemática del decomiso. Dice tal artículo que se decomisarán las cosas que sirvieron para cometer el hecho y, como se observa, ello es más que impreciso, puesto que allí la palabra hecho puede comprender desde la actuación preparatoria anterior necesaria o no de los partícipes hasta las de los autores y coautores, tramo en el que pueden haber utilizado miles de cosas, y todas ellas no pueden ser decomisadas, no solo por la imposibilidad práctica de individualizar a todas, sino por las razones que damos en el siguiente parágrafo.

Sería prácticamente una confiscación tanto el abandono como el decomiso de un bien registrable de un considerable valor, es decir, una verdadera pena ilícita e inconstitucional que se da de bruces con el artículo 17 de nuestra Constitución Nacional, por lo que necesariamente debemos interpretar en forma lo más restrictiva posible la exigencia.

En este camino, no solamente debe rechazarse el abandono o decomiso por la evidente desproporción entre el delito y la privación de derechos del imputado, sino que también cabe ello porque puede interpretarse que la ley, al utilizar el término comisión, se está refiriendo a las cosas utilizadas en el momento del apoderamiento estricto, es decir, en el núcleo mismo de la ejecución, no antes ni después, como ocurrió aparentemente en el caso.

3. Es decir, habrá que hacer en cada caso un juicio concreto sobra las cosas a decomisar o abandonar, puesto que así lo exigen los principios constitucionales básicos en materia de derechos

patrimoniales, especialmente para no llegar a una confiscación virtual o evitar al imputado costos absolutamente desproporcionados con las ganancias que le reportó el delito, todo en aras al principio de razonabilidad, liminar en un Estado Constitucional y Social de Derecho.

Amén de lo anterior, adviértase que, si se aplicara en forma automática y sin las precisiones mínimas anteriores el abandono o decomiso a favor del Estado, se podría cristalizar una privación de derechos no reparatoria que constituye un dolor o sufrimiento, es decir, nada más ni nada menos que una pena a quien todavía no ha sido juzgado, situación fáctica absolutamente prohibida por otro de los principios constitucionales elementales del proceso penal como lo es el estado de inocencia.

4. Sentado lo anterior, habrá que revocar entonces la denegatoria que el juez decidió, puesto que no aparece fundada la negativa del fiscal por las razones expuestas, debiendo concederse el ejercicio del derecho a suspender el proceso al imputado, al no estar para nada discutido los otros extremos que lo hacen posible.

5. Costas: Adhiero a lo manifestado por el colega que lidera el acuerdo en cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios a la letrada interviniente. Así lo voto.-

De conformidad con los votos precedentes, por mayoría esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) Declarar la nulidad absoluta de la resolución Nro. 2052/18 de fecha 14/08/18, debiendo reenviarse estos folios a la Oficina Judicial para que la magistrada interviniente se avoque a la tramitación de la solicitud, de acuerdo a las consideraciones expuestas;

2) Diferir las costas y honorarios de la Defensa, para el momento en que se hayan fijado los correspondientes a la instancia de mérito;

3) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Alejandro Gustavo Defranco

Roberto Adrián Barrios **Omar Florencio Minatta**

Registrada con el Nro. 138/2018 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.-