

Cámara Nacional de Casación Penal
Año del Bicentenario

MARTÍN JOSÉ GONZALES CHAVES
Prosecretario de Cámara

REGISTRO NRO. 13.763 .4

AUTOS Y VISTOS:

//la ciudad de Buenos Aires, a los 18 días del mes de agosto del año dos mil diez, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Mariano González Palazzo como Presidente y los doctores Gustavo M. Hornos y Augusto M. Diez Ojeda como Vocales, asistidos por el Secretario de Cámara, Matías Sebastián Kallis, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 60/73 vta. de la presente causa Nro.12.181 del registro de esta Sala, caratulada: "**COSSIO, Ricardo Juan Alfredo s/recurso de casación**"; de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 4 de esta ciudad, en la causa nro. 1313 de su registro, con fecha 23 de febrero de 2010, resolvió rechazar la solicitud de embargo preventivo sobre la persona jurídica de "I.B.M. Argentina S.A." efectuada a fs. 1/15 del presente incidente por la Sra. Directora de la Oficina Anticorrupción, creada en el ámbito del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación (arts. 2 y 23 -según ley 11.179, restablecido por ley 20.509 de fecha 28 de mayo de 1973- del Código Penal, arts. 18 y 19 *in fine* de la Constitución Nacional y art. 9 del Pacto de San José de Costa Rica) (fs. 40/43 vta.).

II. Que contra dicha resolución, a fs. 60/73 vta., interpuso recurso de casación la doctora Claudia A. Sosa, en su carácter de Directora de Investigaciones de la Corrupción de la Oficina Anticorrupción - querellante en autos-, el que fue concedido a fs. 74/75.

III. Que la impugnante encauzó sus agravios por la vía de lo dispuesto en el inciso 1° del art. 456 del C.P.P.N., bajo la alegación de que es errónea la no aplicación resuelta por el "a quo" del art. 23 -tercer párrafo- del C.P. (texto según ley 25.188 y siguientes) respecto de la persona jurídica de I.B.M. Argentina S.A..

Cuestionó que el "a quo" le haya asignado naturaleza de pena

accesoria al instituto del decomiso, al que esa parte vinculó la solicitud de embargo preventivo respecto de la firma I.B.M. Argentina S.A. que viene rechazada. Primero, porque la persona contra la que se pretende la medida cautelar (y el eventual decomiso invocado como sustento) no se encuentra ni podría encontrarse imputada en autos como partícipe del delito investigado por ser una persona jurídica. Segundo, porque cuando, como en el supuesto de autos, se persigue el decomiso de los bienes de la persona jurídica beneficiada por la maniobra ilícita imputada a sus directivos, su fundamento esencial radica en el principio de que la comisión de un delito no rinda beneficios y en el consecuente deber de restituir las ganancias obtenidas de manera indebida. Principio éste que, adujo, había sido incorporado por la jurisprudencia con anterioridad a la reforma introducida al código penal por la ley 25.815.

Según la recurrente, aún bajo la vigencia de la ley 23.077, el art. 23 del C.P. permitía ordenar el decomiso de los bienes que resultaban el lucro del delito, tanto respecto de los autores como en relación a quienes, sin serlo, se habían visto beneficiados, por ejemplo, los mandantes o las empresas que aquéllos representaban. Puntualizó que dicha tesis fue sustentada por el Fiscal General subrogante, interviniente en autos, cuando al emitir su dictamen en apoyo la solicitud de la parte querellante de la medida rechazada, señaló que *“aún con la anterior redacción del artículo 23 del C.P., ... el carácter penal del decomiso puede ser objeto de discusión”*, que *“el decomiso puede constituir una pena o un remedio de carácter civil, dependiendo de las características que rodeen el procedimiento”* y, finalmente, que, en su redacción actual, en cuanto admite expresamente que recaiga sobre personas jurídicas *“no importa[...] ya una pena accesoria sino más bien una medida de corte civil destinada a impedir el provecho derivado de hechos ilícitos.”* (el subrayado obra en el recurso).

Criticó que se haya descartado la aplicación del art. 23 en cita (texto según ley 25.188), con la invocación del principio de irretroactividad de la ley penal derivado del principio de legalidad (C.N., art. 18 y C.P., art. 2), en virtud de que, en el caso, el destinatario del embargo solicitado no es ni podría ser imputado en autos, dada su calidad de persona jurídica.

Cámara Nacional de Casación Penal
Año del Bicentenario

MARTÍN JOSÉ GONZALES CHAVES
Prosecretario de Cámara

Seguidamente, sostuvo que, desde la perspectiva que asume, “*surge el cuestionamiento acerca de si realmente era necesario que exista una ley específica, en el orden penal, para determinar que de un delito no podía ni puede nacer ningún tipo de derechos. Intuitivamente, la primera respuesta será negativa; por lo tanto observamos que aquel planteo acerca del principio de legalidad no tiene ningún asidero jurídico*”.

“*El fundamento de la respuesta al interrogante recién planteado resulta claro si uno se remite a las disposiciones del Código Civil [...]. De su extenso articulado se desprende el principio general que **el derecho de propiedad sólo existe en la medida en que la propiedad adquirida a través de los medios que el derecho permite** [...]* La derivación lógica de este principio es que quien se vio beneficiado económicamente con el producido de un delito, nunca podrá considerarse dueño de las cosas que resultaron ser la ganancia del delito y, por lo tanto, no podrá alegar ningún derecho respecto de las mismas” (SIC).

A juicio de la recurrente, si bien la posibilidad de restituir los bienes derivados de un delito surgía claramente de las disposiciones del Código Civil, la gran trascendencia de la reforma del art. 23 (según ley 25.188) radica en que, con ella, se habilitó a los jueces penales a perseguir directamente las ganancias ilegítimas derivadas de un delito, aún cuando se encuentren en poder de terceros como los mandantes o personas jurídicas cuyos dependientes, administradores y/o representantes hayan cometido el delito. Puntualmente, adujo: “*La gran ventaja es que a través de esta posibilidad ya no hay necesidad, como única vía lograr el recupero de activos, de instarse una acción civil de resarcimiento, ni una acción de repetición de un pago obtenido por medios lícitos o una declaración de nulidad de un acto administrativo; mecanismos que aún hoy se mantienen vigentes, sin perder su virtualidad jurídica, pero que, en definitiva, son independientes del decomiso y este último no excluye a los otros, como así tampoco ello sucede del modo inverso.*” Y, para el caso de que coexistan acciones independientes contra los mismos activos, consideró que el orden de

preferencia en la ejecución deriva del art. 30 del C.P..

Hizo reserva de caso federal.

III. Que celebrada la audiencia prevista por el art. 465 bis del C.P.P.N., de la que se dejó constancia en autos, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Augusto M. Diez Ojeda, Mariano González Palazzo y Gustavo M. Hornos.

Y CONSIDERANDO:

El señor juez Augusto M. Diez Ojeda dijo:

I. Conforme surge de los resultandos, más allá del encuadre normativo asignado por el recurrente a su reclamo, la representante de la Oficina Anticorrupción se queja porque el “a quo” rechazó la medida cautelar de carácter patrimonial que había solicitado respecto de I.B.M. Argentina S.A., con el estricto propósito de asegurar al Estado el recupero de las ganancias que habrían sido indebidamente percibidas por la firma, en el marco de la maniobra ilícita imputada en autos a sus administradores, que correspondería ante el eventual dictado de una condena contra éstos para, de tal forma, reponer las cosas al estado anterior a la comisión del delito.

Al respecto, es pertinente señalar que, según se desprende de los requerimientos de elevación a juicio, en concordancia con el procesamiento firme dictado en autos respecto de los imputados, el objeto procesal se encuentra vinculado a las irregularidades que habrían rodeado a la contratación celebrada entre la Dirección General Impositiva y la U.T.E. I.B.M.-Banelco para la provisión al organismo recaudador de los sistemas informáticos SIJyP y SITRIB, en virtud de la cual la U.T.E. de mención habría obtenido una ganancia excesiva, constitutiva del perjuicio patrimonial que la figura de defraudación en perjuicio de la administración pública, imputada a sus administradores, exige como requisito típico (C.P., art. 174, inc. 5°, en función del art. 173, inc. 7°).

Planteado así el caso, el análisis de la procedencia de la medida cautelar reclamada por la parte querellante, con fundamento en el aseguramiento del oportuno recupero de tal supuesta ganancia excesiva, comporta la necesidad de determinar, liminarmente, cuál es la naturaleza jurídica de las ganancias en

Cámara Nacional de Casación Penal
Año del Bicentenario

MARTÍN JOSÉ GONZALES CHAVES
Prosecretario de Cámara

cuestión y correlativamente, la inherente a su recupero. Pues, esa base fáctico-jurídica es el presupuesto ineludible para dilucidar si existe y, en su caso, cuál es el supuesto normativo que brinda sustento al recupero, cuyo aseguramiento se pretende. Al respecto, desde ya anticipo, que, a mi juicio, el caso en examen se adecua al supuesto de restitución previsto por el art. 29 del C.P., de conformidad con las razones que *infra* expondré.

II. En función del esquema de estudio propuesto, comenzaré por señalar que la ganancia excesiva que las empresas integrantes de la U.T.E. I.B.M.-Banelco habrían percibido indebidamente, con motivo de la maniobra ilícita investigada en autos, es el reverso del precio, presuntamente irrazonable, pagado por la D.G.I. como contraprestación por la provisión de los aludidos sistemas informáticos. En otras palabras, el importe dinerario que, con ese doble carácter, habría quedado comprometido en la transacción constituye el objeto de la transferencia patrimonial que habrían efectuado los agentes del organismo recaudador imputados en autos, como consecuencia de la obligación abusiva que le habrían hecho contraer previamente al ente con la suscripción de los contratos correspondientes.

En ese orden de ideas, el monto dinerario correspondiente a esos fondos delimita, por un lado, el alcance del perjuicio patrimonial que la figura de defraudación en perjuicio de la administración pública, por la que fueron requeridos a juicio los encausados, exige como requisito típico (C.P., art. 174, inc. 5°, en función del art. 173, inc. 7°). Y, por otro lado, configura el objeto del delito en cuestión .

Por tanto, en su calidad de *objeto del delito*, según lo anticipado, ante el eventual dictado de una condena, podría ordenarse la restitución del importe en cuestión, en los términos de lo previsto por el art. 29 del C.P..

A esta altura, es pertinente diferenciar la *restitución* de la suma en juego como *objeto del delito* de la que, eventualmente, pudiera corresponder, en concepto de *indemnización*. Pues, si bien ambas medidas comportan la reparación del perjuicio ocasionado por el delito, la “restitución” no alcanza para

su completa satisfacción, sino tan sólo para hacer cesar los efectos del delito, mediante la reposición de las cosas al estado anterior. Mientras que la “indemnización”, con sus distintos rubros componentes, sí lo hace.

III. Aclarado cuanto precede, corresponde recordar que el Título IV del Capítulo I del Código Penal, según su específica denominación, se encuentra dedicado a la reparación de los perjuicios ocasionados por el delito que puede ser ordenada en la sentencia condenatoria. En ese marco, se inserta el art. 29 que, ya en su redacción vigente al tiempo de comisión del hecho pesquisado en el *sub examine* (texto anterior a la modificación introducida por la ley 25.188 -B.O.: 01/11/99-), contemplaba la “*restitución de la cosa obtenida por el delito*” cuando “*fuere posible*” (inc. 2°). En su versión reformada, se mantuvo dicho supuesto, con la explicitación del fundamento material de la medida: la “*reposición al estado anterior a la comisión del delito*”, al cual prescribe deben estar vinculadas finalmente las “*restituciones y demás medidas necesarias*” (inc. 1°).

Fácil es advertir que, la actual redacción de la norma, en tanto hace expreso el criterio teleológico al que corresponde apelar para definir el *universo de los bienes objeto de restitución*, permite superar cualquier discusión, que pudiera haberse planteado, en relación al alcance de la expresión “*cosa obtenida por el delito*” prevista en la versión previa.

Por otra parte, es preciso destacar que ninguna de las dos fórmulas de la disposición limitaba el alcance de los *sujetos destinatarios de la medida* a los autores o partícipes del delito, aún cuando su condena fuera un presupuesto necesario para ordenarla. Criterio que, a mi juicio, aparece como el directo correlato de la finalidad propia del instituto. De ahí que la restitución sea procedente tanto respecto de los sujetos declarados penalmente responsables por el delito como en relación a quienes, sin haberlo sido, hubieran receptado el objeto del delito. Categoría esta última que debe entenderse abarcativa de las personas físicas y jurídicas, atendiendo al fin de la norma y ante la inexistencia de un motivo razonable que justifique realizar un distingo.

Y, finalmente, que el beneficiario de la restitución, en las dos versiones, será quien tuviera legítimo derecho sobre el bien objeto de restitución,

Cámara Nacional de Casación Penal
Año del Bicentenario

MARTÍN JOSÉ GONZALES CHAVES
Prosecretario de Cámara

sea que se trate de la propia víctima o de un tercero. En ambos casos, por análogas razones, no corresponde diferenciar entre personas físicas y jurídicas ni entre sujetos particulares o públicos.

En síntesis, teniendo en cuenta la finalidad, hoy expresa, de la restitución y su ámbito de aplicación objetivo y subjetivo, a mi juicio, no caben dudas respecto de se trata de una medida de naturaleza civil y no penal. Consecuentemente, el principio de legalidad y, en particular, su derivado de irretroactividad de la ley penal más gravosa, resultan ajenos a la materia en cuestión (C.N., art. 18 y 75, inc. 22 -C.A.D.H.. art. 9-, C.P., art. 2).

Sin embargo, la distinción antes apuntada entre el supuesto de *restitución* y el de “*indemnización del daño material y moral*”, también contemplado por la disposición en examen, en sus sucesivas versiones (inc. 1° e inc. 2°, respectivamente), justifica, a mi juicio, que no se hayan presentado objeciones a la *restitución de oficio* pero que sí se haya polemizado sobre el condicionamiento de la *indemnización al pedido de parte* (cfr. Terragni, Marco A., comentario al artículo en examen, en “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial” -David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni, directores-, T° 1, Ed. Hammurabi, 1997, Bs. As., pág. 455).

En consonancia con el apuntado criterio, el art. 403 del C.P.P.N. distingue ambos supuestos y *sólo* respecto de la *restitución* prevé que la sentencia condenatoria podrá ordenarla “*aunque la acción [civil] no hubiese sido intentada*” (3er. párr.).

Por lo hasta aquí manifestado, en cuanto al supuesto en examen concierne, concluyo en que si los imputados resultaran condenados por el hecho investigado, el tribunal interviniente podría, en los términos de lo previsto por los arts. 29 -inc. 2°- del C.P. (texto anterior a la reforma de la ley 25.188) y 403 del C.P.P.N., oficiosamente, ordenar a las empresas integrantes de la U.T.E. que intervino en la contratación la *restitución a la D.G.I.* -o al tesoro de la nación- del importe correspondiente a las ganancias en exceso que, como *objeto del delito* (C.P., art. 174 -inc. 5°-, en función del art. 173 -inc. 7°-), aquéllas hubieran

obtenido. Es preciso aclarar que no encuentro obstáculo alguno para la procedencia de tal restitución por la sola circunstancia de que la *cosa obtenida* haya sido un bien fungible (dinero).

Contrariamente, no se podría ordenar el pago de indemnización civil alguna, en virtud de que se ha superado la etapa procesal prevista por el art. 93 del C.P.P.N., sin que nadie se hubiera siquiera constituido como actor civil.

IV. En atención a la conclusión expuesta en el acápite anterior, el embargo de los bienes de las firmas integrantes de la U.T.E. de referencia resulta, a mi juicio, por aplicación *mutatis mutandi* de lo prescripto por el art. 518 y siguientes del C.P.P.N., la medida cautelar *prima facie* idónea para asegurar la oportuna *restitución* al Estado del importe dinerario que pudiera haber constituido un pago en exceso, según lo antes explicado.

Sin embargo su efectiva procedencia quedará supeditada a la constatación de los requisitos inherentes a su propia naturaleza. Por un lado, la verosimilitud del derecho alegado. En relación a esta exigencia, es necesario determinar la concreta cuantía de la ganancia en exceso que habría percibido la U.T.E. de mención y con qué alcance debería responder cada una de sus empresas integrantes. Y, por otro lado, el peligro en la demora para la consecución del fin al que se encuentra ordenada la medida cautelar.

Extremos que no fueron siquiera analizados por el “a quo”, en función de la posición asumida sobre la naturaleza jurídica y fundamento legal del recupero definitivo de las ganancias (C.P., art. 23), que sirvió de marco para su análisis del caso, siguiendo la invocación normativa efectuada por la parte Oficina Anticorrupción en la solicitud rechazada.

V. En mérito a las precedentes consideraciones, propicio al acuerdo HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación articulado por la Oficina Anticorrupción, en su calidad de parte querellante, sin costas, y, consecuentemente, ANULAR la resolución de fs. 40/43 vta. y REMITIR las actuaciones al tribunal de origen a fin de que emita un nuevo pronunciamiento de conformidad con los parámetros antes esbozados.(C.P.P.N., arts. 471, 530 y 531).

Así voto.

Cámara Nacional de Casación Penal
Año del Bicentenario

MARTÍN JOSÉ GONZALES CHAVES
Prosecretario de Cámara

El **señor Juez Mariano González Palazzo** dijo:

Que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso señaladas en el voto precedente, adhiero a la propuesta de anular la resolución de fs. 40/43 vta, con el objeto de remitir al “a quo” a fin de que emita un nuevo pronunciamiento conforme los parámetros expresados.

Así voto.

El **señor juez doctor Gustavo M. Hornos** dijo:

Coincido sustancialmente con los argumentos expuestos en el voto que lidera el acuerdo por lo que adhiero a la propuesta que allí se efectúa.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal

RESUELVE:

HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto a fs. 60/73 vta. por doctora Claudia A. SOSA, en su carácter de Directora de Investigaciones de la Oficina Anticorrupción -querellante en autos-, sin costas, y consecuentemente **ANULAR** la resolución de fs. 40/43 vta. y **REMITIR** las presentes actuaciones al tribunal de origen a fin de que emita un nuevo pronunciamiento de conformidad con los parámetros antes esbozados (arts. 471, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, cúmplase con la remisión dispuesta, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

MARIANO GONZALEZ PALAZZO

GUSTAVO M. HORNOS

AUGUSTO M. DIEZ OJEDA

Ante mí:

MARTÍN JOSÉ GONZALES CHAVES
Prosecretario de Cámara