

REGISTRO Nro.: 18351

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 20 días del mes de abril del año dos mil once, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el juez doctor Guillermo J. Yacobucci como Presidente y los jueces doctores W. Gustavo Mitchell y Luis M. García como Vocales, asistidos por el Prosecretario Letrado C.S.J.N., doctor Gustavo J. Alterini, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la decisión de fs. 157 y vta. -fundamentada a fs. 158/167 vta.- de la causa nº 13.018 del registro de esta Sala, caratulada: "Ruiz, Raúl Alberto s/ recurso de casación", representado el Ministerio Público Fiscal por el señor Fiscal General doctor Ricardo Gustavo Wechsler y la Defensa Pública Oficial por el doctor Guillermo Lozano.

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 W. Gustavo Mitchell, respectivamente.

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

-I-

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 7 de la Capital Federal resolvió -en lo que aquí interesa-: I) Condenar a Raúl Alberto Ruiz a la pena de dos años de prisión, cuyo cumplimiento se deja en suspenso, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo en grado de tentativa, con costas (arts. 26, 29, inc. 3º, 42, 45 y 164 del C.P. y arts. 403 y 531 del C.P.P.N.); y II) Decomisar el destornillador con mango de plástico de color negro y amarillo, que se encuentra reservado en secretaría, y proceder a su destrucción, y el vehículo marca "Peugeot", modelo 505, dominio SSQ-974, de color azul, que

se encuentra en depósito de la Comisaría 4a. de la Policía Federal Argentina, que deberá ser subastado (art. 23 del C.P.).

Contra dicha decisión, la Defensa Pública Oficial interpuso recurso de casación a fs. 169/175 vta., el que concedido a fs. 176/177 vta., fue mantenido en esta instancia a fs. 183.

2 °) Que estimó procedente el recurso de casación en virtud de lo establecido en el art. 456, incs. 1º y 2º del C.P.P.N..

Sostuvo que *“... el primer embate casatorio estará dirigido a cuestionar la falta de fundamentación de la sentencia en punto a las pautas tenidas en cuenta para la mensuración de la pena impuesta a mi representado, violándose la manda de los arts. 123 y 404 inciso 2º, del código ritual y ello conlleva, indefectiblemente a la errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del Código Penal”* (fs. 171 vta.).

Aseguró que *“... el Tribunal Oral no ha brindado pauta alguna que justifique la agravación de la pena impuesta por el delito que se tuvo por probado en más de 48 veces el mínimo de la escala penal aplicable”* (fs. 171 vta./172).

Explicó que *“... como agravantes solo tienen en cuenta la nocturnidad y que eran dos personas, extremos que son insuficientes para aumentar el mínimo de la pena tantas veces como lo hicieran. Máxime si se tiene en cuenta que las agravantes deben conciliarse con las atenuantes y las tenidas en miras por V.E. (la ausencia de antecedentes, su juventud y sus precarias condiciones socio-económicas) tendrían que haber incidido en forma de disminuir la sanción”* (fs. 172).

Al respecto, concluyó que *“la ausencia de argumentos que vengo criticando y que no permiten conocer las razones del tribunal para escoger la pena, equivale a una falta de fundamentación en los términos del art. 404 inciso 2 del ritual, ya que las pautas dadas por la norma de aplicación (art. 41 de la ley sustantiva), es lo suficientemente rica en ejemplos sobre los aspectos que deben ser tenidos en cuenta para no incurrir en la nulidad que sanciona la referida norma instrumental”* (fs. 172 vta.).

Por otro lado cuestionó el decomiso del vehículo marca “Peugeot”

modelo 505, dominio SSQ-974, resuelto por el *a quo*, al considerar que se "... *ha efectuado una errónea aplicación del artículo 23 del Código Penal*" (fs. 174).

Expresó que "... *el decomiso del vehículo decretado resulta irracional afectándose el derecho de propiedad sobre este bien registrable, pues su imposición es desproporcionado al injusto que se le reprocha, a la vez que, por constituir éste un elemento de trabajo -remis- se afecta el derecho de trabajo de Ruiz -art. 14 Constitución Nacional-*" (fs. 175).

3º) Que, durante el plazo del art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación y en la oportunidad del art. 466 *ibídem*, el Ministerio Público Fiscal presentó el escrito de fs. 186/188, solicitando no se haga lugar al recurso interpuesto.

En este sentido, sostuvo que "... *el recurso se basa en meras discrepancias con el decisorio, sin demostrar en que medida dicha sentencia le crea un menoscabo. La decisión impugnada cuenta... con fundamentos mínimos, necesarios y suficientes que impiden su descalificación como acto jurisdiccional válido*".

4º) Que se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 del Código Procesal Penal de la Nación.

-II-

Llegadas las actuaciones a este Tribunal estimo que el recurso de casación interpuesto con invocación de lo normado en el art. 456, incs. 1º y 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 sustantiva y procesal; además el pronunciamiento mencionado es recurrible en virtud del art. 457 del C.P.P.N..

-III-

Los agravios del recurrente relativos a la determinación de la sanción llevan a practicar la revisión de la sentencia conforme a los estándares indicados en la argumentación del fallo “Casal” (Fallos: 328:3399), pues en virtud de la doctrina expresada por la Suprema Corte en ese precedente se hace operativa la determinación de la Corte IDH en el caso “Herrera Ulloa v. Costa Rica”, sent. de 2 de julio de 2004, Serie C, N° 107, en cuanto otorga la garantía a una revisión amplia de la condena que incluya la consideración de la pena.

Esto mismo resulta congruente con las previsiones del art. 14.5 del PIDCyP que asegura el control sobre la declaración de culpabilidad y la pena por parte de un tribunal superior. En la Observación General 32, de agosto del 2007, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, ha recordado en el párrafo 45 que: *“El párrafo 5 del artículo 14 del Pacto dispone que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”*.

En tal sentido, en el párrafo 48 ha indicado que: *“ el derecho de toda persona a que el fallo condenatorio y la pena impuesta se sometan a un tribunal superior... impone al Estado Parte la obligación de revisar sustancialmente el fallo condenatorio y la pena, en lo relativo a la suficiencia tanto de las pruebas como de la legislación, de modo que el procedimiento permita tomar debidamente en consideración la naturaleza de la causa. Una revisión que se limite a los aspectos formales o jurídicos de la condena solamente no es suficiente a tenor del Pacto”*.

Por tales motivos ha de evaluarse en esta instancia si la determinación de la pena se encuentra adecuadamente fundada y sin vicios de arbitrariedad y, al mismo tiempo, si el *a quo* ha ponderado o sopesado la importancia de los agravantes y atenuantes que concurran a la cuantificación de la sanción a partir de la intensidad del injusto y el grado de responsabilidad del sujeto.

La normativa del Código Penal establece justamente dos líneas de consideración sobre estos elementos que fundan el discernimiento de la pena. Así el inc. a del art. 41 del C.P. toma en cuenta para eso las circunstancias de

naturaleza "objetiva" del hecho, que son las que permiten una graduación sobre la intensidad del injusto. Por su parte, en el inc. b, se remite a las características y situación del autor -aspectos subjetivos- que junto con el "hecho" son el objeto de reproche. Injusto y culpabilidad entonces son los presupuestos de la pena que, en tanto cuantificable en virtud de las escalas penales previstas por el legislador, exigen de un análisis particular por parte de los jueces dirigidas a su graduación.

La defensa critica la determinación de la sanción discernida por el *a quo* señalando que "... *el Tribunal Oral no ha brindado pauta alguna que justifique la agravación de la pena impuesta por el delito que se tuvo por probado en más de 48 veces el mínimo de la escala penal aplicable*" (fs. 171 vta./172).

Dicho agravio no encontrará en esta instancia favorable acogida, toda vez que el tribunal de juicio ha tomado a su cargo especificar los fundamentos utilizados para determinar el *quantum* punitivo.

En efecto, contrariamente a lo alegado en el recurso, en la sentencia atacada se han mencionado y valorado claramente los elementos que el *a quo* ha tomado en consideración al momento de ponderar la pena impuesta al acusado, con adecuada sujeción a los criterios establecidos en los arts. 40 y 41 del código de fondo. No hay pues arbitrariedad alguna en los razonamientos.

En tal sentido, el análisis del punto 9º) del fallo pone en evidencia que el *a quo* ha dado razones suficientes para fundamentar la pena discernida, indicando de modo explícito los factores, pautas y circunstancias valoradas; sopesando aquellas de naturaleza gravosa con las que presentan eficacia reductora del reproche. La defensa falla en señalar de qué manera debían considerarse esas pautas para disminuir la sanción impuesta y en demostrar sus carencias.

En este sentido, el tribunal de juicio ha señalado como agravantes que "... *el hecho se perpetró en horas de la noche, con la consecuyente mayor indefensión de las víctimas, y con la intervención consecutiva de dos personas, lo*

que facilitó el accionar” los cuales no ofrecen motivos de crítica. Como atenuantes señaló que “... no registran antecedentes... y que se trata de jóvenes con precarias condiciones socio-económicas”, por lo que consideró que “... correspondía disminuir el pedido fiscal respecto de la pena solicitada...” (fs. 165 vta.). Se hace evidente entonces la ponderación entre uno y otros de estos indicadores de cuantificación.

De tal forma no han quedado sin atender aspectos atenuantes y agravantes del injusto, respecto de los cuales la defensa no ha podido demostrar su insustancialidad ni que fueran neutralizados por otros elementos de juicio.

Todas estas consideraciones llevaron al *a quo* a imponerle una pena de dos años de prisión cuyo cumplimiento dejó en suspenso, por lo que entiendo que la sanción discernida respecto de Ruiz se encuentra suficientemente fundamentada, debiéndose rechazar los cuestionamientos que la defensa ensaya a fin de tratar de demostrar -sin éxito- la arbitrariedad del fallo criticado.

-IV-

La defensa también critica el decomiso del vehículo “Peugeot” modelo 505, dominio SSQ-974 que fuera dispuesto por el tribunal *a quo* en la sentencia condenatoria.

En el requerimiento de elevación a juicio se estableció que “... el 19 de noviembre del corriente año [2009], alrededor de las 00:50 horas, en Hipólito Yrigoyen y Lima, de esta ciudad... Daniel Andrés Monzón se le aproximó a Silvia Noemí Gómez, y apoyándole un objeto metálico en su estómago, le refirió ‘dame todo o te clavo con la punta’. Luego, el encartado le arrebató a Gómez su mochila, tras lo cual, se acercó a Juan Ángel Hernández, pareja de Gómez, y le quitó su valija, para luego darse a la fuga. Seguidamente, Monzón abordó un rodado Peugeot 505’, dominio SSQ-974, conducido por Raúl Alberto Ruiz, situación que fue advertida por ocasionales transeúntes, que dieron aviso a personal policial de lo que estaba sucediendo. Entonces, en Salta y Avda. de Mayo, de esta ciudad, Ruiz fue detenido por un agente policial, en el interior del vehículo mencionado, donde se secuestró una mochila marca ‘Billabong’, de color negro y blanco, y una valija con ruedas, color azul, con la inscripción

'Brandy', objetos que luego fueron reconocidos por las víctimas como los sustraídos. Finalmente, se procedió a la detención de Daniel Andrés Monzón, quien había descendido del rodado, siendo perseguido por personal policial, que le dio alcance a pocos metros del lugar, incautándose en su poder un destornillador" (confr. fs. 83/85 vta.) -el subrayado me pertenece-

Existe pues, desde el primer momento de la acusación y luego en la sentencia, una correcta individualización y descripción del injusto imputado, donde el rodado marca "Peugeot" modelo 505, dominio SSQ-974, es identificado como el vehículo utilizado por Monzón y Ruiz, para llevar a cabo la conducta ilícita arriba indicada. En concreto entonces, el automóvil en cuestión ha sido señalado como el instrumento del delito dentro de la acusación y de manera congruente con esa manifestación fiscal ha sido resuelto por la jurisdicción.

En esa línea, el primer párrafo del art. 23 del Código Penal establece que la sentencia *"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, a favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros"* -los subrayados me pertenecen-

La Defensa Pública Oficial cuestiona que el decomiso resuelto por el tribunal *a quo* no se encuentra fundado en la ley por no ser el mismo racional. Ahora bien, del texto normativo se extrae que el decomiso debe ser establecido por el tribunal de juicio en caso de recaer sentencia condenatoria. En la medida que la acusación fiscal ha señalado al rodado como instrumento del ilícito, el tribunal tiene abierta la jurisdicción para su decomiso conforme lo exige la ley. No se observa en este aspecto, ni la defensa ha podido demostrar, afectación alguna de la defensa en juicio, ya que ha discutido la intervención de su representado en el ilícito -conduciendo el automóvil-, ejerciendo así los derechos

que le son reconocidos legal y constitucionalmente.

Rechazadas esas alegaciones por el *a quo* no se advierte entonces óbice alguno para la aplicación del decomiso sobre el automóvil. En esa línea y en respuesta a consideraciones de la recurrente, debe recordarse que esa sanción recae sobre cualquier elemento utilizado en el desarrollo de un delito, sin que quepa hacer distinciones sobre su orientación específica o natural hacia fines ilícitos. Es decir, que el fin *operis* de la cosa es intrascendente frente al fin *operantis* que le ha otorgado quien a través de su uso interviene en el delito, como es el caso de autos. Por eso, que se trate de un automóvil no puede resultar obstáculo para la sanción, en tanto en la condena se lo ha reconocido como instrumento del robo tentado.

Esto coincide con la opinión de la doctrina, citada incluso por la propia defensa, en cuanto sostiene que el decomiso puede ejecutarse sobre *“los vehículos....empleados como instrumento...para la comisión de un ilícito”* sea que pertenezcan al *“... autor como a los participes...”* y puede *“ formar parte de la punición de un delito consumado tanto como de uno tentado”*(Cfr. Zaffaroni, Alagia, Slokar, “Derecho Penal”, Ediar, págs.943/944).

En sentido similar se entiende que: *“El carácter de instrumentos no lo otorga la objetividad en sí de la cosa usada como medio para cometer el delito, sino la forma y el modo en que han sido utilizados en cada caso, por lo que no debe distinguirse si ellos son instrumentos en sí mismos o si ocasionalmente fueron usados para cometer el delito...la versatilidad y equivocidad de los instrumentos rechaza una distinción ontológica de los mismos...Por ello un arma de fuego o un automóvil podrán o no ser instrumentos, según haya sido el uso que a ellos le dio el autor al intentar consumir el delito”* (Cfr. “Código Penal”, Tomo 1, David Baigún Eugenio R. Zaffaroni, Hammurabi, págs.309/315).

Por otro lado, y de contrario a lo planteado por la defensa, no se advierte en este caso, ni lo ha demostrado la parte, la alegada violación al derecho de la propiedad reconocido por el art. 17 de la Constitución Nacional ya 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 decomiso 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 ya sea por parte del autor o de los partícipes, sin que se haga distingos respecto al grado de desenvolvimiento del injusto.

También en esta cuestión, la doctrina apunta que: *"...quedan comprendidos los instrumentos usados en el hecho tentado, toda vez que su utilización les otorga carácter de instrumentos sin que nada pueda modificar la falta de consumación por causa extraña a la voluntad del autor"* precisando así que: *"Tratándose de partícipes del delito, cualquiera sea el grado de participación que les cupo en el conato o consumación del delito, los efectos o instrumentos de su propiedad serán decomisados"* (Cfr. "Código Penal", Tomo 1, David Baigún Eugenio R. Zaffaroni, Hammurabi, págs.309/315).

El contenido pecuniario de esta sanción es asumido en realidad por la recurrente para desenvolver el agravio respecto del derecho de propiedad de Ruiz y la prohibición constitucional de confiscación de bienes.

Sin embargo, en virtud de la naturaleza de sanción accesoria que posee 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"*. Por eso Tejedor remarcó las finalidades que persigue como sanción, citando a Chauveau Adolphe, en cuanto el afectado no

puede modificar el objeto de decomiso pues *“no se alcanzaría este fin si fuese permitido al culpable ofrecer su precio”*.

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.*

Cuando los objetos que han servido para cometer el delito pertenecen al penado, forman parte de su patrimonio y es indudable, entonces, que quitárselos importa infligirle una pena de carácter pecuniario”(“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 que el decomiso se imponga como sanción 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. Sin embargo, en concreto esa consecuencia jurídica del delito debe ser ponderada a partir de los mismos principios que regulan la aplicación de otras sanciones.

En efecto, los presupuestos de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad concurren en el análisis junto a la ponderación del hipotético efecto confiscatorio de la medida en los términos vedados por la constitución.

El recurrente, como se dijo, ha aludido al carácter arbitrario y confiscatorio de la medida. Sin embargo, advierto que en el recurso no ha hecho ningún esfuerzo por demostrar la falta de proporcionalidad de ese decomiso, tanto con el injusto y la culpabilidad determinados por el *a quo* al condenar a su

defendido, cuanto respecto al patrimonio de Ruiz, en orden a la alegada lesión al derecho de propiedad.

De contrario a esas meras alegaciones como sustento de agravio, el decomiso del rodado no parece contradecir el *quantum* de la pena privativa de la libertad escogida por el *a quo* para retribuir la intervención en el delito tentado que se imputó en la condena a Ruiz de modo que pudiera inferirse desproporción o irracionalidad en la consecuencia. Siendo ello así, cabía a la defensa demostrar de qué modo el decomiso del vehículo marca "Peugeot" modelo 505 dominio SSQ-974, implicaba una afectación patrimonial para el condenado que determinara su contradicción con los derechos constitucionales, deviniendo una pena de confiscación. No es factible desde la consideración de los elementos de juicio objeto de revisión por esta Sala advertir que "*... el decomiso del vehículo decretado resulta irracional afectándose el derecho de propiedad sobre este bien registrable, pues su imposición es desproporcionado al injusto que se le reprocha...*" -para reproducir la cita de la recurrente- ya que según se expresó más arriba, no se observa que tal medida sea incongruente con la ponderación hecha por el tribunal de juicio.

En virtud de esto, cabe también en este punto, rechazar el recurso presentado.

-V-

Por todo lo expuesto, propicio rechazar el recurso de casación deducido por la Defensa Pública Oficial a fs. 169/175 vta., y en consecuencia, confirmar la resolución obrante a fs. 157 y vta. -fundamentada a fs. 158/167 vta.-, con costas. Tal es mi voto.

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

-I-

Aunque de modo escueto, el *a quo* ha expuesto claramente los elementos que tenía en cuenta para la medición del injusto objetivo, y también las circunstancias personales del condenado Raúl Alberto Ruiz, sobre cuya base entendía disminuir el reproche de culpabilidad en el marco de una escala penal de quince días a cuatro años de reclusión o prisión construida a tenor de los arts. 44 y 164 C.P.

La defensa del condenado acusa falta de fundamentación de la medida de la pena, sin embargo no demuestra que la de dos años de prisión en definitiva impuestos sea groseramente inadecuada a aquellas consideraciones, cuya refutación no emprende de modo particularizado.

Concuerdo pues con la solución que se propone en el primer voto en relación a este agravio.

-II-

En cuanto a la consecuencia accesoria que la defensa impugna en el recurso de casación, observo que en la audiencia el defensor había contestado al pedido de la fiscalía para que se disponga el decomiso del automóvil alegando que aunque *“se otorgase participación a su asistido, éste se encontraba a nombre de un tercero en el momento del hecho, por lo tanto, no procedía su decomiso según lo previsto por la ley”*(acta de debate, fs. 156). El *a quo* abordó la objeción en estos términos: *“no puede tener acogida la pretensión de la defensa de Ruiz, acerca de que el vehículo pertenece a un tercero no responsable, porque ello contradice la propia conducta del acusado en este proceso. Antes de la sentencia adujo ser su propietario y para ello acompañó un recibo de compra-venta, verificación del vehículo hecha por él y constancia de pago del seguro por su parte, la comisaría 4ª se comunicó con Sebastián Ignacio Palmeira, a cuyo nombre se encuentra el rodado, quien manifestó que lo había vendido a Ruiz el 1º de abril de 2009, con lo que no tiene derecho alguno sobre la cosa. Si bien el dominio en cabeza de Monzón (SIC) no se perfeccionó antes por la imposibilidad de inscribirlo en el registro de la propiedad automotor a su nombre, no hay dudas de que fue su adquirente y, posesión mediante, se comportaba como su*

propietario. Esto es bastante para que el vehículo sea afectado por el decomiso previsto en la ley"(fundamentos, fs. 166).

Ese planteo presenta la siguiente paradoja: si debe considerarse que el auto no es de propiedad del imputado, entonces el decomiso no acarrea al imputado un agravio que requiera de remedio. El *a quo* ha expresado los fundamentos por los que consideraba que, a los efectos del decomiso del art. 23 C.P. el automóvil debía considerarse "de propiedad" del imputado a pesar de la falta de inscripción registral. La defensa no ha discutido este punto, y cambiando su posición original, se queja de una afectación inconstitucional del derecho de propiedad del imputado.

No es pues, objeto de revisión en casación, si el *a quo* ha aplicado bien la ley al declarar que el automóvil era de propiedad del imputado, sino si ha aplicado bien la ley al disponer su decomiso según el art. 23 C.P.

Pretende la defensa que, "*debido a la suma vaguedad del término utilizado [por el art. 23 C.P.] debe otorgarse a la expresión 'cosas' una inteligencia acorde con los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la pena [...] quedan comprendidos dentro de dicho concepto aquellos conceptos que por su creación, naturaleza y destino tengan el carácter de instrumento efectivo de comisión de delito como puede ser barretas, yugas, etc.*" y agrega que "*Otra interpretación choca con el principio de máxima taxatividad de la ley penal*".

Tal pretensión es desautorizada por la doctrina, que entiende que la interpretación restrictiva no tiene sustento legal, pues son instrumentos tanto los "*objetos destinados específicamente al delito u ocasionalmente utilizados para la comisión del mismo*"(confr. NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal Argentino – Parte General*, ed. Omeba, Buenos Aires, 1965, tomo II, p. 446), y que "*no hay pues, en nuestra ley, fundamento alguno para distinguir entre instrumentos eventuales u ocasionales e instrumentos inequívocos del delito*"(ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 1988, Tomo V, p. 263). En otros

términos se sostiene que “*puede tratarse de un instrumento que se haya utilizado para cualquier acto ejecutivo punible, para un acto consumativo y aún para actos de agotamiento*” (ahora ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal – Parte Genral*, 2ª. Edic., Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 987).

Por lo demás, aunque es discutible que los instrumentos dispuestos para el agotamiento del delito integren el concepto de instrumento de la “comisión”, si según el plan de los autores el automóvil ha sido puesto a disposición o usado para facilitar la fuga inmediatamente después del robo, su carácter de instrumento no puede ponerse en cuestión ni desde el punto de vista fáctico ni desde el punto de vista jurídico en la medida en que el instrumento haya sido usado en la ejecución del robo para su consumación. En otros términos, el instrumento puesto a disposición para la ejecución del plan 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. Entre esos instrumentos está comprendido el automóvil o vehículo dispuesto para la ejecución del hecho (confr. Terán Lomas, Roberto A. M., *Los instrumentos del delito*”, LL 133-706; y ZAFFARONI/ALAGIA / SLOKAR, *cit.*, p. 987, nro 6).

En la jurisprudencia de esta Cámara se ha declarado que cae bajo la regla del decomiso la bicicleta utilizada por el ladrón para acercarse a la víctima y empleada como medio de escape, para procurar la impunidad (causa n° 3822, del registro de la Sala IV, “Jerez, Víctor Eduardo, s/ recurso de casación”, sent. 08/09/2003, Reg. N° 5174) y también la motocicleta empleada en la ejecución de un robo, bajo la modalidad de “salidera bancaria”, dispuesta para proveer de una segura fuga del lugar del despojo (causa n° 4757, Sala II, “Gómez, Carlos Alberto s/recurso de casación”, rta. 08/03/2004, Reg. n° 6393.2); y también el automóvil empleado para la ejecución de un robo, siempre que no pertenezca a un tercero (causa n° 5740, Sala IV, “Rojas, Fermín Atilio y otros s/ recurso de casación”, rta. 07/12/2006, Reg. N° 8121.4).

Esa inteligencia corresponde también a la praxis comparada (vide LACKNER, Karl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 22ª edic., Beck, Munich,

1997, nota al § 74 StGB, p. 516, nro. 5; RUDOLPHI, Hans-Joachim / HORN, Eckhard / SAMSON, Erich, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5ª. Edic., Metzner Verlag, Neuwied/Kriftel, nota al § 74 StGB, nro. 8; ESER, Albin, en SCHÖNKE, Adolf / SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 23ª. Edic., Beck, Munich, nota al § 74 StGB, p. 808, nro. 12; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts-Allgemeiner Teil*, 4a. Edic., Duncker & Humblot, Berlín, 1988, ps. 719/720.)

De tal suerte, 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 huida después del despojo a la víctima del robo. Esa consecuencia accesoria es una afectación del derecho de propiedad fundada en la ley.

La defensa del condenado se queja de que la privación de la propiedad del automóvil que el comiso importa es *"irracional [...] pues su imposición es desproporcionada al injusto que se le reprocha [al imputado], a la vez que, por constituir éste un elemento de trabajo -remis- se afecta el derecho de trabajo de Ruiz -art. 14 Constitución Nacional-"* (fs. 175). Con cita de doctrina sostiene que *"el decomiso sería irracional si no se respeta la regla de humanidad y mínima irracionalidad y, por tanto, en el caso concreto deviniese una pena de confiscación [...] deberá atenderse a las reglas para la individualización de la pena, cuando la magnitud de los bienes afectados lesione la medida de proporcionalidad mínima entre injusto y pena, lo que por otro lado evita que la pena se convierta en confiscación."*

Sobre la proporcionalidad en general se sostiene que si bien debe diferenciarse el decomiso de la confiscación general de bienes prohibida por la Constitución, *"el decomiso sería inconstitucional si no respetase las reglas de humanidad y mínima racionalidad y, por tanto, en el caso concreto deviniese una pena de confiscación"* (ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *cit.*, p. 987, nro 5). En

efecto, si el límite a la medida e intensidad de la pena están constituidos por el injusto culpable, las consecuencias accesorias a la pena que no tienen puro carácter preventivo, o de medida de seguridad del derecho de policía, deben estar también sujetas a esa proporción.

Ahora bien, más allá de la declamación discursiva, el recurrente no ha hecho un esfuerzo concreto para demostrar que en el presente caso la pena de comiso impuesta constituya una privación de la propiedad del imputado desproporcionada al injusto del que se ha hecho culpable en el caso, pues, como se señala en el primer voto, no ofrece ninguna referencia concreta dirigida a demostrar que la privación de la propiedad del automóvil constituye una sanción evidentemente desproporcionada a la medida del injusto del que el imputado se ha hecho culpable.

La defensa aduce también, en conexión con esa línea argumentativa, que el imputado es chofer de autos remises, y que el comiso afecta el derecho del imputado a trabajar. La privación de la propiedad de un bien, aunque tenga consecuencias perjudiciales para el ejercicio de ciertas actividades laborales, no afecta de un modo absoluto el derecho de toda persona a trabajar. Muchas cosas son creadas o en su caso destinadas para actividades industriales o laborales de modo lícito, sin embargo su empleo o destinación por el propietario no crea por sí una inmunidad contra el comiso. El art. 14 bis C.P. no da argumento para fundar una inmunidad frente al comiso de cosas usadas para cometer el delito, en la medida en que la pérdida de la propiedad de las cosas no afecte de modo absoluto el derecho a trabajar. En todo caso, el recurrente alega, pero no demuestra, que tal efecto se produzca en el caso.

-III-

Con estas consideraciones adicionales adhiero a la solución que viene propuesta en el primer voto.

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

Que adhiere al voto que lidera el acuerdo y emite el suyo en igual sentido.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal **RESUELVE:** Rechazar el recurso de casación deducido por la Defensa Pública Oficial a fs. 169/175 vta., y en consecuencia, confirmar la resolución obrante a fs. 157 y vta. -fundamentada a fs. 158/167 vta., con costas (arts. 471, a contrario sensu, 530 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación).

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.

Fdo.: Guillermo J. Yacobucci -Luis M. García - W. Gustavo Mitchell. Ante mí:
Gustavo J. Alterini, Prosecretario Letrado CSJN