

Poder Judicial de la Nación

///nos Aires, 23 de noviembre de 2012.-

Y VISTOS:

Celebrada la audiencia prevista en el artículo 454 del Código Procesal Penal, convoca al Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el auto documentado a fs. 213/222, en cuanto se dispuso el procesamiento de J. G. M., J. R. J. D. T., S. T. y M. C. en orden al delito de robo agravado por haberse perpetrado mediante la producción de lesiones graves (artículos 45 y 166, inciso primero del Código Penal).

El juez Juan Esteban Cicciaro dijo:

Se reprocha a los nombrados el suceso ocurrido el 3 de octubre de 2012, aproximadamente a las 13:30, en el domicilio sito en la calle, de esta ciudad, en el cual le habrían sustraído doce mil pesos a A. R. R. y a H. N. M., a quienes lesionaron al golpearlos en el cuerpo.

La defensa circunscribió la crítica a la falta de descripción de la concreta actuación que M. C. tuvo en el suceso y a la circunstancia de que se considere que el hecho se consumó, cuando en realidad sus asistidos nunca tuvieron la libre disponibilidad de los objetos.

Al respecto, el agravio que expuso la defensa desatiende lo narrado por R., referido a que cuando arribó a su domicilio y estacionó el vehículo para abrir el portón y del interior de un vehículo descendió una mujer que le dijo que traía remedios para su esposa y al negar el encargo se retiró en el mismo rodado marcha atrás, siendo inmediatamente abordado por dos personas del sexo masculino que lo empujaron y obligaron a ingresar a la vivienda y le propinaron golpes de puño en todo el cuerpo y le presionaron el cuello (fs. 47/48), provocándole lesiones graves (fs. 111).

También se valora, lo expresado por M. en cuanto a que fue sorprendida en la cocina por una persona del sexo femenino que le exigía la entrega de las joyas, mientras que el sujeto que ingresó le presionó el cuello, la tomó del brazo y le propinó una cachetada (fs. 49/50), que le provocó una lesión leve informada por los médicos (fs. 112).

Es que no obstante de que el dinero sustraído fue recuperado y devuelto a las víctimas (fs. 185), la violencia ejercida para facilitar el robo ya califica el delito contemplado en el artículo 166, inciso primero del Código Penal, y la agravante no

exige la consumación del apoderamiento, pues el robo con lesiones de las previstas en los artículos 90 y 91 queda consumado cuando concurren el robo tentado y este tipo de lesiones (C.N.C.P., Sala III, “Guardia, Hugo”, del 15-09-05; Sala II, “Nodar, Edgardo Matías s/recurso de casación”, del 7-10-1997; Sala I, “Chejmuse, Gabriel”, del 14-09-2001; Sala IV, “Arévalo Sequeira, Héctor”, del 2-7-2004; y CCC, en pleno, “Salvini o Gómez, J.C.”, del 29-8-1967, entre muchas otras).

En efecto y como lo he sostenido oportunamente, el art. 166, inciso 1º, del código sustantivo contempla un delito complejo que no requiere la consumación del robo, nota ésta que excluye la posibilidad de la aplicación de las reglas de la tentativa. Si durante el cumplimiento de los actos enderezados al apoderamiento para realizar el robo se produce alguna de las lesiones de los arts. 90 ó 91, el delito del art. 166 queda integrado en todos sus elementos constitutivos, no interesando si el robo propuesto alcanzó o no a consumarse (causa n° 25.900, “Schof, Claudio”, del 22-2-2005).

Por otra parte, a contrario de lo afirmado por la defensa, la decisión de mérito, que proporciona un minucioso desarrollo de las constancias relevantes de la causa, aun cuando no menciona la fotografía de C. (fs. 93) dentro de las personas que describieron los damnificados, circunscribe la intervención de los encausados de acuerdo con lo informado por las víctimas y el personal policial que intervino, entre las que se hallaba C..

Es más, los detalles proporcionados por R. y M., en particular, lo narrado por el primero sobre el modo en que fue inicialmente contactado por una mujer e inmediatamente abordado por dos individuos del sexo masculino y que todos los encausados iniciaron la fuga en el vehículo en el que se desplazaban hasta que se produjo la detención, deja en claro que C., más allá del lugar en que físicamente se ubicó mientras sus consortes de causa llevaban adelante el desapoderamiento de las víctimas, formaba parte del grupo agresor, a título de coautora.

Por lo tanto, entiendo que la decisión asumida en la instancia anterior debe ser homologada en los términos previstos en el artículo 306 del digesto ritual.

El juez Mauro A. Divito dijo:

Aunque adhiero a las consideraciones efectuadas por el juez Cicciano acerca de la acreditada intervención en el hecho de la imputada C., entiendo que lleva razón la defensa al criticar el encuadre legal seleccionado en la instancia anterior.

Poder Judicial de la Nación

En efecto, de acuerdo con la argumentación del señor juez *a quo* y lo expuesto en el voto que antecede, se encuentra fuera de discusión que los imputados no llegaron a consumir el apoderamiento de las cosas cuya sustracción habrían procurado, las que fueron recuperadas en su totalidad y sin que aquéllos hubieran alcanzado a gozar de cierto poder de disposición sobre los bienes.

La cuestión estriba entonces en determinar si, bajo tales premisas, el hecho de que una de las víctimas del robo haya padecido lesiones de carácter grave basta para considerar que se ha perfeccionado el delito previsto en el art. 166, inc. 1°, del Código Penal.

El problema jurídico así planteado no resulta novedoso y ha sido extensamente examinado -en particular- por los magistrados que integraban esta Cámara, en el año 1967, que dictaron el fallo plenario “Salvini o Gómez”.

En dicha ocasión, la mayoría del tribunal -conformada por los jueces Millán, Lennon, Pena, Rassó, Vera Ocampo, Frías Caballero, Black, Argibay Molina, Ure, Fernández Alonso, Munilla Lacasa, Negri y Quiroga- se inclinó por el criterio que en el *sub examen* ha seguido el señor juez de grado.

Sin embargo, la detenida lectura de las opiniones vertidas en dicho precedente y en ciertas publicaciones referidas al asunto, me ha llevado a coincidir con la solución -aunque no con todos los fundamentos- que en el plenario citado suscribió la minoría -integrada por los jueces Panelo, Lejarza, Amallo, Romero Victorica y Prats Cardona-.

En tal sentido, considero que el diseño de la fórmula legal -que agrava la pena “Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91”- y su ubicación sistemática en el Código Penal, dejan en claro que se trata de un robo agravado.

Desde esa perspectiva, entiendo que la aplicación sin reducciones de la escala punitiva allí prevista presupone -como en todos los restantes supuestos del mismo artículo- que se ha perfeccionado el apoderamiento que caracteriza al delito de robo y, si ello no ocurre, simplemente deben aplicarse las reglas propias de la tentativa conforme a lo que establecen los arts. 42 y ss. del ordenamiento de fondo.

Las posibles inconsecuencias que dicha interpretación -en algún supuesto puntual- acarrearía en relación con el mínimo de la pena contemplada para el delito de

lesiones gravísimas, además de que no son las únicas que presenta el Código Penal, en modo alguno pueden erigirse en razón suficiente para hacer a un lado el principio de legalidad y, prescindiendo de las disposiciones de la parte general del Código Penal, tratar como un robo consumado aquél en el que los autores no han logrado apoderarse de lo sustraído.

En tal sentido se ha apuntado que “la consideración de lo tentado como si estuviera consumado, configura una forma de aplicación analógica agravatoria de la ley penal, prohibida por el principio de legalidad” (Julián Ercolini, *Algunas consideraciones sobre el robo violento con lesiones graves o gravísimas*, La Ley, 2003-A, 487).

En apoyo de este criterio, que en la jurisprudencia resulta minoritario pero es el que estimo correcto, cabe recordar que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha considerado “jurídicamente imposible declarar consumado un robo meramente tentado por el solo hecho de haberse perfeccionado no ya la acción descripta en la figura (art. 166, inc. 1º), sino un elemento normativo de la misma” (SC Buenos Aires, “Iglesias, Diego A.”, 29/12/1992, La Ley, 1994-B, 703).

Por lo demás, acertadamente se ha destacado que la solución que prevaleció en el citado fallo plenario -en tanto considera consumado este delito aunque el apoderamiento se halle en curso de ejecución- conduce a dejar de lado el instituto del desistimiento voluntario contemplado en el art. 43 del Código Penal (Guillermo Friele, *El desistimiento en la tentativa*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2004, ps. 62 y ss.).

Así, dado que comparto dicho enfoque de la cuestión, estimo que en el caso no median razones que autoricen a apartarse de las previsiones de los arts. 42 y ss. del CP.

Conforme a lo expresado hasta aquí, concluyo en que corresponde modificar la significación jurídica asignada a los hechos por los que se decretó el procesamiento de los imputados, cuyo encuadre debe ser el de robo calificado por haberse provocado lesiones graves, en grado de tentativa (CP, arts. 42 y 166, inc. 1º).

Así voto.

El juez Gustavo A. Bruzzone dijo:

I. Convocado a intervenir en este asunto en función de lo normado en el art. 36 *b* del R.J.C.C., y habiendo escuchado la grabación de la audiencia, no tengo preguntas que formular a las partes.

Poder Judicial de la Nación

II. Vista la cuestión traída a estudio, debo dejar asentado en primer término que, a mi entender, *“la revisión de la subsunción legal en esta etapa preliminar se encuentra directamente vinculada a su incidencia en algún otro instituto, situación que no se presenta en el caso, siendo en la etapa del debate en donde se determinará, en forma definitiva, la que corresponda aplicar al suceso en estudio”* (in re: causa n° 33.611 **“Centurión Cabrera”** de la Sala Primera, rta. 5/5/2008, entre muchas otras). En realidad, más allá de lo que podamos aquí decir, es el órgano de juicio el soberano para resolver el tema. No obstante ello, en este caso puntual y al sólo efecto de dirimir la disidencia originada en los votos de mis distinguidos colegas, habré de expedirme al respecto, para así también sentar posición en el tema sin perjuicio de que, por tratarse de lesiones graves, el problema de base no se daría en el caso.

III. Como bien trae a cuento el colega Divito, los orígenes de esta antigua discusión se vieron reflejados en el plenario **“Salvini o Gómez”** de esta Cámara, del año 1967, en el que reapareció en toda su extensión aquello que ya había sido objeto de tratamiento en los fallos **“Lemus García”** (rta. 20/03/1962 y publicado en La Ley, t. 108 p. 304) y **“Caretta”** (rta. 6/05/1966 y publicado en La Ley, t. 123, p. 940) de este mismo tribunal, referido a la posibilidad de aplicar las reglas de la tentativa al robo calificado previsto en el art. 166, inc. 1° del C.P.

Los criterios dispares que se alzaron al respecto tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario se extienden hasta hoy, y si bien considero plausibles los fundamentos brindados por quienes apoyan la tesis mayoritaria imperante en la actualidad, en definitiva tengo la convicción de que, frente a este supuesto específico, no existen motivos para apartarse de las previsiones de los arts. 42 y 44 del Código Penal, que son de aplicación, con carácter general, a todos los delitos dolosos. En efecto, considero que el perfeccionamiento de un delito complejo frente a la ausencia de consumación de alguna de las figuras implicadas representa, a mi criterio, una lesión al principio de legalidad material, como surge de los argumentos dados por la minoría al votar en el plenario antes citado, toda vez que lo que justifica el criterio de la mayoría se asienta en razones que hacen a una alegada defensa social.

Es que el principal fundamento de quienes sostienen que la producción de las lesiones previstas en los arts. 90 y 91 del C.P. para facilitar el robo califica en sí mismo el delito previsto en la norma a la que se hace referencia, independientemente de

la consumación del apoderamiento, reside en las inconsecuencias que podría traer aparejada la reducción obligatoria de la escala punitiva por tratarse de un delito tentado, emergiendo de esa ecuación un monto punitivo que, considerado en abstracto, sería de menor cuantía respecto de los límites -inferiores y superiores- previstos para esos mismos delitos consumados en su modo simple de comisión.

El supuesto es el siguiente: las lesiones gravísimas (art. 91, C.P.) prevén un monto de pena de tres (3) a diez (10) años de prisión. Por su parte, la escala penal establecida para los distintos supuestos de robo calificado del art. 166 del C.P. va de cinco (5) a quince (15) años de prisión. Siguiendo, en esta cuestión, los lineamientos expuestos por la Cámara Nacional de Casación Penal en el plenario n° 2/1994 “**Villarino**”, la reducción de la pena en los supuestos de delitos tentados debe realizarse disminuyendo en un tercio el máximo y en la mitad el mínimo de la pena correspondiente al delito consumado. De lo expuesto se colige entonces que, al delito de robo calificado por la producción de lesiones graves o gravísimas (art. 166, inc. 1°, C.P.), en grado de tentativa (art. 42, C.P.), corresponde asignarle una escala punitiva que en abstracto va desde los dos (2) años y seis (6) meses de mínimo (mitad del mínimo correspondiente al delito consumado) hasta los diez (10) años de máximo (un tercio del máximo correspondiente al delito consumado). Ello implica que, de haberse incurrido en la comisión del delito de lesiones gravísimas, se hubiera visto afectado el tope mínimo de la figura en su modo simple de comisión.

Pues bien, a mi criterio, dicha inconsecuencia en la disparidad de escalas punitivas -a la que expresamente hace referencia el colega Divito en su voto- , encuentra solución en lo que en doctrina se ha dado en llamar “**efecto de bloqueo o clausura**” del tipo implicado. Esta es, a mi entender, la solución que mejor procede frente a estos casos de tipos compuestos o complejos, en cuya estructura convergen dos o más figuras penales que tutelan distintos bienes jurídicos pero conforman un nuevo tipo penal autónomo que, por reglas del concurso aparente por especialidad, tiene mejor derecho de ser aplicada. Generalmente ocurre que los diferentes tipos penales que integran el delito complejo prevén distintas escalas punitivas, lo que puede dar lugar a interpretaciones disímiles y controvertidas acerca del monto de pena emergente de la reducción obligatoria prevista en el art. 44, C.P. para el tipo compuesto, que resultaría de menor cuantía no sólo en relación a alguna de las figuras básicas que integran el tipo penal autónomo, sino también en cuanto a la gravedad de ese injusto.

Poder Judicial de la Nación

Enrique Bacigalupo se ocupa de este tema bajo un enfoque que, *mutatis mutandi*, es de aplicación al presente. Al brindar tratamiento a las consecuencias jurídicas del concurso ideal, sostiene que “*la comprobación de un concurso ideal determina que sólo deba aplicarse una pena, que debe extraerse de la amenaza penal más grave. El Código Penal sigue este criterio; sin embargo, deja sin respuesta el problema que se da cuando el delito tiene la pena máxima más grave y tiene, a la vez, la pena mínima menos grave que el otro delito. En este supuesto debe tenerse en cuenta que la pluralidad de lesiones no puede tener un efecto beneficiante del autor y, por lo tanto, debe asignarse al mínimo más alto una **función de clausura**, según la cual el autor no puede ser sancionado a una pena menos grave que la que le hubiera correspondido si hubiera violado sólo una ley (la del mínimo más alto)*”¹ (el destacado me pertenece).

Stratenwerth, abogado a esta misma cuestión expuso, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Alemán que: “*...la idea fundamental del concurso impropio, es decir, que el hecho es abarcado adecuadamente ya por la aplicación de una norma, justamente, de la prioritaria, encuentra dificultades en aquellos casos en los que la relación sistemática entre los tipos no se halla en armonía, o al menos no completamente, con la existente entre las conminaciones penales. Ello tiene relevancia práctica sobre todo en caso de que prevalezca una ley más gravosa, cuando la norma desplazada, que de por sí es más leve, en algún aspecto es más gravosa que la que prevalece. En este caso, sería incomprensible que el autor quedase en mejor situación que si sólo hubiera cometido el delito más leve. Por ello, la opinión mayoritaria sostiene que existe un “efecto de bloqueo” de la ley más leve: la norma desplazada sigue siendo aplicable en la medición de pena y respecto de determinadas consecuencias accesorias específicas*”².

Citando a este mismo autor, Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, en la traducción del “*Tratado de Derecho Penal*” de Jescheck con adiciones del derecho penal español, nos brindan un ejemplo clarificador sobre la cuestión. Al tratar el denominado “concurso de leyes” o “unidad de ley”, nos dicen: “*En Alemania antes de la nueva redacción del StGB 1975 solía ponerse como ejemplo el concurso de leyes*

¹ Bacigalupo, Enrique; “Derecho Penal. Parte General” 2ª edición renovada y ampliada, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2007, págs. 590 y sgtes.

entre tentativa de violación, cuya penalidad era de tres meses a 15 años, y abusos deshonestos consumados, cuyo marco penal comprendía desde un año hasta diez años: la tentativa de violación desplazaba a los abusos deshonestos, pero no se veía razón para que ello permitiese recorrer la pena por debajo del mínimo penal de los abusos deshonestos que también había realizado el autor. Aunque desplazado, el precepto correspondiente a los abusos deshonestos debía limitar el marco mínimo de la pena de la tentativa de violación...”³. Vemos aquí como, sin mencionarlo, se hace una referencia tácita al efecto de bloqueo que vengo mencionando.

IV. Así las cosas, las inconsecuencias mencionadas por el colega Divito encuentran entonces solución, a mi criterio, en la imposibilidad de afectar la escala penal prevista para el delito consumado en su modo simple de comisión por efecto de bloqueo, puesto que, de darse ese supuesto, el monto estipulado para la figura agravada sería inferior al aplicarse la reducción de la escala de la tentativa. Los montos mínimos y máximos originarios de los tipo base de que se trate *bloquean o clausuran* la escala penal de aplicación al caso, limitando la reducción prevista en el art. 44 al delito tentado.

Como se señaló al comienzo, en el caso este problema no se advierte porque nos enfrentamos a un supuesto, no controvertido, de que las lesiones serían graves y no gravísimas.

No obstante ello, el desarrollo efectuado se presenta necesario debido a que los partidarios de la tesis mayoritaria, por las consideraciones aquí vertidas, no hacen este distinguo y, para cualquier supuesto, consideran consumado el tipo previsto en el art. 166 inc. 1° del C.P. con la mera producción de las lesiones allí descriptas, independientemente de la consumación del apoderamiento ilegítimo.

Con estos argumentos, adhiero al voto del juez Divito.

Así voto.

En consecuencia, esta Sala del Tribunal RESUELVE:

CONFIRMAR PARCIALMENTE el auto documentado a fs. 213/222, en cuanto se dispuso el procesamiento de J. G. M., J. R. J. D. T., S. T. y M. C., MODIFICANDO la calificación legal asignada a los hechos, los que hallan encuadre en

² Stratenwerth, Gunter; “Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible”, 4ª edición reelaborada, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2005, págs. 546 y sgtes.

³ Jescheck, H.H., “Tratado de Derecho Penal Parte General. Traducciones y adiciones de Derecho Español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde”, Barcelona - España, Ed. Bosch, 1981, volumen segundo, pág. 1042.

1808/12. “M., J. G. y otros”. Procesamiento. Robo. Instr. 20/162. Sala VII.

Poder Judicial de la Nación

el delito de robo calificado por haberse provocado lesiones graves, en grado de tentativa (arts. 42 y 166, inc. 1º, del C.P.).

El juez Rodolfo Pociello Argerich integra esta Sala por disposición de la Presidencia del 5 de agosto de 2009, quien no intervino en la audiencia oral celebrada por hallarse en uso de licencia, de modo que lo hace el juez Gustavo A. Bruzzone por aplicación de lo dispuesto en el artículo 36, inciso “b”, del Reglamento para la Jurisdicción.-

Mauro A. Divito

Juan Esteban Cicciaro
(en disidencia parcial)

Gustavo A. Bruzzone

Ante mí: Roberto Miguel Besansón

USO OFICIAL