

**FALLO SELECCIONADO POR LA SALA PENAL DEL TSJ CBA.**

RECURSO DE CASACIÓN PENAL - DELITOS COMETIDOS CON LA INTERVENCIÓN DE MENORES DE DIECIOCHO AÑOS DE EDAD (ART. 41 QUÁTER CP)- NATURALEZA JURÍDICA - RELACIÓN CON LAS FIGURAS DE LA PARTE ESPECIAL - CONCURSO CON AGRAVANTES ESPECÍFICAS (ART. 41 QUÁTER Y 166 INC. 2º CP)- CONCURSO IDEAL- CONCURSO DE DELITOS - CONCURSO IDEAL- CONCURRENCIA DE LA AGRAVANTE GENÉRICA DEL ART. 41 QUÁTER CP CON LA AGRAVANTE ESPECÍFICA DEL ART. 166 INC 2º, 1ER SUPUESTO DEL CP- PENA DEL CONCURSO IDEAL ( ART. 54 CP)- PRINCIPIO DE ABSORCIÓN - CIRCUNSTANCIAS AJENAS AL ÁREA DE ENFOQUE DEL HECHO COMÚN.

1-La calificante del art. 41 quáter del CP, se integra con las figuras de la parte especial que contemplan hechos típicos que admiten su agravamiento por la intervención de menores de edad conformando también nuevas figuras calificadas especiales agravadas.2-No se advierten razones por las cuáles la técnica legislativa empleada, colocando esas circunstancias agravantes en la parte general, para asignarle eficacia en relación con el conjunto de figuras de la parte especial, deban alterar el sistema de agravantes y atenuantes de la parte especial. Esto es, los criterios que de allí surgen estableciendo que las figuras calificadas se construyen, como regla, sobre la base de las llamadas figuras básicas. En consecuencia, para la construcción de la nueva figura calificada que deriva de la aplicación de la agravante genérica del art. 41 quáter CP, debe tenerse en cuenta la figura básica de la parte especial del delito de que se trate. Incluso, cuando por la existencia de otra circunstancia agravante específica ( prevista en la parte especial), concorra además otra figura calificada; como sucede con el empleo de un arma contemplada en el art. 166 inc. 2º, 1er supuesto del CP. 3- Cuando la figura especial construida combinando una agravante genérica como la del art. 41 quáter CP con la figura básica de robo del art. 164 CP concurre con una agravante específica como la del art. 166 inc. 2º, 1er. supuesto del CP. Ambas deben concursarse idealmente conforme a lo establecido por el art. 54 CP. Ello obedece a que, aunque el uso de un arma no se superpone con la intervención de un menor de edad, no ocurre lo mismo con el ámbito de enfoque común que se plantea con los aspectos que conforman la figura básica de robo sobre la cual se construyen ambas figuras agravadas (genéricas y específicamente).4- El principio de absorción consagrado por el art. 54 C.P. determina que frente al concurso ideal entre un robo calificado por la intervención de menores de edad construido en base a la integración de los tipos penales de las figuras de los arts. 164 y 41 quáter del CP y un robo calificado por el uso de armas contemplado en la figura del art. 166 inc. 2º sólo corresponde tener en cuenta la escala penal más grave de esta última figura. Sin embargo ello no resulta óbice para que las circunstancias a las que se refiere el art. 41 quáter CP., relativas a la intervención de menores de edad, no contenidas en dicha figura calificada del art. 166 inc. 2º del CP, sean ponderadas al momento de la individualizar la pena respectiva dentro de esa escala, en el marco de los criterios establecidos por los art. 40 y 41 del CP

**SENTENCIA NUMERO: CIENTO DIECISIETE**

En la Ciudad de Córdoba, a los veintiuno días del mes de mayo de dos mil trece, siendo las doce horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de

Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos, "*B.E.A. p.s.a. robo calificado agravado por el art. 41 quater -Recurso de Casación-*" (Expte. "B", 65/10), con motivo del recurso de casación interpuesto por la Señora Fiscal de Cámara, doctora María Inés Ferreyra, en contra de la Sentencia de fecha veinte de agosto de dos mil diez, dictada por la Cámara en lo Criminal de Séptima Nominación de esta ciudad.

Abierto el acto por la Sra. Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

PRIMERA CUESTION: ¿Se ha aplicado erróneamente la ley penal al inobservarse el art. 41 quater del C.P.?

SEGUNDA CUESTION: ¿Qué solución corresponde dictar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: doctoras Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel.

#### A LA PRIMERA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por Sentencia del 20/8/10, la Cámara en lo Criminal de Séptima Nominación, resolvió -en lo que aquí interesa-: "Declarar a E. A. B., ya filiado, como coautor responsable del delito de robo calificado por el uso de arma impropia (arts. 45, 166 inc. 2º -1er. supuesto- del CP) e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de seis años de prisión, adicionales de ley y costas (arts. 9, 12, 40 y 41 del CP y 550/551 CPP)..." (fs. 240).

II. La Sra. Fiscal de Cámara Séptima del Crimen, Dra. María Inés Ferreyra, interpone el presente recurso de casación en contra de la sentencia mencionada.

Señala, que en el debate solicitó que por el obrar descrito en la requisitoria fiscal el prevenido B. debía responder como coautor responsable del delito de robo calificado por el uso de arma impropia, agravado por el la intervención de un menor de dieciseis años de edad, en los términos de los arts. 45, 166 inc. 2do. -1er supuesto- y art. 41 quater del CP, solicitando la imposición de la pena de siete años de prisión, con adicionales de ley y costas (arts. 12, 40 y 41 del CP) (fs. 243 vta.).

Es por ello, que invocando el motivo sustancial de casación (art. 468 inc. 1º del CP), la recurrente cuestiona el fallo desde que declara a B. penalmente responsable del

delito de robo calificado por el uso de arma impropia (art. 45, 166 inc. 2° -1er supuesto- CP) (fs. 243 vta.).

Según la Fiscal, el Tribunal de mérito, ha tenido por acreditada la participación en el hecho del menor de edad F., así como también la del coautor mayor, quien conocía la minoría de edad de su compañero y ha subsumido la conducta desplegada por B. en la figura de robo calificado por el uso de arma impropia encuadrándola en el tipo penal previsto en el art. 166 inc. 2° -1er. supuesto- del CP, excluyendo la aplicación de la agravante genérica del art. 41 quater (fs. 245 vta.).

Señala, que el a quo entiende que la agravante en cuestión solo resulta aplicable cuando el hecho ha sido calificado con la figura básica o simple del título. Alega, que de la lectura de la norma (art. 41 quater ib.), no surge que la misma se aplique solamente a la figura básica como arguye el tribunal de juicio con su resolución (fs. 246 vta.). Además, la interpretación sostenida por el a quo contraria el espíritu de la misma, ya que la voluntad del legislador radica en desalentar la participación de los menores de edad en cualquier hecho delictivo, motivo por el cual resultaría absurdo interpretar que la ley quiso castigar más severamente a aquel que participa con un menor de edad en un delito de menor entidad penal (delitos básicos), que aquel que lo hace en un delito más grave, máxime si se tiene en cuenta que en este caso el menor ha corrido mayor riesgo al participar un hecho más grave (fs. 247).

Como es sabido, el código penal admite diferentes interpretaciones dogmáticas. Lo importante es ser coherente con el punto de partida y respetar las finalidades político-criminales del legislador de lege lata (fs. 247).

La primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador. Por lo tanto, no se puede obviar cuáles son las razones de política criminal que influyeron en la introducción al Código Penal de la figura del art. 41 quater, esto es, la prevención general negativa; disuadir a los mayores para que no utilicen a los menores de edad en sus delitos.

Sostiene, que estas agravantes genéricas importan formas ampliatorias de los tipos penales no determinados pasando éstas a integrar las figuras de la parte especial, precisamente a los efectos de la aplicación del agravamiento de la pena (fs. 247 vta.).

La interpretación debe hacerse extensiva a la agravante del art. 41 quater, toda vez que ambas participan de idénticas características (fs. 247 vta.).

Desde otro costado, el impugnante sostiene que el a quo no ha dado razones para afirmar que ante la ocurrencia de un tipo básico y una figura especial, la primera se considere excluida por la segunda. Alega, sobre la interpretación de las relaciones de especialidad entre tipos penales básico y tipo penales específicos. Partiendo de este razonamiento, en el caso concreto –robo calificado por el uso de armas-, de ninguna manera se puede inferir que el tipo específico contenido en el art. 166 inc. 2° -primer supuesto- del C.Penal (robo con empleo de arma) excluye al tipo genérico comprendido en el art. 164 del C.P. La concurrencia de ambas figuras (genérica y específica) está determinada por la superposición de espacios típicos –derivado de los elementos comunes que presenta- pero el tipo específico al describir la conducta en forma más detallada contiene a la figura básica (robo) y no la excluye. Cita jurisprudencia que avala su postura (fs. 247 vta.).

Acota, que la relación de especialidad en la concurrencia de figuras básicas y específicas, genera otro tipo de relación, de inclusión, por lo que al permanecer la figura básica contenida en la especial, no hay razón para suprimir la aplicación de la agravante genérica como lo sostiene el Tribunal de juicio (fs. 248).

Concluye, que el a quo ha calificado erróneamente la conducta delictiva del imputado B., debiendo haberla encuadrado en la de robo calificado por el uso de arma de impropia y agravado por la intervención de un menor de edad en virtud de lo dispuesto por los arts. 166 inc. 2° -primer supuesto- y art. 41 quater del CP (fs. 248 vta.).

III. Corrida vista al Ministerio Público a los fines dispuestos por el art. 464 en función del art. 471 del CPP, se expide el Sr. Fiscal Adjunto, mediante Dictamen "P" n° 1067 de fecha 7/12/2010, en el que expresa su voluntad de mantener el recurso de casación deducido por la señora Fiscal de Cámara, Dra. María Inés Ferreyra.

IV.1. La plataforma fáctica fijada por el a quo, fue la siguiente: “El día 08 de enero de 2010 aproximadamente a las 00:00 hs., E.A.B., quien portaba un rifle de aire comprimido calibre 5 y ½ marca Leslie, en compañía del menor N.A.F. de 16 años de edad y otras dos personas cuya identidad y edad no han podido establecerse por la instrucción, presumiblemente los menores conocidos como “B.” y “L.”, esgrimiendo cada uno de ellos armas de fuego, presumiblemente revólveres, se hicieron presentes de común acuerdo y con ánimo furtivo en la vivienda sita en calle Tulumba n° 2387 de barrio Villa Bustos de esta ciudad, lugar al que ingresaron tras violentar la puerta de chapa,

abollándola a la altura de la cerradura. Que en el interior se encontraba la familia conformada por E.N.Q., su esposo J.A.R. y los menores J.N. y M.E.R., a quienes redujeron apuntándolos con las armas que portaban. Que mientras F. golpeaba con la culata del mismo en la cabeza de J.A.R., arrojándolo al suelo y apoderándose legítimamente de un celular marca Motorola abonado a la empresa Personal línea 153-180606, su Documento de Identidad y la suma de \$ 200, los dos sujetos no identificados se apoderaban ilegítimamente de un equipo de música marca Aiwa color gris, un parlante marca Sony negro, una caja de modulación de plástico color negro modelo SS-H-551 y una moto marca Honda modelo Wave 110 cc. color bordó motor N° SDH150FMG-265052461, un reproductor de DVD que estaba en el lugar. Que al retirarse del lugar, fueron sorprendidos por G.R., padre del damnificado, quien procuró impedirles la huida, frente a lo cual el incoado B. el apuntó con el rifle y lo golpeó en la cabeza con el mismo, produciéndole un corte en el cuero cabelludo para seguidamente darse a la fuga con los elementos detallados. Que a consecuencia del hecho narrado J.A.R. sufrió herida contusa puntiforme en región parietal media, por la que se le asignaron 10 días de curación e inhabilitación para el trabajo”.

2. El planteo del Ministerio Fiscal, se circunscribe a la aplicación de la agravante del art. 41 quater al delito de robo calificado con arma (art. 166 inc. 2°, 2° párrafo CP) .

En ese sentido, la cuestión planteada, se relaciona con la calificación legal que corresponde dar a los hechos a partir de la relación que se plantea entre agravantes genéricas (previstas en la parte general) y específicas (previstas en la parte especial) que concurren en relación con el delito de robo atribuido al encausado.

Al respecto, esta Sala ha sostenido que la calificante del art. 41 quáter del CP, se integra con las figuras de la parte especial que contemplan hechos típicos que admiten su agravamiento por la intervención de menores de edad conformando también nuevas figuras calificadas especiales agravadas (Cfr. T.S.J., Sala Penal, S. n° 194, del 16/08/07, “Torres”; S. n° 97, del 27/04/09, “Bartolucci”; y S. n° 306, del 03/11/10, “Dimare”).

Se desprende de allí, que las circunstancias mencionadas en la agravante genérica del art. 41 quáter C.P., constituyen una parte de la figura calificada junto con las contenidas en el enunciado legal del delito respectivo de la parte especial al que se integra. Siendo ello así, no se advierten razones por las cuáles la técnica legislativa empleada, colocando esas circunstancias agravantes en la parte general, para asignarle

eficacia en relación con el conjunto de figuras de la parte especial, deban alterar el sistema de agravantes y atenuantes de la parte especial. Esto es, los criterios que de allí surgen estableciendo que las figuras calificadas se construyen, como regla, sobre la base de las llamadas figuras básicas.

Luego, no surgiendo razones que justifiquen introducir excepciones a esa situación, la concurrencia en el caso de las circunstancias previstas en el art. 41 quáter del C.P. determinan su aplicación conformando una figura agravada que deriva de su integración con el tipo básico del art. 164 del C.P.. Y esa figura agravada (art. 164 en función del 41 quáter del C.P.) deberá ponerse en relación con las modalidades agravadas a la figura básica del art. 164 del C.P. previstas en la parte especial del mismo modo en que éstas se vinculan entre sí. En concreto, concurriendo también las circunstancias que tornan aplicable al caso la figura calificada del art. 166 inc. 2° C.P., siendo distintas éstas a las del 41 quáter, y teniendo en común con la figura agravada construida con esta última los aspectos contenidos en la figura básica del art. 164 C.P., ambas figuras deberán concursarse idealmente, de conformidad con lo dispuesto por el art. 54 del C.P.

Valga señalar que frente al principio de absorción consagrado por el art. 54 C.P. para estos casos de concurso ideal, que alude a la aplicación de la pena mayor que no es otra que la escala penal más grave, la escala penal aplicable al caso será la del art. 166, 2° párrafo, 2° supuesto del C.P.. Pero ello no resultará óbice para que las circunstancias a las que se refiere el art. 41 quáter C.P. no contenidas en dicha figura, se ponderen dentro de esa escala como agravantes al momento de la individualización judicial de la pena, en el marco de los arts. 40 y 41 del C.P.

Así voto

*La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:*

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

*La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel , dijo:*

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTION:

*La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:*

I. Conforme al resultado de los votos precedentes, debe hacerse lugar parcialmente el recurso de casación deducido en autos por la Sra. Fiscal de Cámara, en contra de la Sentencia dictada por la Cámara en lo Criminal de séptima Nominación con fecha 20/8/2010, en cuanto resolvió declarar a E.A.B., ya filiado, como coautor responsable del delito de robo calificado por el uso de arma impropia (arts. 45, 166 inc. 2º -1er supuesto- del CP) e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de seis años de prisión, adicionales de ley y costas (arts. 9, 12, 40 y 41 del CP y 550/551 del CPP) (fs. 240).

En su lugar, corresponde declarar a E.A.B., coautor responsable del delito de robo calificado por el uso de arma impropia (arts. 45, 166 inc. 2do. -1er supuesto- CP) y robo calificado por la intervención de menores de edad (164 en función del art. 41 quáter) en concurso ideal (art. 54 C.P).

II. Asimismo corresponde ahora individualizar la pena a imponer a E.A.B., la cual deberá consistir en prisión o reclusión, entre un mínimo 5 años a un máximo de 15 años.

A tal fin, deben tenerse en cuenta como circunstancias agravantes:

\* las circunstancias y modalidades de ejecución del presente suceso, consistente en la irrupción armada, en horario nocturno, al inmueble de las víctimas, donde había menores de edad, ejecutándose además violencia física en presencia de estos sobre el progenitor de los mismos, accionar este desplegado con el concurso de tres personas, entre los que se encontraba el hijo menor de edad de su concubina (fs. 240).

Y como circunstancias atenuantes:

\* su relativa juventud, su condición socioeconómica, ausencia de antecedentes penales, el escaso daño patrimonial causado en virtud de haberse recuperado la mayoría de los elementos sustraídos (fs. 240).

En base a las pautas arriba mencionadas, considero justo imponerle la pena de siete años de prisión, con adicionales de ley y costas (art. 9, 12, 40 y 41; 550 y 551 CPP).

III. Sin costas en la alzada (C.P.P., 550/552).

Así, voto.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal Dra. Aída Tarditti, da a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las M. Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal, RESUELVE: Hacer lugar parcialmente al recurso de casación en autos por la Sra. Fiscal de Cámara Séptima del Crimen, y en consecuencia:

I. Casar la Sentencia de fecha 20 de agosto de 2010, dictada por la Cámara en lo Criminal de Séptima Nominación de esta ciudad, en cuanto resolvió “declarar a E.A.B., ya filiado, como coautor responsable del delito de robo calificado por el uso de arma impropia (arts. 45, 166 inc. 2° -1er supuesto- CP) e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de seis años de prisión, adicionales de ley y costas (arts. 9, 12, 40 y 41 del CP y 550/551 del CPP)” (fs. 240).

II. En su lugar, se debe declarar a E.A.B., coautor responsable del delito de robo calificado por el uso de arma impropia (arts. 45, 166 inc. 2do. -1er supuesto- CP) y robo calificado por la intervención de menores de edad (164 en función del art. 41 quáter) en concurso ideal (art. 54 C.P).

III. Imponer para su tratamiento penitenciario la pena de siete años de prisión, manteniendo los adicionales de ley y costas (arts. 9, 12, 40 y 41 del CP y 550/551 del CPP).

IV. Sin costas por lo actuado en la Alzada (CPP, arts. 550/552).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

