

ROBO

Dr. Alejandro Maria Giorgio



www.defensapublica.com

defensapublica.com

Dr. Alejandro María Giorgio

Sinopsis

ROBO

"Análisis doctrinal y Jurisprudencial"

defensapublica.com

Dr. Alejandro María Giorgio

INDICE GENERAL

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN. ELEMENTOS DE LA FIGURA: A.-) Comunes al Hurto: Legitimación. Cosa Mueble. Total o parcialmente ajena. Tipo Subjetivo. B.-) Propias del Robo: 1.- Fuerza en las cosas. 2.- Violencia en las personas. MOMENTO EN QUE SE EJERCE LA VIOLENCIA: 1.- Antes del robo. En la consumación. Luego de cometido. PRINCIPIO DE EJECUCION. DESESTIMIENTO. TENTATIVA. Penalidad. TENTATIVA APARENTE, INIDONEA y DELITO IMPOSIBLE. CONSUMACIÓN. CO AUTORIA. PARTICIPE SECUNDARIO.

CAPITULO II

ROBO SIMPLE. Jurisprudencia Vinculada(1). Jurisprudencia Vinculada (2)

CAPITULO III

ROBOS AGRAVADOS. Calificado por el Homicidio o muerte. Análisis de la Agravante. DIFERENCIA CON EL HOMICIDIO "Criminis Causa".

CAPITULO IV

ROBOS AGRAVADOS. Por el Uso de Armas. INTRODUCCION. 1.- Arma Propia e impropia. 1.2.- Legalidad. 1.3.- Casuistica. 3.- Armas de Lanzamiento. 3.1.- Convención Americana. 3.2.- Conclusión. 4.- Armas de Guerra. 5.- Armas de Uso Civil. Arma de Utilería. UTILIZACIÓN. CUYA APTITUD NO PUDO ACREDITARSE POR NINGUN MODO.

CAPITULO V

ROBOS AGRAVADOS. Por Lesiones graves y gravísimas. A.-) Las LESIONES del Art. 90: Introducción. a) debilitaciones permanente. Debilitación permanente de un sentido. Debilitación permanente de un órgano. Debilitación permanente de un miembro. Debilitación permanente de la palabra. b.- el poner en peligro la vida del ofendido. c.- Inutilidad para el trabajo por más de un mes. d.- Deformación permanente del rostro. B.- Las LESIONES del Art. 91: a.-) Enfermedad mental o corpórea, cierta o probablemente incurable. b.-) La inutilidad permanente para el trabajo. c.-) Pérdida de un sentido, un órgano o un miembro o del uso de un órgano o miembro. d.-) Pérdida de la palabra. e.-) Pérdida de la capacidad de engendrar o concebir.

CAPITULO VI

ROBOS AGRAVADOS DEL Art. 167. A) Concepto de Desplazado. B) Concepto de Banda. C) Circunstancias del Art.163. Introducción. 1) Hurto campestre, de cerco y abigeato. 1.b) Hurto campestre. 1.c.1) Hurto de máquinas, instrumentos de trabajo. 1.c.2) Productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares. 1.d) Alambres y otros elementos de los cercos. DEL INCISO 4º. DEL INCISO 6º.

CAPITULO VII

ROBOS AGRAVADOS. Por Calidad de funcionario de Sujeto Activo. Comentario General.

CAPITULO VIII

DISPOSICIONES GENERALES del Código Penal. a.-) Intervención de un menor de 18 años. Competencia. Nulidad falta intervención Ministerio Público. Excusa Absolutoria. Fundamentos.

CAPITULO IX

ASPECTOS PROCESALES y SUSTANCIALES RELEVANTES: a.-)Principio de Congruencia. b.-) PRECLUSIÓN DE PLANTEOS. b.1.-) Necesidad de Resolverlos en Audiencia. b.2.-) Pedido de Sobreseimiento. b.3) Planteo Nulificante. c.-) Prisión Preventiva.- d.-) Planteo de Inconstitucionalidad. e) CONCURSO DE DELITOS. e.1.-) Portación de Armas. e.2.-) Privación Ilegítima de Libertad. f.-) Juicio Abreviado.

NORMATIVA LEGAL VIGENTE

Art.162

Art.163

Art.163 "bis"

Art.164

Art.165

Art.166

Art.167

Art.167 "bis"

Art.167 "ter"

Art.167"quater"

Art.167 " quinqes"

defensapublica.com

Dr. Alejandro María Giorgio

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN: Se suele afirmar que al robo se lo define con la misma fórmula que para el hurto: “apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble, total o parcialmente ajena”; pero se le agregan dos elementos: “fuerza en las cosas” o “violencia física en las personas”.

Entre el hurto y el robo hay una relación de género a especie. Robar, en principio es lo mismo que hurtar, pero la diferencia radica en que, en el robo hay procedimientos violentos.

En una palabra, el género “hurto” se transforma en la especie “robo”, cuando existe fuerza en las cosas o violencia en las personas. Ausentes estos elementos, el hecho constituye simplemente hurto.

En cuanto a los conceptos seguidamente enumerados, sobre “apoderamiento ilegítimo” y sobre los elementos normativos “cosa mueble” y “cosa ajena” propias del hurto, cabe destacar que son aplicables también a la figura del robo, al igual que la acción y el tipo subjetivo; es en razón de ello, que sólo los elementos propios del robo son: la fuerza en las cosas y violencia en las personas.-

ELEMENTOS DE LA FIGURA:

a.-) COMUNES AL HURTO: Acción típica: Según Dálessio, consiste en apoderarse, concepto que implica, en primer lugar, el desapoderamiento de quien ejercía la tenencia de la cosa -quitarla de su esfera de custodia (ámbito en el cual el tenedor puede disponer de la cosa). En segundo lugar, es necesario el apoderamiento material de la cosa por parte del agente, de modo que, ahora él, cuente con la posibilidad de realizar actos de disposición; el desapoderamiento sin apoderamiento podrá constituir, a lo sumo, una tentativa de hurto.

Ilegitimidad: Es que el hurto no se define completamente como el apoderamiento de una cosa ajena -algo que los particulares realizan en forma habitual-, sino que el tipo demanda, como elemento normativo, la precisión de que se actúe contra la voluntad (explícita o implícita) del

sujeto pasivo, o viciando esa voluntad (por fraude o por coacción); el acuerdo ha de eliminar la tipicidad objetiva sistemática -no la conglobante, como lo haría el consentimiento-, porque sin esos elementos no se puede conceptuar la acción misma. Cabe destacar, que para que la conducta sea atípica basta la mera existencia del acuerdo, aunque el agente la desconozca.

Cosa mueble: La cosa debe ser mueble, concepto que tampoco coincide con el precisado en el Cód. Civil (art. 2318); aquéllas cosas "que pueden transportarse de un lugar a otro" incluyen los inmuebles por accesión (arts. 2315 y 2316, Cód. Civil), los inmuebles por carácter representativo (art. 2317, Cód. Civil) y también las cosas que el propio agente ha convertido en transportables, separándolas del inmueble al cual estaban adheridas.

Total o parcialmente ajeno: La cosa también tiene que ser total o parcialmente ajena, es decir que alcanza con que sólo una parte ideal pertenezca a un patrimonio que no sea el del agente; la cosa sigue siendo ajena aun cuando no se conozcan, ni su propietario, ni quien ejerce actualmente su tenencia, siempre y cuando no se trate de res nullius (art. 2527, Cód. Civil) o cosas abandonadas (art. 2526, Cód. Civil) -las cosas perdidas (art. 2528, Cód. Civil) sí son ajenas, pero no susceptibles de hurto porque nadie ejerce su tenencia actual; apoderárselas será una apropiación (art. 175, inc. 10, Cód. Penal) .

Tipo subjetivo : No es suficiente la voluntad de desapoderar al tenedor, también es necesario que el sujeto activo quiera someter la cosa al propio poder de disposición (apoderarse). Cuando la sustracción se motiva en finalidades tales como hacer una broma, comprobar la vigilancia, dañar la cosa inmediatamente, etc., faltará la coincidencia subjetiva que el apoderamiento típico requiere, y no se dará el tipo de hurto.

Se ha entendido que la voluntad, en este tipo penal. requiere especiales disposiciones anímicas por parte del sujeto activo, que tornarían improbable un caso de dolo eventual. Creus propone superar la polémica acerca de si el llamado hurto de uso es típico (Soler) o no (Fontán Balestra, Molinario), explicándolo como el cometido por quien tiene la

cosa legítimamente y la utiliza a pesar de que sus poderes de tenedor no lo autorizan a hacerlo, acción que no sería típica; en cambio, el hurto de uso impropio sí configuraría un hurto: éste lo consuma quien se apodera de la cosa ajena -cuya tenencia no tiene- para usarla (aun con intención de devolverla).

b.-) PROPIAS DEL ROBO:

1. La fuerza en las cosas: A pesar de su aparente sencillez este elemento típico presenta algunas dificultades que se evidencian en las diversas interpretaciones respecto a sus límites y a la extensión de su contenido. Donna señala sin embargo que el concepto de fuerza es un concepto normativo antes que físico. Esta diferenciación permite excluir del concepto de fuerza aquellas acciones que sin dañar la cosa ocasionan un cambio en su destino.

Siendo un concepto normativo, su delimitación también dependerá en cada caso de las características de las cosas sobre las que recae el apoderamiento y de la intención y actividad llevada a cabo por el sujeto.

La fuerza en las cosas que contempla el tipo penal será aquella que quebrante, por medios no comunes u ordinarios la resistencia material que opone la cosa o las defensas predisuestas para su resguardo. Por otra parte, sólo podrá ser considerada fuerza típica aquella que es dirigida por el sujeto activo de modo intencional para superar esa resistencia. En este contexto es claro -en esto todos los autores coinciden- que la fuerza constitutiva del robo no es la necesaria para transportar o remover la cosa, sino que es necesario un plus que va más allá del esfuerzo normal. La fuerza no se ejerce en la cosa sino en razón de la cosa.

2. La violencia en las personas: Es otra de las modalidades de ejecución que convierte al hurto en robo. Consiste en la efectiva aplicación de una energía física, humana, animal o mecánica, fluida o química, real o simulada, sobre una persona para vencer la resistencia a la sustracción de la víctima, ya sea ejercida sobre la misma o sobre un tercero. No es necesario que la violencia afecte la integridad física del sujeto agredido. La violencia debe ser efectiva, es decir que no puede considerarse tal

aquella que el agente no haya desplegado de modo concreto, como por ejemplo sucedería si el autor del delito lleva consigo un arma que no utiliza.

Es por ello que se considera que la acción debe ser objetivamente violenta, esto implica que el mero temor de la víctima del hecho no es suficiente para calificar a la acción como tal. La violencia que se precisa para que se configure el robo es la que consiste en un acometimiento físico agresivo, aplicado directamente sobre las personas. La cuestión adquiere complejidad en cuanto se intenta delimitar el contenido de la violencia física, ya que mayoritariamente los autores nacionales y la jurisprudencia se han volcado hacia una interpretación de la norma que admite dentro del concepto de violencia física a la intimidación, y de su mano ingresan al tipo penal acciones como la de apoderarse de una cosa ajena mediante amenaza con armas, entendiendo que la amenaza es causante de una intimidación en la víctima. Actualmente, se sostiene entonces que se encuentra presente la violencia física exigida por la norma no sólo mediante el acometimiento de carácter violento y físico sobre las personas sino también mediante la llamada intimidación o violencia moral.

Jurisprudencia Vinculada.

Alcance del término

"... Sin perjuicio de ello, a fin de dar respuesta acabada a su cuestionamiento efectuado por la defensa, debo señalar que sostener que el hecho debe ser encuadrado en la figura de hurto y no de robo, por cuanto "hay sólo intimidación, que no es un medio comisivo del robo", es un argumento inatendible.-

Según señala SOLER, en un relato histórico compartido por la mayoría de los autores (cfr. entre otros: NUÑEZ, Tratado de Derecho Penal, T. IV, p. 223 y ss., FONTAN BALESTRA, Tratado de Derecho Penal, T. V, p. 448, MOLINARIO – AGUIRRE OBARRIO, T. II, p. 266 y ss., DONNA, Derecho Penal, PE., T. II-B, p. 118 y ss.), el Proyecto de 1891, en su artículo 189, se refería al hecho cometido con "violencia o intimidación en las personas", lo mismo disponía el Proyecto de 1906, pero por indicación del Dr. GONZALEZ ROURA, se suprimió el término "intimidación" y se

introdujo la exigencia de que se tratara de violencia física (SOLER, Derecho Penal Argentino, T. IV, p. 263 y ss.).-

El interés del profesor GONZALEZ ROURA, por trazar una férrea línea demarcativa entre el robo y la extorsión, no resolvió el problema. Como indica SOLER, los problemas han subsistido y en gran medida se deben a haberle acordado demasiada importancia a la opinión de GONZALEZ ROURA, quien influyera decididamente en la sanción de la ley.-

El voto minoritario del mentado jurista, traído en auxilio de la posición enarbolada por el recurrente, no puede tener acogida, por cuanto existe coincidencia con la posición mayoritaria sustentada, en el caso por los Dres. SEEBER, FRIAS, NEWTON y RAMOS MEJIA.-

Es que si entendiéramos que existe violencia solo en el acto físico de vencer materialmente la resistencia de la víctima y arrebatarle una cosa, los hechos en los cuales la violencia se presenta en forma más grave y de ejecución inmediata, por medio de armas por ejemplo, no serían robo, algo inadmisibles.-

“Por violencia física se entiende aquí no solamente la vis absoluta, aquella totalmente independiente de la voluntad de la víctima, sino también toda forma de vis compulsiva consistente en la presente e inmediata amenaza de empleo de la violencia”, (SOLER, op. cit. p. 266), por tanto, debe considerarse comprendida dentro del concepto de violencia física no solamente la acción que recae sobre la víctima puramente como cuerpo, con absoluta prescindencia de su voluntad, sino también aquella que quebranta o paraliza la voluntad sin motivarla.-

“La amenaza con arma a una persona para apoderarse de cosa ajena, no es una simple intimidación, sino que constituye el despliegue de una energía física que, aunque no obra sobre el cuerpo de la víctima, se dirige contra ella y, por su poder material, vence su resistencia. No se trata de un medio puramente moral, sino de un acto de apremio físico” (NUÑEZ, op. cit. p. 225).-

Lo que se requiere, es que esa violencia intimidante, sea desplegada para facilitar el apoderamiento, para cometerlo o lograr la impunidad, es decir, se exige una conexión ideológica entre la actividad y el resultado perseguido, tal cual sucede en el caso de marras. Así lo reconoce la doctrina española: “Lo importante es que la obtención de la

decisión de la víctima de entregar la cosa esté en una relación de imputación objetiva con la conducta del autor”, (SILVA SANCHEZ, dir., *Lecciones de Derecho Penal, PE., p. 202*). (Cnfr. Sala Penal del S.T.J.E.R., Autos : “**CARDOZO JULIO N. S/ ROBO SIMPLE – RECURSO DE CASACION**”, Expte. Nº 3377, Año 2008 – Cámara de Concepción del Uruguay), Sentencia del 2 de marzo de 2.009).-

MOMENTO QUE SE EJERCE LA VIOLENCIA: La violencia física en las personas a que hace referencia el art. 164 del Código Penal puede darse en tres (3) circunstancias: 1.-antes del robo, para facilitararlo; 2. en el acto de cometerlo o 3.- inmediatamente después de cometido, para lograr la impunidad del autor o de sus cómplices.-

1.- Antes del robo: violencia preparatoria: Este tipo de violencia se da cuando el sujeto activo de la relación delictual lleva a cabo algún tipo de acción con anterioridad al robo que está destinada a allanar el camino o hacer más fácil su accionar delictual para que se produzca el apoderamiento.-

Rubén E. Fígari, nos brinda dos ejemplos a saber: del sueño provocado hipnóticamente por el sirviente al patrón, para que luego, durante la noche, actúen los ladrones (facilitación mediata), o la violencia ejercida contra el agente de facción para hurtar en una de las casas de la cuadra.-

Par el citado autor, la expresión “antes del robo para facilitararlo” se refiere, según lo entendemos, al momento inmediatamente anterior al apoderamiento propiamente dicho, porque ejercer violencia para apoderarse de lo ajeno, significa ya el comienzo de ejecución, importa desde allí, la posibilidad de reaccionar en legítima defensa.-

2.- En la comisión: violencia concomitante: Esta es la caracterizada por la que se lleva a cabo durante el robo en sí mismo desde el comienzo de los actos de ejecución del apoderamiento hasta el término de su consumación.-

Soler la denomina “ violencia concomitante” y es la que se ejerce para remover la resistencia opuesta u oponible para las cosas y para llevárselas. Asimismo este tipo de violencia puede recaer sobre el despojado, sobre un tercero que defienda éste, sobre cualquiera que

persiga al ladrón, ya sea en el momento mismo de arrebatar o mientras dura la flagrancia o al cuasi flagrancia. La mayoría de los autores sostienen que se requiere una dirección subjetiva de la violencia, pues es la necesaria para sustraer la cosa o para que no le sea arrebatada una vez tomada.-

3.- Luego de cometido para lograr su impunidad: Ricardo Nuñez, enseña que es la violencia que tiene lugar después de cometido el robo para procurar su impunidad o la de otro participante en la comisión del delito en la medida en que se ejerza en el mismo contexto de la acción del robo una vez que se ha consumado el apoderamiento o su tentativa.

Pero posee una limitación temporal en referencia a las acciones posteriores con virtualidad para transformar el hurto en robo, de lo contrario todos los primeros quedarían en forma indefinida pendientes de agravación.

De allí que la expresión "inmediatamente después" aclara bien el sentido, ya que se refiere al mismo contexto de acción, tiempo inmediato al del apoderamiento.-

Figarí nos brinda los siguientes ejemplos: el del ladrón que, descubierto, emplea sus armas con la amenaza de que nadie se mueva, el del que habiendo sustraído varias cosas a un automóvil, le arrebatara al final la llave del coche al dueño para arrojarla y liberarse de la persecución.

Como se puede observar, en ambos casos, el ladrón emplea la violencia contra el intento de impedir que se escape él, que ya tiene la cosa.-

Finalmente, cabe destacar, que Carlos Creus hace una distinción ya que considera que la violencia que se emplea con posterioridad al apoderamiento ilegítimo califica la acción de robo cuando se dan dos caracteres: uno objetivo y otro subjetivo. El primero se trata de que esos medios sean empleados inmediatamente después de cometido el hecho, o sea, de consumarse el apoderamiento. Esto no se refiere tanto al tiempo que media entre la consumación y el empleo de los medios sino la exigencia de que no se dé entre ambas circunstancias, solución de continuidad que convierta el empleo del medio en una actividad posterior independiente. El carácter subjetivo está dado porque el autor emplee el medio con posterioridad a la consumación del apoderamiento para " procurar su impunidad".-

Jurisprudencia Vinculada.

Lograr su Impunidad

“...Es bueno a esta altura entonces resaltar la reconstrucción del factum realizada con plurales y suficientes elementos de índole cargosa por la sala sentenciante, a saber:

*“...se tuvo por demostrado que en las circunstancias de tiempo y espacio mencionadas en la acusación fiscal, los imputados Moyano y Ferreyra ingresaron al Banco Bersa S.A. Sucursal Concordia, portando armas de fuego con sus cargas correspondientes, para desarrollar cada uno de ellos distintas acciones que habían previamente concertado y en procura de un objetivo común, esto es, de apoderarse de todo el dinero que se hallaba en ese momento en las cajas de la entidad bancaria, ejecutando así las diversas tareas que se describieran precedentemente. No obstante, también se tuvo por demostrado que los encartados no obtuvieron sus propósitos de apropiarse ilegítimamente de ese dinero por causas ajenas a sus voluntades, pese a lo cual, **en momento en que el imputado Ferreyra se alejaba del banco** llevando a Arturo Rubén González **de rehén**, mientras se cubría con su cuerpo, **éste resultó herido de gravedad en una de sus manos**, cuando había comenzado ya un intercambio de disparos entre el grupo de personas que le servía de apoyo y los funcionarios policiales que se hicieron presentes en el lugar”* (cfr. fs. 1161). (Sala Penal del S.T.J.E.R. en Autos **“MOYANO, CARLOS E. - FERREYRA, MARTIN V. - ROBO CALIFICADO CON LESIONES GRAVES Y USO DE ARMAS - RECURSO DE CASACION”**.(Expte.Nº3171/2007 - Sala Primera en lo Penal - Cám.de Cdia.), Sentencia del 14 de mayo de 2.008).-

PRINCIPIO EJECUCIÓN: Sostiene Enrique Bacigaluppo, que la acción es punible no solamente cuando concurren todas las circunstancias que comportan el tipo objetivo y el subjetivo (consumación) (suponiendo que el autor sea culpable), sino también —bajo ciertas circunstancias— cuando falte algún elemento requerido por el tipo objetivo (tentativa).

De esta forma entraremos en la cuestión de la delimitación del comienzo de la punibilidad. En otras palabras, y dado que un hecho

punible tiene distintas etapas de realización, es preciso delimitar en qué momento el autor ingresa en el límite mínimo de lo punible, y cuándo se ha alcanzado la etapa que permite llegar al máximo de punibilidad prevista.

La primera de ellas es la: **a.-) Ideación**. Se trata de un proceso interno en el que el autor elabora el plan del delito y propone los fines que serán meta de su acción, eligiendo a partir del fin los medios para alcanzarlo; le sigue **b.-) Preparación**. Es el proceso por el cual el autor dispone de los medios elegidos, con miras a crear las condiciones para la obtención del fin; luego viene **c.-) Ejecución**: Es la utilización concreta de los medios elegidos en la realización del plan. Las zonas correspondientes a la preparación y ejecución, resultan de difícil determinación. Su distinción sólo tiene sentido a partir del límite trazado por el legislador entre lo punible y lo no punible, es decir, en relación a los tipos penales individuales de la ley penal. Dentro de la ejecución es posible distinguir dos niveles de desarrollo: uno en el que el autor no ha dado término todavía a su plan y otro en el que ya ha realizado todo cuanto se requiere según su plan para la consumación (tentativa acabada = delito frustrado), y finalmente d.-) Consumación.: Es la obtención del fin típico planeado mediante los medios utilizados por el autor. De estas etapas sólo entran en el ámbito de lo punible las de ejecución y consumación.

Resta finalmente hacer una importante aclaración, "**Preparación y ejecución**": Comenta Bacigaluppo, que ambos son conceptos relativos que dependen del punto en el que fije el legislador el comienzo de la protección penal del bien jurídico.

En consecuencia, no hay "actos preparatorios" en sí, ni "actos de ejecución" en sí.

La afirmación de que son punibles "sólo por especiales motivos político-criminales" (JESCHECK, loc. cit.), con que aquella conclusión suele ir acompañada, es la prueba de que en definitiva no hay excepción alguna, pues todos los delitos del Código están incriminados por especiales motivos de política criminal. Cnfr. Aut. Citado en obra "MANUAL DE DERECHO PENAL"..Edit. ..Pág 163 y sgtes).-

DESISTIMIENTO: Nuestro Código Penal en el art.43 dispone: " *El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito*".-

El desistimiento voluntario tiene como presupuesto elemental que el hecho haya quedado en la etapa de tentativa y que el autor evite el perjuicio al bien jurídico, para con ello evitar el efecto conmovedor de su conducta anterior. Es en este punto donde hay que diferenciar la tentativa acabada de la no acabada o inacabada; en la primera el autor deberá desandar el camino delictivo. En la segunda, basta sencillamente con que el autor no continúe con su accionar.-

Jurisprudencia Vinculada (1) :

Criterio de Interpretación.

"... Finalmente, si bien el planteo sucesivo del desistimiento resulta contradictorio -alegar el desistimiento importa afirmar que efectivamente había un bien jurídico pasible de perjuicio, y que éste no se produjo como consecuencia exclusiva de la propia voluntad del agente-, he de responder también este agravio.

Como ya refiriera, los atacantes se retiran recién cuando verifican que no podían consumir el delito que pretendían llevar a cabo. El recurrente pretende que ello se debió a una decisión voluntaria de los encartados, quienes -para utilizar la frase de von Liszt-, se habrían retirado de la comisión del delito cruzando el "puente de oro" que la ley les tendía para retornar a la legalidad.

Como ya ha afirmado esta cámara -"PALLAVIDINI", sent. del 16/12/14- ese componente de voluntariedad ha sido objeto de discusión doctrinaria, erigiéndose dos grupos de teorías al respecto: "psicológicas" y "valorativas". Las primeras afirman que el desistimiento es voluntario cuando se da aún estando al alcance del autor -desde su punto de vista- la consumación, e involuntario cuando ésta no es posible. ROXIN se muestra crítico con esta postura, por entender que confunde los presupuestos del desistimiento voluntario con los de tentativa fracasada, en que el sujeto constata la imposibilidad de alcanzar la consumación, siendo en esos casos imposible -no ya 'involuntario'- el desistimiento. Para este autor ello podría llevar -político criminalmente hablando- a

'beneficiar' con la impunidad a quien abandona su accionar por el fracaso del plan previsto. Así, la teoría valorativo-jurídica adoptada por ROXIN incorpora elementos propios de una valoración político-criminal, dejando de lado los 'motivos morales' del agente, adoptando en su lugar un punto de partida normativo en consonancia con la fundamentación de la exención de pena que importa el desistimiento voluntario. Postula así, como criterio, la 'racionalidad del delincuente' para determinar la voluntariedad de su desistimiento: será voluntario "cuando el abandono de la prosecución pueda ser interpretado como un distanciamiento respecto de la racionalidad interna de la actividad criminal, en tanto que será involuntario cuando el mismo abandono sólo represente una confirmación de dicha racionalidad" -MAÑALICH RAFFO, J. La tentativa y el desistimiento en el Derecho Penal. Algunas consideraciones conceptuales. REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 4 – Año 2004, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 170/171.-

En autos, Loggio y su consorte no desistieron de su accionar contrario a la norma por propia voluntad, sino que vieron frustrado su plan delictual por una circunstancia claramente ajena a su voluntad, cual fue la carencia de las víctimas de los celulares buscados. No se dan, entonces, los requisitos del pretenso desistimiento, según el cual debería poder afirmarse que "el autor resulta menos culpable en la consideración global del hecho como consecuencia de una cierta compensación sobre un disvalor inicial del acto y un acto posterior positivo" -cfr. BACIGALUPO, E. DP., Pte. Gral., Hammurabi, p. 477-, y sí en cambio los del delito tentado, siendo el análisis que el Tribunal efectúa al respecto, suficientemente fundado. (Cnfr. Cámara Casación Penal, en Autos "LOGGIO, Miguel Alejandro – Robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa, robo agravado por el uso de arma de fuego S/ RECURSO DE CASACION" (Legajo N°531/16), sentencia del 28 de septiembre de 2.016).-

Jurisprudencia Vinculada (2)

Tentativa acabada e inacabada

"... Sin embargo, y como enseguida veremos, la defensa fue en este caso sólida y convincente.- Recordemos que la Dra. ALVAREZ alegó

que la conducta de su pupilo bien puede encuadrarse en el denominado desistimiento voluntario, que torna NO PUNIBLE el delito tentado, para lo cual hizo notar primero que estábamos ante una tentativa inacabada.-

Dicho alegato defensivo me conduce al estudio de la figura del desistimiento -al menos tal como se la conoce en nuestro derecho sustancial punitivo- y analizar cuál es la diferencia entre la tentativa acabada y la inacabada, puntualizando cuáles son los requisitos de una y otra, para así arribar a una conclusión que, ya adelanté, es coincidente con la esbozada inteligentemente por la Sra. Defensora.-

En la **tentativa "inacabada"** el autor aún no ha realizado todo lo necesario para la ejecución, por lo que hace falta que siga obrando para lograr el resultado; de tal modo, **para que se configure el desistimiento, basta con que el autos NO SIGA ACTUANDO.-**

En cambio, ello no es suficiente estando la **tentativa "acabada"**, pues en este caso el autor apreció -al menos con dolo eventual- que la consumación no depende de una actuación ulterior.-

De tal manera, y volviendo a la **tentativa "inacabada"** y desde el momento en que aún no ha creado todas las condiciones necesarias para la producción del resultado, **es suficiente que el autor interrumpa el comportamiento delictivo, en virtud de una renuncia voluntaria y definitiva, a seguir realizando el hecho que había comenzado a ejecutar.-**

Por supuesto que al hablar de "voluntariedad", no se está exigiendo que el desistimiento esté basado en motivos éticos. Simplemente, debe entenderse que el desistimiento ha sido voluntario cuando el autor decide no seguir adelante, pese a que todavía tiene oportunidad de consumir.-

Pues bien; dándose tal supuesto de hecho, el Código penal sustantivo establece, en su Art. 43, que: "el autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito".-

Dice ZAFFARONI que si la tentativa exige que el agente no consume el delito por razones ajenas a su voluntad, debe entenderse entonces que cuando no lo consuma por propia voluntad, su conducta es atípica de tentativa.- Y tanto sea que el fundamento de la impunidad del desistimiento estribe en la atenuación de la culpabilidad del agente (que pone de manifiesto un retroceso en su conducta delictiva), se afinque en la disminución de la necesidad de reafirmar la vigencia de la norma, o

bien no sea más que una razón de conveniencia político-criminal de ofrecer al autor un estímulo adicional en interés que el resultado no se produzca (teoría del premio), lo cierto es que dados ciertos requisitos, el Derecho vigente contempla esta excusa absolutoria sobreviniente. (Cnfr. Sala Primera de la Excm. Cámara Primera en lo Criminal de la Primera "PORTORREAL, JESUS MARTIN S/ ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMA, EN GRADO DE TENTATIVA", y su acumulada Nº 5.713. Sentencia Nº 40. Vocales Chemez, Giorgio y Perotti, del 22 de octubre de 2.012).-

TENTATIVA: El artículo 42 de nuestro CP precisa: *"el que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad"*. Este concepto es común a los casos en que, a pesar de la falta de consumación del delito, la acción era adecuada para alcanzarla (tentativa idónea) y a los casos en que la acción carece de aptitud para alcanzar la consumación (tentativa inidónea).

Jurisprudencia Vinculada (1):

Actos Preparatorios

"... Que, sintetizada la postura asumida por el MPF. en esta instancia casatoria, cuadra liminarmente adelantar que la suscripta comparte la posición enarbolada por el Señor Procurador General de la Provincia, por lo que corresponde hacer lugar al recurso incoado, en orden a las siguientes consideraciones.-

1- En primer lugar cabe dirimir si el accionar del encartado puede ser considerado un acto preparativo o bien, propio del comienzo de ejecución ("iter criminis"), tal como lo sostiene el recurrente.-

En esa línea, coincido con los fundamentos expuesto a fs. 80/89 y sostenidos a fs. 107/8, por cuanto entiendo que en la emergencia estamos frente a un acto preparatorio que pone de manifiesto un quebranto normativo próximo al tipo.-

No desconozco la opinabilidad de la cuestión, pero situándonos en la teoría "objetiva", la "subjetiva", de la "impresión" o de la "infracción de la norma", (entre otros, ver: STRATENWERTH, Derecho Penal, PG., p.

199 y ss., JAKOBS, *Derecho Penal*, PG., p. 880 y ss., PADOVANI, *Diritto Penale*, p. 253 y ss., BACIGALUPO, *Lineamientos de la Teoría del Delito*, p. 154 y ss.) es posible hablar de tentativa en el caso concreto.-

Ahora bien, como criterio orientador a la hora de determinar el comienzo de la ejecución en este supuesto, puede afirmarse que el accionar seguido por GATTI excede la esfera de la ideación y puede colocarse dentro de las llamadas "directrices positivas", aquellas mutables y orientadoras que determinan el comienzo de la ejecución, como puede ser, la irrupción del agente en la esfera de protección del atacado, iniciándose la tentativa con el comienzo de la penetración en la esfera de custodia, sin que pueda sostenerse que resulta común en la relación social, el contacto del autor con dicha esfera, o que el propio titular ha permitido la entrada (ver: JAKOBS, *Derecho Penal*, PG., p. 883, 886 y ss.), pues es obvio que fue el titular afectado quien frustró la consumación del hecho.-

Desde otra perspectiva cabe preguntarse ¿qué hubiera sucedido si la víctima no llega a tiempo, no frustra el evento en curso?, en este supuesto, no hay dudas que fue el denunciante quien evito la consumación de un hecho el que ha estar por las pruebas rendidas, no puede desconocerse, ello sin perjuicio de resultar prematura su calificación legal, pues como -razonablemente- expone el fallo de fs. 75/6, que el incurso se movilice en bicicleta, nos hace presumir que no existiría intención de sustraer el vehículo, cuestión de hecho, que debe ser analizada en el Juzgado de origen.-

Incluso el último apartado del fallo recurrido señala lo distinto que hubiera sido el tratamiento de la cuestión si la imputación sería otra, lo que habilita a sostener que el Señor Vocal, Dr. TORRES, comparte lo aquí sostenido.-

En definitiva, entiendo que el hecho ventilado no tiene cabida en aquellos que puedan ser considerados actos preparatorios, propios de la etapa de ideación, aquel estadio en que el delito es concebido, que se desenvuelve en la siquis del imputado y no resulta punible ("cogitationis poenam nemo partitur", cfr. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, p. 447 y ss.), debiendo catalogarse como el comienzo de ejecución del hecho.-

2- Que, en función de lo expuesto, corresponde analizar si la sentencia de fs. 75/76, resulta ajustada a derecho. La respuesta negativa se impone. Es que el último párrafo de la resolución en crisis contempla la

posibilidad que la situación podría ser “distinta” si la imputación sería otra, obviando que la imputación es relativa a un hecho, que describió una conducta consistente en haber intentado apoderarse de bienes ajenos “previo violentar el vidrio delantero derecho de un automóvil” (fs. 27/8).-

No debemos perder de vista que a GATTI se imputa la utilización de fuerza (en principio comprobada, según constancias de fs. 09/10) y luego se sostiene que “no realizó ninguna acción que exteriorizara el propósito que se le imputara”, razonamiento evidentemente contradictorio, al igual que el desarrollado por la Cámara de Apelaciones, al deslizar que la situación sería otra si se le imputaba el intento de sustraer algún efecto del interior del automóvil.-

Este razonamiento, resulta insuficiente para avalar la postura desincriminatoria enarbolada en la resolución atacada, por cuanto propiciaré su nulidad, para que por medio de un tribunal, debidamente integrado, se dicte un nuevo fallo ajustado a derecho.-

En efecto, el pronunciamiento de fs. 75/76, luce insuficiente a la hora de dar una respuesta coherente al tema planteado conculcando las reglas del debido proceso legal.

En ese orden, nuestro ordenamiento jurídico establece que la valoración de las pruebas debe llevarse a cabo bajo los lineamientos de la “sana crítica racional”. La doctrina ha entendido que la vigencia de ese sistema implica que, al fallar, el Juez debe aplicar las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia, la psicología y el sentido común, sin ataduras ni sujeciones a baremos o tablas que fijen previa y legalmente el valor que debe otorgarse a cada elemento probatorio, modelo conocido como “de pruebas tasadas”.- (Cnfr. “GATTI, HUGO O. s/ Robo en grado de tentativa – RECURSO DE CASACION”, (Expte. Nº 3439/Año 2009) – Jur: Cámara de Gualeguay); Sentencia del 6 de mayo de 2.09).-

Jurisprudencia Vinculada (2)

Actos Preparatorios

“... Corresponde por tanto, adentrarme a desentrañar lo que considero que es el núcleo de la impugnación formulada, esto es: si la conducta desplegada por los encartados de autos constituye una acción

disvaliosa con entidad suficiente para constituir un delito -tentado-, o resulta ajustada a derecho la absolución decretada por el a quo.-

Recordemos brevemente, que en nuestro ordenamiento, el art. 42 CP establece la punibilidad para quien "... con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad". Ello, a diferencia de otras regulaciones, como la alemana, que en su Código penal -§ 22- precisa que "Comete tentativa de un delito el que, según su representación del hecho, se pone inmediatamente a realizar el tipo", por lo que incorpora el baremo de la representación del autor como dirimente de la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos. De igual manera, y atento a la distinta regulación que tienen en dicho ordenamiento los delitos y los considerados crímenes, el § 23 establece la punibilidad de la tentativa siempre que se esté ante un crimen, pero la de una tentativa de delito únicamente en los casos expresamente previstos por la ley, además de establecer el carácter facultativo de la reducción de pena respecto del hecho consumado -cfr. § 49, párr. 1-.-

Recordemos igualmente, que la doctrina internacional ha marcado la distinción entre tentativa acabada e inacabada, no receptada en nuestro ordenamiento vigente. Resulta ilustrativo de ello, que el último Anteproyecto de reforma al Código Penal no introduce cambios a este respecto, manteniendo "... la tradición legislativa que no introduce distinciones punitivas entre las tentativas, según sean inacabadas, acabadas o delitos frustrados, simples y calificadas, que seguirán siendo categorías doctrinarias a los efectos de resolver adecuadamente los diferentes casos, pero que en orden a la pena deberán ser evaluadas judicialmente conforme a las circunstancias del peligro, proximidad y lesividad concretas de cada supuesto" -cfr. Exposición de Motivos, Anteproyecto de Código Penal de la Nación, comisión presidida por el Dr. E. Zaffaroni, Decreto PEN 678/12-.-

Independientemente de las teorías que se adopten a los fines de delimitar los actos preparatorios de aquellos que constituyen un principio de ejecución -teorías subjetivas y objetivas, éstas en sus vertientes formal y material-, en nuestro marco constitucional el baremo

más adecuado parece ser aquel que respete más acabadamente el principio de lesividad o del hecho.-

*La doctrina ha receptado este criterio, afirmando que "... el límite a que se enfrenta todo adelantamiento de la punibilidad (no sólo la tentativa, sino también los delitos de peligro, la punibilidad de actos preparatorios —en sentido material— como delitos autónomos, etc.) está constituido por el denominado "**principio del hecho**": cogitationis poenam nemo patitur, principio que se corresponde con la tesis de que "[e]n el Derecho penal moderno se parte de la distinción liberal entre Moral y Derecho que prohíbe a éste la regulación de los pensamientos y limita su esfera de acción al terreno social de los actos externos ... Entre las exigencias legitimatorias que derivan del principio del hecho, una de las más importantes **consiste en la restricción de la imputación a título de tentativa a aquellos casos en que es constatable un principio de ejecución. El principio de ejecución constituye el hito que posibilitaría la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos**" -cfr. Mañalich Raffo, J.P., "La tentativa y el desistimiento en el Derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales", en REJ – Revista de Estudios de la Justicia, año 2004-.-*

Resulta, por tanto, imprescindible -conforme nuestra legislación- afirmar un principio de ejecución, y ello es lo que debe verificarse en el accionar de los imputados, a los fines de calificar el hecho como penalmente relevante o no.-

Al respecto, en la sentencia en crisis, el Tribunal afirmó la atipicidad de la conducta de Romero y Togni, por entender que su accionar no estuvo cerca de producir el resultado supuestamente buscado, no habiendo ingresado al predio -ni siquiera tocaron la puerta de ingreso al mismo-, además de no haber sido posible reconstruir certeramente quién de los encartados portaba el arma de fuego que fue secuestrada. En orden a definir la tentativa con el fin de discriminarla respecto de los actos preparatorios, entendieron -siguiendo a Pessoa- que el acto de tentativa es el productor de la finalidad según el plan concreto del autor, mientras que el acto preparatorio es el posibilitador de aquél.-

Del estudio pormenorizado de la causa, surge incontrastable que los incursos se dirigieron en un vehículo Renault 18 al mando de Marcos Ríos -fallecido-, ingresando por la ruta 12 en un camino que conduce al frigorífico "La Ángela" -cfr. croquis de fs. 3-, deteniendo el automóvil a unos metros de la puerta de ingreso al mismo -aproximadamente a unos 18 mts., aunque Meier al declarar hable de unos 60 mts. de distancia-, y permaneciendo Romero y Togni al costado del rodado mientras Ríos se acercaba al portón, siendo en ese momento aprehendidos por personal policial.-

Sin embargo, a pesar de estar relativamente claro este cuadro de situación, el hecho no está exento de dudas. Si bien la recurrente afirma que los incursos se encontraban ya en propiedad del frigorífico y desplegaron acciones con un sentido unívoco dirigido a la perpetración del robo -circunstancia que refuerza la colega preopinante con los dichos en instrucción de Meier, el sereno del lugar-, también es cierto que aunque al declarar en debate Meier expresara que el camino de broza por el que ingresaron los encartados es "ingreso exclusivo" del frigorífico, ello no importa por sí mismo afirmar que forma parte del predio, entendido como ámbito privado del frigorífico. Y ello así, por cuanto -más allá de presentarse ese camino como un desvío abierto, sin ningún tipo de demarcación y al alcance de cualquiera que circule por la ruta N°12-, el mismo Meier refiere que existe otra casita lindera al frigorífico, donde vive "un vecino", y que asimismo hay un caminito estrecho que se usa para llegar de esa casita a la ruta. De hecho, en las fotografías de fs. 166 puede observarse una casa que no se menciona en el croquis de fs. 3. De lo que no hay dudas, es de que existía un portón de ingreso -ámbito de protección- al frigorífico, el que abrió Meier para que acceda al interior el camión que traía mercadería, y dejó parcialmente abierto; es el portón que el a quo refiere que los encartados no llegaron ni a tocar, lo que surge prístino de autos.-

Si bien concuerdo con la Dra. Davite en que el ingreso o no al "predio" del frigorífico -como así tampoco, quién efectivamente portaba el arma de fuego- es una circunstancia dirimente para la calificación del hecho, cierto es que, junto a la disposición geográfica de los encartados, la distancia respecto del portón, la falta de violencia sobre persona

alguna o sobre las cosas, etc. son elementos que válidamente pueden -y deben- ser valorados para arribar a la conclusión sobre el comienzo o no de ejecución del delito enrostrado, lo que devendrá en su punibilidad o irrelevancia.-

Conforme, entonces, con el principio de hecho, se ha dicho que el peligro y la lesión del bien jurídico constituye el presupuesto necesario para poder aplicar la norma de sanción -esto es, para imponer la pena-, pero no puede ser el fundamento de la sanción, que resultaría en una fundamentación absoluta de la pena -sin ninguna función social-, de igual manera que si se afirmara que su razón de ser radica en prevenir conductas futuras, no se estaría fundamentando la pena en la calidad lesiva de la acción realizada por el agente; por ello, "... si hemos de partir de un Derecho penal que base su actuación en un cometido instrumental de la pena, y no en la retribución, pero que no se fundamente exclusivamente en ese afán preventivo, sino que también sea respetuoso de principios garantísticos como el de lesividad o el de culpabilidad, el fundamento de la sanción sólo puede venir basado en virtud de los efectos lesivos del delito que sean susceptibles de revocación por la pena. Pues bien, a diferencia de la lesión del bien jurídico, el quebrantamiento de la vigencia de la norma sí es susceptible de ser corregido por la imposición de la pena: con la misma se reafirma ante la sociedad que la norma sigue siendo una pauta de conducta vinculante, y que, por tanto, el ciudadano puede seguir confiando en que la norma seguirá vigente de cara a terceros", pudiendo concluir que "sólo cuando una conducta presente cierto grado de lesividad para los intereses protegidos por el Derecho penal podrá considerarse contraria a la norma de conducta y ser, por ello, desvalorada como injusto penal y, en consecuencia, merecedora de pena" -cfr. Alcácer Guirao, R. La tentativa y los fines del Derecho Penal -artículo-.-

Al respecto, no resulta ocioso traer a colación lo dicho por Zaffaroni, advirtiendo el peligro de equiparar las nociones de bien jurídico afectado y bien jurídico tutelado, por cuanto "... la intervención tutelar de un derecho puede ser anterior e independiente de cualquier lesión al mismo, dependiendo sólo de la intensidad que el operador quiera dar a la prevención en su discurso: en materia penal, la vía de la tutela es

siempre la vía de la inquisición. Al ilusionar (por mera deducción) la eficacia tutelar de la ley penal (y, por ende, preventiva de la pena), el discurso permite racionalizar la punición de afectaciones muy lejanas e hipotéticas (peligros abstractos, remotos, etc.), pero también permite racionalizar intervenciones muy desproporcionadas con la afectación (se inventa una enorme necesidad tutelar aunque la afectación sea insignificante) y hasta crear bienes jurídicos inexistentes, porque la idea de bien jurídico tutelado tiende a espiritualizar el bien jurídico hasta desembocar en un único bien tutelado, que es la voluntad del estado (de policía), dado que éste termina siendo el único juez de la necesidad e intensidad de la ilusionada tutela. Por ello, cabe rechazar la idea de bien jurídico tutelado, que es una inversión extensiva racionalizante del concepto limitativo de bien jurídico afectado (proveniente del racionalismo) y sólo corresponde sostener este último como expresión dogmática del principio de lesividad, que requiere también una entidad mínima de afectación (por lesión o por peligro) excluyendo las bagatelas o afectaciones insignificantes" -cfr. ZAFFARONI, E., SLOKAR, A. y ALAGIA, A., Derecho Penal Parte General, Segunda Edición, Tercera reimpresión, Ediar, Buenos Aires, 2014, p. 128/129.-

Por todo lo referenciado, se debe evitar la aplicación de una sanción punitiva en todos aquellos casos en que no se puede constatar una efectiva lesión al bien jurídico -que deja así de "espiritualizarse" como tutelado y pasa a ser efectivamente "protegido" como afectado--

En esa faena, entiendo que la requerida **certeza** sobre el carácter delictivo del obrar de Romero y Togni no puede alcanzarse en autos. La conducta desplegada por los incursores, de ningún modo puede ser entendida en tal sentido, por las particularidades apuntadas, las que -como bien entendió el a quo- **no pueden interpretarse como más que un merodeo o incluso una preordenación a la posible comisión de un delito, pero no como algo más que una suma de actos preparatorios**. En otros términos: las circunstancias apuntadas no pueden interpretarse como lesión o puesta en peligro del bien jurídico "propiedad", atendiendo a las precisiones antes apuntadas.-

Pero aún en caso de duda sobre el carácter de los actos desplegados por los incursores, opera plenamente el favor rei, y por

tanto, deben considerarse atípicos. Ello así, por cuanto el principio de lesividad encuentra su formulación, explicación y complemento, en virtud del art. 19 CN, el que impone el respeto por la libertad del ciudadano siempre que no traspase ese umbral de la puesta en peligro de bienes ajenos, con la certeza que permita superar la presunción de inocencia constitucionalmente reconocida.-

Ello así, por cuanto extender los límites punitivos más allá del principio de hecho -efectiva lesión-, aplicando una sanción a una conducta que no ha logrado no solo lesionar, sino ni siquiera poner en serio peligro -al menos con el grado de certeza que exige la instancia en que se dictó la resolución atacada-, importaría un ejercicio punitivo excesivo y sin fundamento legal suficiente.-

Y yendo aún más allá: en el supuesto de considerarse -via argüendi- que estamos ante hechos que podrían considerarse comienzo de ejecución, estaríamos -aún así- claramente frente a una tentativa inacabada -reiteramos, categoría dogmática no receptada en nuestro ordenamiento-; la tentativa inacabada, recordemos, es aquella en que los actos desplegados no configuran aún el núcleo típico del delito enrostrado, y por tanto, permiten al incurso desistir de la consumación del delito absteniéndose de continuar actuando, con la consecuente atipicidad. Así -recuerdo, solo via argüendi y a fin de abarcar suficientemente todas las alternativas-, aún aceptando la posible atribución del carácter de actos ejecutivos a los que realizaron Romero y Togni -desoyendo, reitero, el favor rei- estaríamos ante una tentativa inacabada.-

En ese sentido, encuentra relevancia la preventiva aclaración del Tribunal por cuanto resultaba aún posible el cambio de designio en los encartados, dado que en los casos de tentativa inacabada, el desistimiento opera con la mera abstención de continuar actuando -a diferencia de la acabada, que exige un comportamiento activo para evitar el resultado disvalioso-. Ese dato es importante para mensurar la relevancia de la acción, considerando que en los ordenamientos que receptan la tentativa inacabada, otorgan la posibilidad -facultativa- de reducir la pena al mínimo o incluso no aplicar sanción alguna, en la inteligencia de que aún el desistimiento está en manos del autor, y no de

la causalidad ciega. Por lo tanto, si bien esas posibilidades no se encuentran legalmente previstas en nuestro ordenamiento, son directrices claras para valorar la efectiva -al menos- puesta en riesgo del bien jurídico -en este caso, propiedad-. (Cnfr. Camara de Casación Penal, Autos "ROMERO CARLOS OSCAR- TOGNI, CLAUDIO S. S- ROBO CALIF. POR USO DE ARMA DE FUEGO EN GRADO DE TENT. S/ RECURSO DE CASACIÓN". Sentencia 8 de julio de 2.0156).-

Jurisprudencia Vinculada (3)

"... En relación con la calificación del hecho como tentativa, es dable resaltar que no asiste razón a la Defensa cuando intenta alegar en favor de un desistimiento voluntario por parte de Gómez, quien -sostienen- si quería matar a Del Prado lo hubiera hecho, y precisamente la supervivencia de la víctima demuestra que Gómez no tenía ninguna intención de darle muerte.-

Entiendo que no es receptable esa inteligencia, por cuanto (como ya referí antes) la conducta -dolosa- desplegada por Gómez, ya tenía la entidad suficiente para provocar la muerte de Del Prado, la que no acaeció por mero azar (como bien sostiene el Tribunal). Apuntalan esta explicación de los hechos, los dichos proferidos por el imputado al retirarse del lugar luego de la brutal golpiza ("ahora vuelvo y te cago a tiros"), los que no importan una nueva sección de acción (como intenta mostrarlo la Defensa) sino una continuación de la organización homicida, ahora planeando munirse de un medio más seguro (arma de fuego) para concretar lo que sin duda -al menos- se representaba como consecuencia de su acción (acabar con la vida de su ex pareja).-

Para que se configure el supuesto de desistimiento, lo que importaría afirmar la atipicidad del homicidio enrostrado, se requiere que el acontecer puesto en movimiento por el autor, traspasando los límites de la tentativa, se detenga antes de que se produzca el perjuicio del bien jurídico y ello sea consecuencia de la propia voluntad del agente -D'ALESSIO, CP., La Ley, Bs As. 2005, p. 470.-

En autos, como ya subrayamos, la conducta de Gómez trasunta claramente la conciencia (reiteramos, al menos eventual) de que la muerte de Del Prado se presentaba como consecuencia racional del proceder del encartado, por lo que el resultado no fue algo "diferido" voluntariamente por el agente, sino un efecto asumido por el mismo y que no se produjo por causas externas a su dominio consciente, presentándose los dichos proferidos en última instancia no ya como una amenaza de otra acción distinta, sino como un plan de munirse de un medio más eficaz para alcanzar el resultado.-

No se dan, entonces, los requisitos del pretense desistimiento, y sí en cambio los del delito tentado, siendo el análisis que el Tribunal efectúa al respecto, exhaustivo y profusamente fundado.

*Como corolario, es dable traer a colación lo que sobre la tentativa afirma Rafael Alcácer Guirao, quien sostiene que "desde un Derecho penal liberal hemos de partir de un ciudadano interesado en su propia libertad y dotado de un grado medio de racionalidad, grado que operará como standard de lo "comunicativamente relevante" en sociedad. Ello permite limitar lo penalmente relevante a tentativas de lesión que partan de ese cierto grado de racionalidad en su aptitud para producir la lesión del bien jurídico, y desplazar al marco de la irrelevancia penal a tentativas irreales y supersticiosas, las cuales no alterarán esa confianza en la vigencia de la norma porque no generarán ese detrimento de seguridad" (de su artículo La tentativa y los fines del Derecho Penal). (Cnfr. Camara de Casación Penal, en Autos "**GOMEZ, Elías A. s-Homicidio en gr. de tentativa s/RECURSO DE CASACION**".(Expte.Nº57/14 - Año 2014 / Origen: Excma. Cám. del Crimen - Sala II -Pná-). **Resolución Nº 82. Sentencia del 3 de octubre de 2.014**).-*

Penalidad: El Art. 44 del CP establece: " *La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.*

Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años.

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.

Cabe destacar, que si bien es cierto que existen diferentes criterios interpretativos acerca de cuál debe ser el método de reducción establecido en el art. 44 del Código Penal, también lo es que nuestros tribunales provinciales siguiendo el criterio rector de la Sala Penal del S.T.J.E.R., ha sostenido que, a la tentativa le corresponde una escala abstracta reducida respecto de la que corresponde al delito consumado, que se compone de un mínimo equivalente a los dos tercios (2/3) del mínimo de la escala de referencia y, como máximo, la mitad (1/2) del máximo fijado para la escala del delito consumado.-

Jurisprudencia Vinculada:

Criterio interpretativo

“... Reseñados brevemente en los párrafos precedentes advierto que el tema central abordado en la instancia de grado y que ha sido motivo del embate casatorio fue oportunamente considerado y decidido por este Superior Tribunal en numerosos precedentes, tal el caso “GÓMEZ-ALMIRÓN-GIMÉNEZ” (L.A.S., Fº 174, fallo del 30/04/1986), mantenido con suficiente reiteración en diversas integraciones (cfr., entre otros, “PALACIOS, Osvaldo César”, de 1990; “MILESSI, Walter Anibal”, del 30/03/1993 y “LANFRANCO, Juan Pedro”, del 2/09/1993), lo cual permitió arribar, en el carácter de doctrina de casación, a las siguientes conclusiones: “El primer párrafo del art. 44 del Código Penal establece una escala penal en abstracto y no una escala penal para el caso concreto, siendo esa escala la del delito consumado disminuida en un tercio de su mínimo y en la mitad de su máximo.-

A la tentativa le corresponde una escala abstracta reducida respecto de la que corresponde al delito consumado, que se compone de un mínimo equivalente a los dos tercios del mínimo de la escala de referencia y, como máximo, la mitad del máximo fijado para la escala del delito consumado.-

La expresión “de un tercio a la mitad” debe interpretarse atendiendo al criterio sistemático que emerge del Código Penal, donde

toda pena divisible está expresada en una escala que va desde un mínimo -siempre mencionado en primer término- hasta un máximo -siempre mencionado en segundo lugar- y la pena de la tentativa también se encuentra expresada de la misma manera”.-

El procedimiento de reducción referido es suficientemente claro y responde a una línea doctrinaria y jurisprudencial hondamente arraigada en el pensamiento jurídico nacional (ver Ricardo C. Núñez, “Tratado de D.P.”, tomo II, pág. 468, editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As. 1965 -aunque aquí establece un error corregido en obras posteriores, relativo a que el mínimo iba de un tercio, cuando en realidad se trataba de la reducción en un tercio-; “Manual de Derecho Penal, Parte General”, págs. 264/266, edición 1972, Marcos Lerner, Córdoba-Bs. As. 1972; y en las “Disposiciones Generales del Código Penal”; Jorge de la Rúa, J.A., Doctrina, 1965-I-70/74 y “Código Penal Argentino, Parte General”, N°s. 169 a 182, págs. 598/600, edición Lerner, Bs. As. 1972; Luis Jiménez de Asúa, “Tratado de Derecho Penal”, tomo VII, pág. 622, Losada, Bs. As., 1970; Eugenio Raúl Zaffaroni, “Tratado de Derecho Penal”, tomo V, págs. 338/340, Ediar, Bs. As., 1983; Esteban Raúl Vergara y otros, “Derecho Penal”, págs. 343/344, nota 21; Roberto A.M. Terán Lomas, “La Escala Penal de la Tentativa”, J.A., 1977-III-390; Carlos Alberto Elbert, “El Problema del Cómputo de la Pena del Delito Tentado”, L.L., 29/4/88, pág. 4; Marcelo A. Manigot, “Código Penal”, tomo II, págs. 132; Alberto A. Campos, “Derecho Penal”, pág. 259, Abeledo Perrot, Bs. As. 1987; CC La Plata, Sala 3, “Ramos...”, 28/4/78, R.L.L., 1979-1541, N° 10; Superior Tribunal Córdoba, Sala Penal, sentencia N° 31 del 24/9/76, y “Quiroga, Segundo Manual”, sentencia N° 3 del 2/4/81, con nota de Eugenio Raúl Zaffaroni, en Doctrina Penal, 1982, pág. 165; Cámara de Acusación de Córdoba, “Derberk...”, del 11/3/85, R.L.L., 1985-1340, N° 7; Tribunal Oral Criminal N° 9, Capital Federal, “Orona, Oscar Alejandro”, sentencia del 4/6/93, entre muchos otros).-

Por supuesto que han existido y existen otros criterios interpretativos que con muy buenos fundamentos arriban a conclusiones diferentes acerca del método de reducción establecido en el art. 44 del Código Penal, mas ellos no satisfacen, a mi juicio, las objeciones y consecuencias que se verifican en una interpretación sistemática de los distintos tipos penales, que hacia el futuro y con resultados prácticos satisfactorios permita establecer siempre respuestas punitivas

proporcionales y coherentes en relación a los delitos tentados y consumados, adecuadas a las características de cada causa y de la personalidad de los autores o partícipes sindicados como responsables de las acciones delictivas, siendo por ello preferible mantenerse en la tesis expuesta.- (Cnfr. Autos “RIVERO, Héctor V. – Robo Calificado por el Uso de Armas – Recurso de Casación”, Sentencia del 11 de agosto del año 2.013).-

TENTATIVA APARENTE, INIDONEA Y DELITO IMPOSIBLE:

Jurisprudencia Vinculada:

Conceptos -Diferencias

*“...IV- d) Respecto del primer hecho imputado, a más de la corrección de la valoración probatoria efectuada por el sentenciante para afirmar su materialidad y la intervención de Loggio en el mismo, he de analizar el planteo que -en subsidio- planteara el recurrente, para quien estaríamos ante un supuesto de tentativa inacabada de delito imposible o tentativa aparente. Afirma el **Dr. Briceño que estamos ante un delito imposible por falta de objeto, por cuanto las dos mujeres que fueran interceptadas por los encartados no poseían el objeto que se les requería; y que, aún en caso de no considerarlo así, los encartados habrían desistido de su accionar criminal, por haberse retirado una vez que constataron que no poseían el objeto que pretendían.-***

*A fin de precisar los conceptos, he de recordar que para la doctrina mayoritaria, los supuestos de tentativas aparentes los constituyen aquellos en que **“directamente no hay tentativa por ausencia de tipo objetivo** (p. ej. cuando falta algún elemento del tipo legal, como quien se apodera de algo propio creyendo que era ajeno o quien destruye una cosa de su propiedad pensando que era de otro). **Se afirma que lo que existe en estos supuestos es un error de tipo al revés, toda vez que los elementos del tipo objetivo sólo existen en cabeza del agente, debiendo distinguirse del llamado delito putativo, en el que el agente cree que lo que hace está prohibido por la ley y no lo está -p, ej., el autor comete adulterio creyendo que se encuentra tipificado en la ley penal-. No obstante, se afirma que tan imaginario es el delito en un***

caso como en el otro” -cfr. D’ALESSIO, CP, Pte. Gral., La Ley, Bs. As., 2005, p. 460.

El planteo del recurrente, parece referir más a una tentativa inidónea, que la mayoría de la doctrina nacional asimila a la referencia que el art. 44 in fine CP hace del delito “imposible”. Al respecto, aún quienes niegan la posibilidad de tal identificación -Zaffaroni, Alagia y Slokar-, trazan una distinción, “calificando como ‘tentativas aparentes’ -por ende, atípicas- las hipótesis en que falta algún elemento del tipo legal, o falta la cosa elegida como medio, o cuando ex ante el medio carece en absoluto de idoneidad para consumar el hecho; en función de ello, afirman que el delito imposible a que alude el arto 44 supone: a) el empleo de un medio ex ante idóneo y que ha generado peligro, y b) la verificación ex post de que fue usado de una manera muy inadecuada, o se produjo un defecto muy grave de éste, o un accidente del objeto, o el peligro fue previamente neutralizado, determinándose así la imposibilidad absoluta de consumación” -Ídem, p. 480.

Nada de esto ha sucedido en autos. Los encartados interceptaron a dos mujeres, requiriéndole los celulares, apuntándoles con un arma de fuego para doblegar su voluntad, efectuando así todos los actos propios del delito que pretendían cometer, el que no se consumó por una causa enteramente ajena no sólo a su voluntad sino aún a su representación: que ambas mujeres habían salido a caminar, vistiendo remeras y calzas -esto es, sin siquiera contar con bolsillos para llevar ningún efecto consigo-, contando sólo una de ellas con una llave en sus manos, que incluso mostró a su agresor ante el violento requerimiento del mismo al ver que tenía algo en la mano, para recién luego emprender la retirada. Así, ex ante el medio era idóneo para consumar el delito específico, no fue burdamente utilizado por el encartado ni la consumación se frustró por haberse neutralizado el peligro. La circunstancia de que las víctimas carecieran en ese momento de celular alguno, es ajena a la voluntad del agresor, en los términos de la primera parte del art. 44 CP, y una valoración ex ante de la forma de acometer el hecho -ex post, como bien refiriera la Procuradora adjunta en la audiencia de esta instancia, todas las tentativas resultarían inidóneas, por contar siempre con información de la que el agente carecía al emprender su accionar- no permite afirmar inidoneidad alguna ni de la forma ni de los medios utilizados para concretar el robo. No estamos, entonces, ante un supuesto de tentativa

inidónea, tal como pretende el recurrente. (Cnfr. Cámara Casación Penal, en Autos **“LOGGIO, Miguel Alejandro – Robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa, robo agravado por el uso de arma de fuego S/ RECURSO DE CASACION” (Legajo N°531/16)**, sentencia del 28 de septiembre de 2.016).-

CONSUMACIÓN: Como ya se dijo, el delito se consuma con el total apoderamiento de la cosa, es decir, cuando el agente tiene la posibilidad de disponer materialmente de ella, lo cual implica que el momento consumativo deberá valorarse en cada caso concreto, en función de la índole de la acción o de la naturaleza del objeto de la sustracción

El delito sólo se habrá consumado cuando el autor haya tenido la posibilidad material de disponer del bien sustraído, de otro modo la acción quedará en grado de tentativa. Así, y a modo de ejemplo, si el sujeto toma la cosa pero no logra perderse de la vista de la víctima o de terceros que lo persiguen, el delito no podrá considerarse consumado. El criterio rector es la disponibilidad y es por ello que se acude a la idea de solución de continuidad entre el desapoderamiento y la aprehensión. El hecho de que no exista entre uno y otro un espacio de tiempo donde el autor del hecho pudiera -razonablemente- disponer del bien nos arrojará la imposibilidad de tener por consumado el delito.

Jurisprudencia Vinculada (1) :

T. de la disponibilidad: posibilidad de disponer del sujeto activo (breves instantes)

“... La doctrina ha discutido y mucho, sobre este particular aspecto esbozando diversas teorías sobre el momento en que se “consume” el ilícito al debatir los alcances del “apoderamiento” -entre otros: GONZALEZ ROURA, Derecho penal, Valerio Abeledo, 1925, t. III, p.206; NUÑEZ, Tratado de derecho penal, Lerner, 1989, t. IV, p. 181 y ss.; BAIGÚN-ZAFFARONI, Código penal, Hammurabi, 2009, t. 6, p. 56 y ss.; CHIARA DIAZ (dir.) Código Penal, t. IV, Nova Tesis, 2011, p. 142 y ss.- Pero, tal como se comprobó en la especie, el apoderamiento consistió en obtener ilícitamente -intimidación con arma de fuego mediante- la “cosa

ajena” con el propósito de someterla al propio poder, disponiendo de ella, sea cual fuere su uso, goce, afectación o destino, sin que importe lo efímero del tiempo que esa cosa haya realmente sido “sometida”.-

Al respecto se ha dicho que: “Con el criterio expuesto, adquiere particular relevancia la circunstancia de que el ladrón haya adquirido el poder sobre la cosa objeto del delito, lo cual implica que haya tenido la posibilidad de disponer de ella, aunque sea por un lapso corto de tiempo” -CHIARA DIAZ (dir.) Código Penal, t. IV, Nova Tesis, 2011, p. 143 y ss.- y “que la víctima haya dejado de tener tal opción” -BAIGÚN-ZAFFARONI, Código penal, Hammurabi, 2009, t. 6, p. 59.-

Autores extranjeros al analizar el asunto sostienen “basta con la disponibilidad de la cosa sustraída, aunque sea mínima, entendiendo por ella la posibilidad, aún potencial, que tiene el sujeto activo de disponer del objeto material del delito (destruirlo, consumirlo, deteriorarlo, donarlo), en definitiva: cuando puede comportarse como dueño del objeto” -COBO DEL ROSAL (dir.), CARMONA SALGADO – GONZALEZ RUS y otros, Curso de derecho penal español, Marcial Pons, 1996, PE, t. I, p. 579- En esa línea el SSTS sostuvo: “Para la consumación no importa el mucho o el poco tiempo que medie entre la sustracción y la captura del culpable, pues basta con una disponibilidad momentánea o de breve duración” -SSTS, del 8 de marzo de 1988 y 8 de febrero de 1994.-

Coincidentemente la jurisprudencia local ha señalado “La importancia de distinguir netamente entre la posibilidad de disponer y la posibilidad de aprovechar la cosa apropiada, se debe a que en tanto la capacidad de disposición se sitúa en el tramo final del iter criminis, la posibilidad de aprovechamiento de la cosa sustraída trasciende el umbral de la consumación para ubicarse en un momento posterior. En tal inteligencia, en la medida en que el asaltante haya gozado, aún por un efímero instante, de la posibilidad de disponer de la cosa, la conducta típica debe considerarse consumada, independientemente de la posibilidad de aprovechamiento efectivo del botín” -CNCP., Sala IV, “PEREIRA”, reg. Nº 1938-2, 1998/04/22; BJ, 1998-2,66.-

Por ende, los encausados no solo se apoderaron de una cosa mueble ajena, es decir: quitaron ese efecto de la esfera de custodia de quien la detentaba -“desapoderaron”-, sino que también dispusieron materialmente de ella y contaron con la posibilidad de realizar actos de aprovechamiento, incluso al descartarlo, perfeccionando de esta manera

el ataque a la propiedad -en sintonía: "PELAYO", Sala Penal, STJER, 14/10/09-, apareciendo por tanto correcta la calificación legal atribuida a este primer hecho imputado. (Cnfr . Cámara de Casación Penal, en Autos: "RODRIGUEZ, Luis E. – MASTRACHIO, Raúl H. s/ROBO CALIF. POR EL USO DE ARMA – s/RECURSO DE CASACION", sentencia del 12 de noviembre del 2.014).-

Jurisprudencia Vinculada (2)

"... Sentadas tales pautas y atendiendo a que el Sr. Defensor desistió expresamente de sostener el 1er. agravio formulado por su colega -vinculado a la existencia del hecho y la autoría de su pupilo- corresponde tener presente el desistimiento parcial del recurso incoado, atento a las previsiones del Art. 494 del C.P.P.-

Acto seguido, me avoco al planteo del grado del íter del delito, esto es, evaluar la razonabilidad de la decisión del Magistrado, en cuanto a su afirmación de que el delito de hurto agravado (por ser de vehículo dejado en la vía pública), fue consumado, rechazando la pretensión defensiva que se catalogue el mismo injusto de igual manera, pero en grado de tentativa.-

En tal sentido resulta tarea obligada esbozar los argumentos que tuvo en cuenta el Dr. DERUDI al respecto, para luego sí, ingresar puntualmente al agravio sostenido por la Defensa.-

*El a quo expresó: "...de acuerdo a la teoría de la "disponibilidad material" que considero aplicable a **los fines de delimitar el delito tentado del consumado** -seguida por la Sala Penal del STJER, entre otros, en "MARTINEZ, Alcides" (sent. del 05/05/2006), y por la Cámara de Casación Penal en autos TARRAGONA, MIGUEL (sent. Nº 28 del 11/08/14), "RODRIGUEZ - MASTRACHIO" (Res.Nº 118, 12/11/2014), entre otros-, el apoderamiento ha quedado consumado ya que Hendrie **ha contado con la oportunidad de realizar sobre el vehículo sustraído actos de disposición material**. Habrá de tenerse en cuenta a tal fin que el sujeto tomó el rodado que estaba sobre Av. Alsina y lo trasladó en forma peatonal girando por calle Ituzaingó hacia el oeste burlando de esa forma*

a la víctima, quien al salir de la vivienda ubicada en calle Alsina Nº 231 no logró visualizar a nadie con su moto, tanto por calle Alsina como por las calles Ituzaingó y San Juan hacia las cuales se trasladó, logrando de tal manera Hendrie quitar de la esfera de custodia de la víctima el vehículo, y detenerse sobre calle Ituzaingó entre Alsina y Rawson aprovechando la oscuridad del lugar para no ser descubierto. Pero incluso tuvo tiempo para intentar darle arranque a la moto, puesto que los testigos Bianchi Bidegain y Cuartas señalaron que cuando lo encuentran en calle Ituzaingó entre Rawson y Alsina, el imputado estaba agachado en la parte delantera del vehículo como pretendiendo encenderlo, todo lo cual es indicativo que, al menos por un escaso margen de tiempo, Hendrie contó con la posibilidad de ejercer actos de disposición sobre la cosa, ya que la tuvo bajo su voluntad y fuera del control de su dueño, no obstante que en forma inmediatamente posterior haya tenido que dejar la misma abandonada en la vía pública al ser sorprendido por los testigos de mención".-

Además de las conclusiones arribadas por el Dr. DERUDI, debe referirse que de las testimoniales brindadas por la víctima Vanina GOMEZ y de los testigos Silvina CUARTAS, Carlos DURE y Exequiel BIANCHI BIDEGAIN, se desprende -sin duda alguna- la existencia del hecho ilícito y la responsabilidad del encausado en la comisión del mismo; de igual modo, resultan ilustrativas las fotografías de fs. 42, como así también los croquis de fs. 44 y 46 vta. del Legajo de prueba, que no hacen más que coadyuvar a la cabal demostración del injusto en examen.-

C- Resta, entonces, examinar la discutida posibilidad de disposición de la "res furtiva" por parte del imputado, en el breve lapso y trayecto recorrido, que en definitiva es el "quid" de la impugnación defensiva. Tal análisis requiere ciertas delimitaciones conceptuales.-

En tal labor, hemos sostenido en "TARRAGONA" (11/08/2014) -citados también por el Sr. Defensor- que: "el Tribunal Supremo español ha referido que "siempre y cuando se produzca la disponibilidad de la cosa mueble apropiada o sustraída, entendida aquélla no como una facultad real y auténtica sino la posibilidad (capacidad potencial) de disponer, que surge cuando la cosa mueble quede en condiciones de poder ejercitarse sobre ella cualquier acto de

dominio material, bien entendido: 1º) basta con que esa disponibilidad lo sea sólo de una parte de lo sustraído; 2º) también es suficiente con que esa disponibilidad dure, fugazmente, breves instantes, con tal que el ius disponiendi no ofrezca duda alguna; 3º) como es indiferente el hecho de que el autor de la sustracción llegue o no a aprovecharse de lo indebidamente apropiado, claro es que la consumación persistirá aunque falte su agotamiento o aunque al autor del delito se le sorprenda poco después de haber tenido para sí una verdadera disposición o capacidad de disponer; 4º) esa disposición se condensa, resumidamente, en que el "poder de hacer", posible, ideal o real, significa tener la cosa mueble a expensas de la voluntad del delincuente, fuera del control de su legítimo dueño" (STS, Sala Penal, sentencia 534/97 del 22/4/1997).-

*También en "**RODRIGUEZ-MASTRACHIO**" (del 12/11/2014) y en "**LOGGIO**" (del 28/09/2016) en prieta síntesis, dijimos: "La doctrina ha discutido y mucho, sobre este particular aspecto esbozando diversas teorías sobre el momento en que se "consume" el ilícito al debatir los alcances del "apoderamiento" -entre otros: GONZALEZ ROURA, Derecho penal, Valerio Abeledo, 1925, t. III, p.206; NUÑEZ, Tratado de derecho penal, Lerner, 1989, t. IV, p. 181 y ss.; BAIGÚN-ZAFFARONI, Código penal, Hammurabi, 2009, t. 6, p. 56 y ss.; CHIARA DIAZ (dir.) Código Penal, t. IV, Nova Tesis, 2011, p. 142 y ss.- Pero, tal como se comprobó en la especie, el apoderamiento consistió en obtener ilícitamente -intimidación con arma de fuego mediante- la "cosa ajena" con el propósito de someterla al propio poder, disponiendo de ella, sea cual fuere su uso, goce, afectación o destino, sin que importe lo efímero del tiempo que esa cosa haya realmente sido "sometida".- Al respecto se ha dicho que: 'Con el criterio expuesto, adquiere particular relevancia la circunstancia de que el ladrón haya adquirido el poder sobre la cosa objeto del delito, lo cual implica que haya tenido la posibilidad de disponer de ella, aunque sea por un lapso corto de tiempo' -CHIARA DIAZ, Código Penal, t. IV, Nova Tesis, 2011, p. 143 y ss.- y 'que la víctima haya dejado de tener tal opción' -BAIGÚN-ZAFFARONI, Cód. penal, Hammurabi, 2009, t. 6, p. 59-*

Autores extranjeros al analizar el asunto sostienen 'basta con la disponibilidad de la cosa sustraída, aunque sea mínima, entendiendo por ella la posibilidad, aún potencial, que tiene el sujeto activo de disponer del objeto material del delito (destruirlo, consumirlo, deteriorarlo,

donarlo), en definitiva: cuando puede comportarse como dueño del objeto' -COBO DEL ROSAL, CARMONA SALGADO - GONZALEZ RUS y otros, Curso de derecho penal español, Marcial Pons, 1996, PE, t. I, p. 579- En esa línea el SSTS sostuvo: 'Para la consumación no importa el mucho o el poco tiempo que medie entre la sustracción y la captura del culpable, pues basta con una disponibilidad momentánea o de breve duración' -SSTS, del 8 de marzo de 1988 y 8 de febrero de 1994.- Coincidentemente la jurisprudencia local ha señalado 'La importancia de distinguir netamente entre la posibilidad de disponer y la posibilidad de aprovechar la cosa apropiada, se debe a que en tanto la capacidad de disposición se sitúa en el tramo final del iter criminis, la posibilidad de aprovechamiento de la cosa sustraída trasciende el umbral de la consumación para ubicarse en un momento posterior. En tal inteligencia, en la medida en que el asaltante haya gozado, aún por un efímero instante, de la posibilidad de disponer de la cosa, la conducta típica debe considerarse consumada, independientemente de la posibilidad de aprovechamiento efectivo del botín' -CNCP., Sala IV, "PEREIRA", reg. Nº 1938-2, 1998/04/22; BJ, 1998-2,66.-

Por ende, los encausados no solo se apoderaron de una cosa mueble ajena, es decir: quitaron ese efecto de la esfera de custodia de quien la detentaba -'desapoderaron'-, sino que también dispusieron materialmente de ella y contaron con la posibilidad de realizar actos de aprovechamiento, incluso al descartarlo, perfeccionando de esta manera el ataque a la propiedad -en sintonía: 'PELAYO', Sala Penal, STJER, 14/10/09-, apareciendo por tanto correcta la calificación legal atribuída a este primer hecho imputado"-

Debo agregar también que tal postura, fue sostenida por este Tribunal en el reciente fallo "ARRATIVEL" (del 08/08/2017), a la que igualmente me remito por ser de igual tenor.-

Cierto es que el Defensor Oficial (Dr. RECA), en un loable esfuerzo argumentativo, especificó que deben tenerse en cuenta las concretas circunstancias del caso, resaltando -en síntesis- que HENDRIE no tuvo oportunidad de consolidar un poder real o efectivo sobre el motovehículo, ya que no tuvo posibilidad de encender la moto, y fue

aprehendido en flagrancia, habiendo sido "visto" por la Policía desde que se apoderó de la moto hasta que lo detuvieron.-

Sin embargo, y reiterando que la Defensa realizó una buena labor en procura de mejorar la situación de su cliente, pero no puedo receptar válidamente su argumento, ya que -en rigor de verdad- HENDRIE no fue aprehendido en el preciso momento en que se disponía a apoderarse de la cosa ajena, sino unos minutos después y a varias cuadras del lugar donde se produjera la sustracción, no siendo cierto que el imputado haya sido "visto" por la Policía cuando se estaba apoderando del ciclomotor de GOMEZ.-

La recién nombrada -propietaria de la moto y víctima- declara que cuando se acercó a la ventana, vio que la moto que había dejado estacionada afuera, ya no estaba, no observando -ergo- ni al autor del hecho ni el preciso momento en que éste se apoderaba de ella.-

El Funcionario Policial que aprehendió a HENDRIE (Exequiel BIANCHI BIDEGAIN) afirma que venía en su automóvil por Avda. Parque (Alsina) y a la altura de calle Itzaingó, visualiza a un sujeto que llevaba una motocicleta en forma peatonal, llamándole la atención porque lo vio nervioso y asustado, pidiéndole entonces a su mujer -que manejaba el vehículo- que dé la vuelta, y entonces lo encuentra nuevamente, esta vez intentando darle arranque, siendo allí que el sujeto deja la moto y sale corriendo, persiguiéndolo hasta darle alcance y detenerlo.-

De tal manera, no cabe más que coincidir con el Magistrado actuante cuando, al dar respuesta a la "tercera cuestión", en la foja 15 de su pronunciamiento explica clara y fundadamente porqué entiende que el justiciable logró quitar el motovehículo de la esfera de custodia de la víctima, por un lado, y por otro cómo tuvo la posibilidad -aunque sea por escaso margen de tiempo y espacio- de ejercer actos de disposición sobre la cosa, ya que "la tuvo bajo su voluntad y fuera del control de su dueño, no obstante que en forma inmediatamente posterior haya tenido que dejar la misma abandonada en la vía pública al ser sorprendido por el testigo de mención".-

Sobre esta última apreciación, debo agregar algo que no hace más que ratificar el sentido y dirección correctamente adoptado por el Juez DERUDI; surge diáfano del relato testifical del Policía BIANCHI Bidegain, que al pasar por calle Alsina e Ituzaingó, visualiza un sujeto que llevaba una moto en forma peatonal, lo cual le llamó la atención porque lo vio asustado y nervioso. Y si decidió dar la vuelta y comprobar que estaba sucediendo, fue porque su intuición u "olfato" policial le indicaba que algo irregular podía estar sucediendo. Pero resulta claro que el citado testigo NO VIO a este sujeto (que era el imputado HENDRIE) en el momento de tomar la moto y apoderarse de ella, como tampoco la víctima GÓMEZ observó el instante en que el encausado le sustraía el rodado: de manera que, compartiendo con el Juzgador, aunque sea por breve lapso de tiempo y espacio, es posible aseverar que HENDRIE tuvo la posibilidad tener la moto bajo su voluntad, fuera del control de su dueño, pudiendo ejercer actos de disposición sobre la cosa ajena. La lesión al bien jurídico fue consolidada, no teniendo dudas, en consecuencia, que el hurto del bien mueble fue consumado, no teniendo relevancia -a mi juicio- que el autor haya podido o no encender el motovehículo, ya que "encendiendo el motor" no es la única manera posible de apoderarse de una moto. En tal sentido debe tenerse en cuenta que "La importancia de distinguir netamente entre la posibilidad de disponer y la posibilidad de aprovechar la cosa apropiada, se debe a que en tanto la capacidad de disposición se sitúa en el tramo final del iter criminis, la posibilidad de aprovechamiento de la cosa sustraída trasciende el umbral de la consumación para ubicarse en un momento posterior. En tal inteligencia, en la medida en que el asaltante haya gozado, aún por un efímero instante, de la posibilidad de disponer de la cosa, la conducta típica debe considerarse consumada, independientemente de la posibilidad de aprovechamiento efectivo del botín" (CNCasación Penal, sala II, "PEREIRA" REG. nº 1.938)...". (Cnfr. Cámara de Casación, en Autos: "HENDRIE, Armando Alberto - Robo agravado por escalamiento y violación de domicilio S/ RECURSO DE CASACIÓN (y su acumulada HENDRIE, Armando Alberto s/Hurto de vehículo dejado en la vía pública)" (LEGAJO 641/16)". SENTENCIA Nº 280 del 5 de septiembre de 2.017).-

CO AUTORIA: Son coautores los que toman parte en la ejecución del delito co-dominando el hecho.

La coautoría es propiamente autoría. Por lo tanto, los elementos de la autoría deben ser compartidos por el coautor. En este sentido el coautor debe tener en primer lugar el co-dominio del hecho (elemento general de la autoría) y también las calidades objetivas que lo constituyen en autor idóneo (delitos especiales) así como los elementos subjetivos de la autoría (o de lo injusto) requeridos por el delito concreto. Coautoría, en el sentido de co-ejecución de la acción típica sólo es posible en los delitos dolosos de comisión.

Afirma Bacigalupo que: *"... El co-dominio del hecho es consecuencia de una decisión conjunta al hecho. Mediante esta decisión conjunta o común se vinculan funcionalmente los distintos aportes al hecho: uno de los autores sostiene a la víctima y el otro la despoja de su dinero; cada aporte está conectado al otro mediante la división de tareas acordadas en la decisión conjunta..."*.

Jurisprudencia Vinculada (1)

"...En cuanto a la participación de Lugo en el hecho atribuido no queda duda alguna que lo fue en calidad de coautor. Si bien el imputado alega ser remisero, lo que trata de acreditar con los testigos por el presentados, lo primero que se debe señalar es que sería chofer de remis ya que no tiene vehículo propio; que además no desarrolla esa tarea en forma permanente ya que su ocupación es ser empleado de una fábrica de calzado. Lo cierto es que, aún aceptando su calidad de remisero, el hecho que lo contratan para venir a la provincia de Entre Ríos lo tiene que haber llevado a averiguar a qué ciudad debería viajar para pactar el precio, no sin antes saber cuántos son los kilómetros que deberán recorrer para llegar al sitio elegido."

"A lo antes dicho se debe agregar que Lugo trasladó en su auto a Dorta Rodríguez y Calivarez hasta el lugar del hecho donde los esperó cuando ve que sus compinches son sorprendidos por los gritos de la mujer pone el auto en marcha y comienza a transitar por Supremo Entrerriano hacia el boulevard Irigoyen, y con el auto en marcha al lado de Lugo se sienta Dorta Rodríguez y Calivarez sube en el asiento de atrás en la esquina de Bvard. Irigoyen. Lugo en todo momento estuvo en conocimiento del hecho a perpetrar y es por eso que ante los gritos de la

mujer pone en marcha el auto para poder darse a la fuga con sus cómplices.”

“Lugo no puede ignorar, como pretende hacerlo, que se vino a cometer un ilícito ya que ante los gritos de una mujer no habría ninguna necesidad de huir, si sus compañeros de andanzas anduvieron con fines ilícitos. A esto se debe agregar que Lugo tenía pleno conocimiento que Dorta Rodríguez habría guardado el producto del injusto dentro de su ropa interior, más precisamente entre sus genitales, ya que al subir al auto en la huída Dorta Rodríguez se ubicó en el asiento del acompañante, razón por la cual a ,Lugo no lo pudo pasar inadvertido donde Dorta Rodríguez escondía el botín.”

“En definitiva Lugo llegó hasta esta ciudad acompañando a Calivarez y Dorta Rodríguez en pleno conocimiento de cuál era la tarea que iba a desempeñar en el ilícito que venían a cometer. Todo lo realizado en el iter-criminis por Lugo demuestra que él sabía que tenía que tener el auto pronto para emprender la huída luego de obtenido el resultado buscado.”

“Resumiendo, Lugo fue un integrante más de este injusto y lo cometió con pleno dominio del hecho en una división de tareas previamente pactadas.”...

*La transcripción “ad peddem literae” de lo expuesto en el fallo ha sido deliberada a los efectos de hacer notar el ajuste del razonamiento sentencial a los elementos convictivos reunidos; evitando la caída en juicios meramente dogmáticos y concluyendo en asertos cimentados adecuadamente en el “factum” delineado. (Cnfr. “**DORTA RODRIGUEZ, EDUARDO J. Y OTROS –ROBO AGRAV.POR EL USO DE ARMA DE FUEGO Y OTROS – RECURSO DE CASACION**”.- (Expte. Nº 2822/2005- Cám. Concep. del Uruguay); 16 de agosto de 2.006).-*

Jurisprudencia Vinculada (2)

“...ya SOLER en su Tratado editado en el año 1.978, hablaba de que “coautor” es aquél que sigue siendo autor aún cuando hipotéticamente se suprime otra participación.

En el aspecto objetivo -decía el maestro cordobés- existen dos maneras por las cuales un sujeto puede hacerse co-autor de un delito: por

una intervención igual a la de otros sujetos, o “por división de funciones” (el subrayado me pertenece).-

En tiempos más recientes, aquélla clasificación de la autoría plural dio lugar a las llamadas coautoría “paralela, concomitante o conjunta” (que se presenta cuando dos o más sujetos realizan comportamientos individuales que fundamentan la autoría directa porque cada uno de ellos satisface todas las exigencias del tipo que entra en consideración), y la coautoría “funcional” (que es la modalidad verdaderamente relevante) y que se presenta en los casos en que es posible la división del trabajo, cuando los intervinientes se distribuyeron los aportes necesarios para la consumación en función de un plan y los realizaron durante la etapa de ejecución (confr. BACIGALUPO, CREUS, RIGHI, etc).-

Sin acudir todavía a las enseñanzas de ROXIN -tal vez, quien más a fondo estudió este tema, en su conocida obra “Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal”- desde una postura finalista ZAFFARONI predicaba que la autoría “plural” (o co-autoría) puede ser “concomitante” o “funcional”; la primera se da cuando cada uno de los agentes desliza la totalidad de la conducta típica. La segunda, en cambio, se perfecciona si cada interviniente ha hecho un aporte necesario al plan concreto del autor; que -prosigue tan insigne maestro- cada agente realiza una parte de la conducta típica, porque ha habido un reparto de la tarea criminal.-

Y BACIGALUPO (que es el autor citado por la Defensa), dice: “Coautor es el que tiene juntamente con otro el co-dominio del hecho. El codominio del hecho en la co autoría presupone la comisión común del hecho. De acuerdo con ello, habrá codominio del hecho cuando los autores se dividan funcionalmente las tareas de acuerdo con un plan común; sin un plan que dá sentido unitario a la acción de cada uno, no puede haber co-autoría. Se requiere, además de esta participación según un plan común, la contribución objetiva a la realización del hecho” (Enrique BACIGALUPO, “Derecho Penal. Parte General”, Ed. Hammurabi). (Cnfr. Cámara Casación Penal, Autos “ FLORES, Eduardo Daniel – MARTINEZ, Maximiliano N. – Robo Agravado (Art.166 Inc 1 y 2 del CP) S/ Recurso de Casación (Legajo Nº 337/15). Sentencia del 18 de febrero de 2.016).-

Jurisprudencia Vinculada (3)

“Campana”

“... Estamos como lo señaló el Fiscal de Cámara ante un caso de coautoría funcional; el dominio sobre la realización del suceso delictivo pertenece a varias personas, las que actúan de modo conectado y en función del plan previo o acuerdo asumido por éstos (los dos acusados participan activamente en el episodio, cumpliendo los roles convenidos, llevando cada uno de ellos conductas necesarias y conducentes para la concreción de su común designio criminoso).- En tal sentido ha señalado la Cámara Nacional de Casación Penal "Tomar parte en la ejecución del hecho -art.45 del C.P. no es exactamente igual a ejecutar el hecho típico, pero esto no significa que la ley esté excluyendo la figura del coautor, sino que, por el contrario, en la descripción legal están comprendidos tanto el sujeto que solo y por si mismo ejecuta la acción, como los que la ejecutan directa y conjuntamente con otros, pues cuando la acción típica es susceptible de ser realizada en conjunto por varias personas, o bien de ser divisible entre ellas, todos forman parte en el hecho en calidad de autores C.Nac.Cas.Penal -22/4/96-"; asimismo "La coautoría consiste en compartir el dominio del hecho funcionalmente con otros u otro. El codominio del hecho en la coautoría presupone la comisión común del hecho. En este caso los coautores se dividen funcionalmente las tareas de acuerdo con un plan común; el codominio del hecho es consecuencia de una decisión conjunta al hecho. Mediante esta decisión conjunta o común se vinculan funcionalmente los distintos aportes al hecho, C.Nac. Cas.Penal Sala I, 13/9/99 "; "Autor es todo aquel que realice la acción típica o alguno de sus elementos, y, en los delitos dolosos será también autor el que tenga el dominio final del hecho, aunque no haya realizado la conducta típica, de lo contrario la figura del autor mediato no sería posible. C.N.Crim, Correc.Sala V 18/8/04."; "Aquí los acusados concurren a la comisión del delito en una doble comunidad objetiva y subjetiva que se concreta en acciones autónomas, de tal manera que cada uno de ellos resulta un verdadero autor y son los que el C.P. contempla en el art.45 designándolos como "los que tomasen parte en la ejecución del hecho". En el mismo sentido TOCr.nº1 Necochea 29&3/04, pág.266; C.1ºCrim.de Bariloche 1/12/05, pág.266; T.Cas.Pen.Bs.As.,sala II 17/7/03 Cano, Jorge Omar".-

Recordemos con Breglia Arias en su obra "Código Penal Comentado" Astrea 2006, pág.110, que tiene el dominio del hecho quien retiene en sus manos el curso causal, pudiendo interrumpirlo; por lo demás se ha resuelto "No se advierte de qué manera podría suponerse que quien roba no está en condiciones de, como mínimo, "haber podido prever" el resultado mortal o no incurre en la "violación de un deber de cuidado" en tal sentido. Es más que obvio que quien inicia una "empresa" como la de robar con fuerza en las cosas, o violencia en las personas incurre, como mínimo en la denominada culpa inconsciente o sin representación respecto de lo que pudiere derivar (a partir por ejemplo de las resistencias a producirse) de tan peligrosa empresa.- S.C-J-B-A.30/6/98 Edgardo Donna en su obra "El Código Penal y su Interpretación Jurisprudencial" R. Culzoni, T III-2004, pág. 166; en modo alguno puede decirse incluso aquí que el homicidio importa un hecho fortuito ajeno por completo al acciona de los incursos; se ha resuelto que "Por aplicación de las reglas de la participación criminal, apoyadas en la realización de un acuerdo previo de voluntades, en el cual, no obstante la división de tareas que pueda darse, cada coautor posee el dominio final del hecho íntegro, la agravante se aplica a todos los que acordaron efectuar en común un atentado violento contra la propiedad ajena, aunque la violencia que provocó la muerte sea atribuida a uno solo de ellos."; asimismo que **"La intervención del "Campana"** en cualquier robo importa tomar parte en su ejecución en los términos del art.45 del C.P., pues la actuación, de quien con su presencia en el lugar del hecho interviene en la empresa común con división de tareas en cumplimiento del plan urdido debe responder a título de coautor.- C.Crim.Correc.Sala IV 23/6/92".- y "Los que toman parte en la ejecución de un delito en virtud de un acuerdo previo son responsables de las consecuencias producidas, cualquiera sea la actuación real que les corresponda. Así, todos los reos que actuaron de ese modo son responsables de la Violación, aunque no hayan tenido acceso carnal con la víctima". (Cnfr. Sala Penal del S.T.J.E.R. **"FRETE, LUCIANO F. – CASTELAO, CLAUDIA S. – HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO - REC.DE CASACION"**. (Expte. Nº 3020/2006 - Excma. Cámara de Gualeguay). Sentencia 30 de mayo de 2.007).-

Jurisprudencia Vinculada (4)

Diferencias con “Cómplices Primarios y Secundarios”

“... Que en cuanto a la calificación legal otorgada al hecho imputado a Debrabandere y que ha sido motivo en el recurso instado por su defensa, debo indicar que asiste razón a la representante del Ministerio Público en cuanto refiere que la calificación legal escogida fue la correcta entre la pretensión de la querrela y la fiscalía coautoría y complicidad necesaria respectivamente-.

Debe recordarse que los coautores no son sólo quienes realizan la acción consumativa del delito (con actos parificados o heterogéneos significativos de la división de trabajo), sino también quienes toman parte en su ejecución a través de una acción no consumativa, pero coadyuvante y convergente con ella.

El punto de inflexión entre la coautoría y la complicidad necesaria, entonces, está dado por la asunción de conductas ejecutivas, aunque éstas no sean consumativas. Si bien en muchos casos esta separación no ofrece mayores dificultades, el problema se acentúa cuando se trata de dirimir límites entre la coautoría y el cómplice concomitante, esto es, el que despliega su aporte en forma simultánea a la ejecución del hecho, en coincidencia témporo-espacial con la conducta del autor o co-autores.

En este aspecto y en base a una interpretación sistemática, se ha afirmado que un acto es ejecutivo "cuando, conforme al sistema del art. 42, ha habido al menos un comienzo de ejecución... En esos actos debe tomar parte el coautor..." (DE LA RUA, Jorge, "Código Penal Argentino -Parte General-", Depalma, 2° edición, 1997, nota 184, pág. 855).

Revisten tal naturaleza entonces, aquellos que aunque no sean directa e inmediatamente consumativos de la acción punible, impliquen ya que el autor ha comenzado las acciones idóneas, que en el caso concreto significan el comienzo de la realización directa de sus miras.

Conforme a lo expuesto, es el tipo penal del delito de que se trate el que dirime la cuestión, ubicando a quien ejecuta actos idóneos para realizar la conducta allí descrita en la categoría de coautor y relegando

a la condición de partícipe a quien -actuando en modo concomitante- sólo efectúa un aporte a la ejecución típica llevada a cabo por otro.

En este sentido, en cuanto al alcance de la intervención en la ejecución que determina la coautoría, con acierto se aclara que desde que la ley alude a "los que tomasen parte en la ejecución del hecho" (art. 45, C.P.), no es suficiente el "acuerdo" ni el mero "aporte" a actos ejecutivos cumplidos por otro: la conducta del coautor debe integrar la acción típica, concretarse en hechos que propendan a la realización del tipo, evaluación ésta que depende, en la generalidad de los casos, de una apreciación particular de las circunstancias de cada hecho (DE LA RUA, ob.cit., notas 184 a 186, págs. 855/856).

Así diferenciadas las dos primeras categorías del artículo 45 del Código Penal, cabe luego deslindar la complicidad primaria de la secundaria (art. 46, C.P.).

La complicidad primaria requiere de un aporte anterior o concomitante que resulte aprovechado por los autores o coautores en el tramo estrictamente ejecutivo de acuerdo a la modalidad concreta llevada a cabo. En este concepto no sólo ingresan los aportes vinculados con la modalidad típica de ejecución (v.gr., el suministro del arma utilizada en el robo), sino también otros que hacen a la modalidad fáctica de la ejecución (v.gr., el suministro de información relacionada a la ausencia de moradores de la vivienda en la que ingresan los autores del robo, conociendo la ausencia de riesgos, etc.).

La complicidad secundaria, en cambio, consistirá entonces en aportes anteriores o concomitantes no aprovechados en el tramo ejecutivo por el autor o coautores, o bien los posteriores a la ejecución, con promesa anterior.

A la luz de la doctrina expuesta, corresponde ahora referenciar en la sentencia criticada como se ha considerado la participación de Debrabandere. Al respecto el sentenciante consideró a Debrabandere partícipe primario del robo perpetrado por Picazzo por cuanto realizó un aporte sustancial, necesario y esencial, lo que se tradujo en el pleno conocimiento de Debrabandere de lo que Picazzo se disponía a ejecutar,

por cuanto éste arribó al lavadero buscando a alguien que lo ayudara en su empresa criminal y coadyuvara al traslado del coimputado para la ejecución del hecho.

Puede indicarse entonces que Debrabandere no llevó a cabo ninguna conducta consumativa del delito atribuido a Picazzo (ya que no ejerció violencia alguna sobre la víctima, ni tampoco la desapoderó de efecto alguno). Tampoco perpetró el nombrado conductas o acciones que implicaran la ejecución del obrar delictivo en cuestión. En pocas palabras, durante el tramo ejecutivo del hecho, Sergio Debrabandere sólo aumentó con su obrar la eficacia de la acción desplegada por Picazzo.

Por lo tanto, respecto de éste, al no haber tomado parte en la ejecución del hecho a él enrostrado, puesto que su aporte concomitante al mismo no consistió en una conducta ejecutiva, sino más bien en una cooperación a dicha ejecución, llevada a cabo por otra persona, corresponde encuadrarlo en la categoría de cómplice necesario (art. 45 2do. sup.- C.P.), tal como lo indicara la Cámara sentenciante...". (Cnfr. Sala Penal del STJER en Autos: "DEBRABANDERE, Sergio D. s/ROBO CALIF. POR USO DE ARMA DE FUEGO EN CALIDAD DE PARTIC. NECESARIO - s/REC.DE CASACION" (Expte. Nº 4261/2012 Jurisd.: Trib.Juicio y Apelac.-C.Uruguay) y su acum.: "PICAZZO, Laureano G. s/HOMICIDIO EN OCASION DE ROBO EN CALIDAD DE AUTOR S/RECURSO DE CASACION". Sentencia del 25 de abril de 2.013).-

PARTICIPE SECUNDARIO: El Art.46 del C.P. dispone: " *Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años*".

Una de las particularidades de la participación, es que se la caracteriza "negativamente", ya que esta referida a aquel/llos que ha/n prestado una colaboración que no ha sido indispensable o esencial para la comisión del delito.

El partícipe secundario, no comete el delito, simplemente ayuda a cometerlo. No posee el co dominio del hecho.

En cuanto al momento del aporte no esencial, debemos decir que puede darse, tanto en la etapa de la preparación como en la etapa de la ejecución, ya que no puede haber complicidad posterior a la consumación, ni siquiera cuando se cumple una promesa anterior al delito.-

Finalmente valga una aclaración no menor, si estamos ante un caso de participación secundaria de un delito tentado, corresponderá realizar **una doble reducción**, una por la complicidad secundaria, y otra por el delito tentado. (Véase fallo "MEDRANO" en www.defensapublica.com)

Jurisprudencia Vinculada:

Importancia del Aporte

“... Únicamente encuentro una contradicción notoria y trascendente en el razonamiento de quien comandó el acuerdo cuando le adjudica a los tres acusados -Schneider, Leiva y Medrano- el codominio del hecho pero acepta que el último de los nombrados no ejerció la acción típica de sustraer cosas con violencia en las personas, aunque de todas maneras juzgó su aporte como relevante, en calidad de partícipe principal o primario, al depender de su actividad de chofer el aseguramiento de la huida del lugar de los sucesos con el producto del atraco (ver apartados 6, 7 y 8, fs. 411 y vta.), no obstante que en párrafos anteriores ubicó a Leiva llegando después del hecho al Dodge y desplazando a Medrano como conductor en virtud de ser perseguidos por los móviles policiales, por lo cual se “requería mayor destreza, fuerza y concentración, calidades éstas que, por el estado de salud de Medrano, éste no podía asegurarlas, de ahí entonces que tornaran el rol con su consorte procesal” (cftr. párrafo 43-e), fs.411). En definitiva, Medrano sólo condujo el vehículo hasta la agencia de Castellaro “por sus deficientes condiciones físicas”, lo cual en un primer análisis se presentaba como una labor “de menor esfuerzo”, resultando claro entonces que tal aporte no fue esencial para cometer el ilícito intentado, al extremo que hubiera podido igualmente llevarse a cabo si aquél no actuaba de chofer. Es más, quedó establecido dentro del factum que ante

*la dificultad producida por la persecución policial debió asumir ese carácter Leiva, desplazando a quien por ello cooperó de un modo accesorio y no fundamental, situación que lo inviste como partícipe secundario, en los términos indicados en el art. 46 del C. Penal, debiendo en consecuencia modificarse la pena impuesta en la instancia de grado.- (Cnfr. Autos “MEDRANO, Mariano Martín y otros – Robo Calificado por el **Uso de Arma en grado de tentativa- Recurso de Casación**”. (expte.2530/2003 // Sala II-Cám.I.Pná.) ; Sentencia del 13 de abril de 2.004.-*

defensapublica.com

Dr. Alejandro María Giorgio

CAPITULO II

ROBO SIMPLE

ARTICULO 164: *“Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad”.*

Jurisprudencia Vinculada (1) :

Arma Peritada - no apta.-

“...sabido es que la ley 25.882 introdujo modificaciones al artículo 166,inc. 2º, del Código Penal distinguiéndose, en consecuencia, cuatro supuestos de robo calificado por la utilización de armas: ... el robo con arma que no sea de fuego, ... robo con arma de fuego, ... robo con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no se puede acreditar y ... el robo con arma de utilería.-

De esta manera se advierte que la reforma ha trastocado (en lo que refiere al robo con arma cuya aptitud para el disparo no se ha podido acreditar y el robo con arma de utilería) el fundamento de la agravante del robo con armas, ya que se observa en este último párrafo del artículo 166 una preponderancia de la tesis subjetiva, que otorga relevancia a la intimidación sufrida por el sujeto pasivo independientemente del poder vulnerante del objeto. En similar sentido opinó Reinaldi, Víctor Felix, en “El robo con armas”, trabajo publicado en La Ley Córdoba, año 2004(septiembre), pág. 769 y ss.-

Centrándonos en el análisis del tipo penal aplicado por el tribunal de mérito al sub júdice, hay acuerdo en la doctrina en que la expresión utilizada por el legislador – “arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada” – es equívoca, pero de ninguna manera se puede aplicar el mismo cuando el arma utilizada en el robo fue secuestrada, peritada y se comprobó que no era apta, ya

que ello significaría otorgarle una extensión que de ninguna manera surge del texto legal.-

Es que, a mi entender, la fórmula acuñada en el dispositivo legal en análisis se refiere a los casos en los cuales el arma no ha podido ser habida y por ende, no se ha podido someter a una pericia balística que permita determinar fehacientemente su aptitud funcional.-

Por lo tanto, el presente caso no encuadra en la descripción típica del artículo 166, inc. 2º, última parte del C. Penal, y queda atrapado por la figura básica del robo. Así lo han entendido, entre otros, Edgardo Alberto Donna (cfr. DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II-B, Segunda Edición actualizada, pág. 2, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2007) y Santiago Vismara (en su trabajo “Nuevo régimen del robo con armas”, publicado en La ley 2004 –D , págs. 1080 y ss.), sin que la nueva orientación que guió la reforma y que otorgó relevancia a la tesis subjetivista, en cuanto al fundamento de la agravante, autorice a realizar una interpretación de la ley penal prohibida como corolario de la vigencia del principio de legalidad.-

En este orden de ideas, Julio Cesar Castro expuso, con respecto al tema en análisis, que: “El arma que efectivamente fuera secuestrada y no fuera apta para el disparo...Si se interpretara linealmente la “voluntad del legislador” o el “espíritu de la ley”, podríamos decir que si el arma de utilería (que no es arma) o la que no se pudo incautar, imponen una sanción mayor dado que lo que está faltando no es el grado de intimidación, sino el objetivo poder vulnerante, cómo no considerarla una hipótesis contemplada si tenemos el arma secuestrada, es un arma y justamente ha logrado el nivel de intimidación que funda la agravante... pero a poco de reflexionar en el marco constitucional, vemos que la situación no está descrita en el tipo penal, que se está afectando el principio constitucional de legalidad y el consecuente mandato de certeza, y se está efectuando una interpretación analógica en contra del imputado extendiendo el alcance del tipo penal...estamos en presencia de un robo simple. No es posible considerar abarcada una casuística no establecida. Es decir, la mala técnica legislativa ha dejado fuera del alcance de la agravante a estos casos...es claro, a nuestro entender que los casos de armas descargadas o ineptas para su fin específico o cuyos proyectiles no poseen aptitud funcional deben quedar atrapados o seguir siendo atrapados por el cuño legal del artículo 164 del Código Penal.” –

ver CASTRO, Julio César, "El nuevo robo con armas, "sin armas". La reforma de la ley 25.882". Publicado en "Reformas Penales Actualizadas". Director Edgardo Alberto Donna, págs. 297/319, editorial Rubinzal Culzoni, año 2006)

En similar sentido dijo Santiago Vismara, en su trabajo ya citado, "Una cosa es la voluntad del legislador y otra lo que queda reflejado en el texto de la ley. Si bien puede presumirse (y de hecho así surge de algunos de los discursos parlamentarios) que la finalidad del poder legislativo fue escalonar y "tarifar" los robos según el medio utilizado por el autor, lo cierto es que lo ha hecho de una manera defectuosa e imperfecta. El esfuerzo que en este sentido deberán realizar los tribunales será significativo, ya que las nuevas formas agravadas previstas en el art. 166 CP han dejado lugar a varios interrogantes interpretativos. Ello no ha pasado inadvertido para los propios legisladores, ya que la discusión parlamentaria refleja la opinión de varios de ellos en el sentido de estar aprobando una "ley de emergencia", sin un necesario debate, con la consulta a expertos y el estudio sereno y meditado que requiere una norma penal, deseable en todo estado de derecho. Con los nuevos agregados realizados por la ley 25.882, puede concluirse en que las formas calificadas del delito de robo, en razón del medio empleado por el autor, son -de menor a mayor según la gravedad de la pena- las siguientes: a) el uso de un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada (por ejemplo, porque no se secuestró, pero las víctimas o los testigos refieren haber sido intimidados por ella), con una escala penal de tres a diez años de reclusión o prisión (art. 166, inc. 2, segundo párrafo, primera parte); b) el empleo de un arma de utilería (sea similar a una de fuego o de otra clase), con la misma escala penal de tres a diez años de reclusión o prisión (art. 166, inc. 2, segundo párrafo, segunda parte); c) el uso de armas -abarcando las propias que no son de fuego, como las de lanzamiento, y las blancas, como los cuchillos, sables, etc. (54)-, con pena de reclusión o prisión de cinco a quince años (art. 166, inc. 2, primer párrafo, primera parte); y d) el uso de armas de fuego (que sean aptas para el disparo, circunstancia que puede establecerse por medio de prueba pericial, testimonial, o de cualquier otra que sirva para acreditar dicha circunstancia), con una escala penal que va de los seis años y ocho meses a los veinte años de prisión o reclusión (art. 166, inc. 2, primer

párrafo, segunda parte). Con respecto a las armas de fuego cuya ineptitud para el disparo se desprenda del correspondiente informe pericial, o las que sean aptas para el tiro pero se encuentren descargadas, la cuestión se presenta por demás problemática. En ninguno de los dos casos podrá sostenerse, sin dificultad, que se trata de un arma (por carecer de idoneidad para aumentar el peligro para la integridad física o la vida del sujeto pasivo), menos aún de una fuego, y tampoco se trata de armas de fuego "cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada". De esta forma, si se sigue considerando en esos supuestos que se trata de un robo simple, las incongruencias y disparidades posibles son realmente preocupantes. Si lo que se pretendía por vía de la reforma era crear un tipo independiente, donde fueran a parar las hipótesis de uso de un arma de fuego inepta para el disparo, descargada o de juguete (lo que parece equiparable, por ser todos casos de mayor intimidación sin peligro) debió habérselo explicitado claramente en el texto legal..."

*Por lo tanto, de conformidad con las opiniones glosadas y al haberse acreditado ... que el arma de fuego utilizada por el instituido era inepta para funcionar, se debe subsumir el hecho endilgado a Ramírez en el tipo penal del robo simple (artículo 164 del Código Penal). Lo contrario importaría el desconocimiento del principio de legalidad y de una de sus consecuencias, la prohibición de analogía "in malam partem", ya que el artículo 166, inc. 2º, última parte del C. Penal, se estaría aplicando a un caso similar al legislado pero no abarcado por su texto (ver BACIGALUPO, Enrique, "Derecho Penal, Parte General", 2ª Edición, pág. 129, ed. Hammurabi, año 2007). Así ha sido resuelto por el Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, sala III, in re: "A., M.D. s/recurso de casación", sentencia del 12/12/2006..." (Cnfr. Sala Penal del S.T.J.E.R. en Autos " **RAMIREZ, ABELARDO EXEQUIEL – ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMA SIN APTITUD PARA EL DISPARO – RECURSO DE CASACION**". [Expte N°3203/Año 2008 – Jur.:Sala Primera en lo Penal, Cámara de Cdia.] Sentencia del 14 de abril de 2.008).-*

Jurisprudencia Vinculada (2):

Arma Peritada - no apta.-

"...IV.- Sintetizadas así las posturas parciales, corresponde ingresar al análisis del "thema decidendi". En ese sentido, el único agravio deslizado respecto de la sentencia recaída en autos es aquel relativo a la calificación legal escogida para el hecho que nos convoca, toda vez que el tribunal seleccionó la figura prevista en el artículo 166 último párrafo, en tanto, el recurrente sostiene que debe aplicarse el tipo básico previsto en el artículo 164.-

1- Sentado ello debo advertir que, más allá de las plausibles razones que expone el sentenciante, este Tribunal se ha expedido concretamente sobre la cuestión sometida a debate en autos "RAMIREZ ABELARDO s/ ROBO" -Sala Penal, STJER., 14/04/08- adoptado en la oportunidad la fórmula fijada para el robo simple.-

En efecto, al guardar identidad el caso planteado con el resuelto, estimo prudente remitirme a los argumentos vertidos en aquella oportunidad, cuando, a la hora de verificar el encuadre jurídico del hecho, se tuvo en cuenta el poder ofensivo del arma y el mayor estado de indefensión que ello acarrea para la víctima, sin tomar en consideración el mayor poder intimidante, reflejado en la utilización de un arma inapta para el disparo.-

En ese sentido y más allá de la discusión doctrinaria que esta cuestión trae aparejada, del análisis del tipo penal entiendo que de ninguna manera se puede aplicar el escogido por el Magistrado, por cuanto el arma utilizada en el robo fue secuestrada, peritada y se comprobó que no era apta, lo contrario significaría otorgarle una extensión que de ninguna manera surge del texto legal, por cuanto, la fórmula acuñada en el dispositivo legal se refiere a los casos en los cuales el arma no ha podido ser habida y por ende, no se ha podido someter a una pericia balística que permita determinar fehacientemente su aptitud funcional.-

Por tanto, el presente caso no encuadra en la descripción típica del artículo 166, inc. 2º, última parte del C. Penal, y queda atrapado por la figura básica del robo -cfr. DONNA, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II-B, Segunda Edición actualizada, pág. 2, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2007, VISMARA, "Nuevo régimen del robo con armas", publicado en La

ley 2004 –D , págs. 1080 y ss.-, sin que la nueva orientación que guió la reforma y que otorgó relevancia a la tesis subjetivista, en cuanto al fundamento de la agravante, autorice a realizar una interpretación de la ley penal prohibida como corolario de la vigencia del principio de legalidad.-

Por lo tanto, al haberse acreditado, pericia mediante, que el arma de fuego utilizada por el instituido era inepta para funcionar, se debe subsumir el hecho endilgado a PINTOS en el tipo penal del robo simple -artículo 164 del Código Penal-, pues echar mano al tipo agravado, conduciría al desconocimiento del principio de legalidad y de una de sus consecuencias, la prohibición de analogía “in malam partem”, tal cual se viene sosteniendo en casos similares por este Tribunal.-

*En consecuencia, cabe casar parcialmente la sentencia de fs. 219/228, en lo que respecta a la calificación legal y condenar a ERNESTO RAMON ALEJANDRO PINTOS como autor responsable del delito de ROBO SIMPLE, art. 164 del Cód. Penal. (Cnfr. Sala Penal del S.T.J.E.R. en Autos " **PINTOS, Ernesto R. A. s/Tentativa de Robo calif. s/REC. DE CASACION**". Sentencia del 21 de marzo de 2011).-*

En similar sentido: **“GOMEZ, Diego Luján s/Robo calificado – RECURSO DE CASACIÓN”** (Sentencia: 04/08/2008 — Sorteo: Dres. Mizawak, Chiara Díaz, Carubia -abst.).-

CAPITULO III

ROBOS AGRAVADOS

Calificado por el homicidio o muerte

Artículo 165: *“Se impondrá reclusión o prisión de DIEZ a VEINTICINCO años, si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio”.*

Fuente: Texto original TO Decreto 3.992/84.

Análisis de la Agravante: Esta agravante constituye sin lugar a dudas la más grave del robo, en base a la pena y consecuentemente a que se produce una muerte en el marco de un delito contra la propiedad.

La citada norma ha sido fuente de problemas interpretativos que han concitado suma atención a la doctrina y jurisprudencia. Ello, pues existe un aparente superposición de normas, entre la mencionada agravante y la del art. 80 inc. 7º.

Ante esta problemática la doctrina argentina ha asumido distintas posiciones a los fines de distinguir entre el homicidio perpetrado con motivo u ocasión del robo (art. 165) del homicidio calificado(art. 80 inc . 7º).

En efecto, existen tres (3) hipótesis en particular: **a)** La que coloca los homicidios culposos y preter intencionales, como así también los accidentales y los ocasionales del art. 165. **b)** La hipótesis que entiende que el art. 165 abarca los homicidios dolosos, culposos y preter intencionales. **c)** La hipótesis que entiende que el art. 165 comprende sólo los homicidios dolosos no incluidos en el art 80 inc. 7º y el resultado culposo se soluciona por las reglas de concurso real.

Como no es propósito de este trabajo profundizar sobre todos los aspectos relevantes de esta temática recomendamos al lector la obra de Rubén Enrique FIGARI ("Robo - "análisis doctrinario y jurisprudencial", Edit. Mediterránea, Pág.99 y sgtes.) para ampliar el conocimiento.-

Jurisprudencia Vinculada (1)

Interpretación

*"... Esto se encuentra acabadamente ponderado por el juez, quien en un enjundioso análisis doctrinario y jurisprudencial, concluye acertadamente en encuadrar el accionar de Frete y Castelao como Robo seguido de homicidio, previsto en el art. 165 del C.P., y esto es así porque este delito es un ataque a la propiedad mueble ajena y un atentado contra la vida humana efectuados por el mismo autor, **por lo que la norma resultará aplicable cuando la muerte sea un evento accidental del robo y además sea atribuible al mismo autor de aquél, dado que no constituye básicamente un homicidio sino que es un robo calificado; por dicha circunstancia el tipo se encuentra dentro de los delitos contra la propiedad configurando una agravante del mismo.***

*"Que en lo que concierne al encuadre legal, comparto el propuesto para el caso por el señor Fiscal de Cámara, esto es, HOMICIDIO EN OCASION DE ROBO-art. 165 del C.P., toda vez que conforme ha quedado recreado el acontecer histórico en análisis, al tratar la cuestión anterior, el HOMICIDIO se exhibe aquí como una consecuencia no querida del ROBO; el resultado mortal evidentemente no ha entrado en el designio de los instituidos, más allá que no se encontrara fuera del ámbito de previsibilidad. En tal sentido ha resuelto la C:Nac. C.Correc. sala IV en 24/10/97 "Que cuando el ladrón va decidido físicamente a violentar a sus víctimas, y de esa violencia resulta, ocasionalmente la muerte de alguien se da la hipótesis prevista por el art 165 del C.P.", citado por Edgardo A. Donna, en su obra "El código Penal y su Interpretación en la Jurisprudencia" Rubinzal-Culzoni 2004, T III pag 176; asimismo, la SCJBA en 29/12/97 decidió "La figura prevista por el art 165 del C.P. describe un Robo calificado por el resultado y, entonces, capta a quien participe en el robo con motivo u ocasión del cual se produzca el Homicidio. Es erróneo considerar el llamado HOMICIDIO EN OCASION DE ROBO, como si básicamente constituyera un homicidio, cuando en realidad es un robo calificado.- **La participación que cada uno tenga en el delito cuya acción describe el citado artículo debe, entonces, referirse al robo y no al homicidio resultante "con motivo u ocasión de robo"** Cftar Donna ob.cit.pag 179; por su parte la Cámara 1º,*

sala 1º de Paraná ha resuelto " **Se aplica la figura agravada del art. 165 del C.P., para los homicidios que resulten con motivo u ocasión del robo, sin distinción alguna si son dolosos o culposos, sean producto del despliegue de fuerza sobre las cosas o de la violencia sobre las personas, comprendiendo también a los que pudieran derivar de la ejercida por la víctima, los copartícipes o terceros, como secuela accidental, incidental y/o no pensada siquiera en la planificación de actor pero que devengan como consecuencia del despliegue de su actividad.-**" Cftar J.A. 1987-II-27; la SCJBA citada por Donna en ob.cit pág. 166 tiene dicho "No se advierte de qué manera podría suponerse que quien roba no está en condiciones de, como mínimo, "haber podido prever" el resultado mortal o no incurre en la "violación de un deber de cuidado" en tal sentido.- Es más que obvio que quien inicia una "empresa" como la de robar-fuerza en las cosas, violencia en las personas-incurre, como mínimo en la denominada culpa inconsciente o sin representación respecto de lo que pudiere derivar a partir por ejemplo de la resistencia a producirse de tan peligrosa empresa.- Sin perjuicio de ello, repasemos la Doctrina. Señala Edgardo A. Donna en su obra "DERECHO PENAL", Parte Especial, T. II B, Rubinzal-Culzoni 2001, págs. 132 y ss., **que la figura del art. 165 del C.P., al decir de Moreno, se trata de la calificante mas grave del robo, teniendo en cuenta la pena y debido a que se produce una muerte, dentro de un delito contra la propiedad, esto es, el fin directo del autor iba encaminado al apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble y éste es el motivo de la agravante.-**Destaca Breglia Arias en su obra "Código Penal Comentado", pág. 286 y ss, Astrea 2006, que la dificultad central de este delito del art. 165 del C.P., es su semejanza con otra figura, la del Homicidio criminis Causae del art. 80 inc.7 del C.P., indicando que fijar los límites exactos entre sí y la relación concursal con otras figuras vecinas, ha permanecido como un conflicto escabroso, frente al cual se mantienen soluciones distintas, derivado ello de incluir nuestra legislación ambas figuras, lo que no es frecuente; que se trata de un resultado no querido o no buscado por el ladrón, que resulta por alteración de los hechos con relación al designio del delincuente, pero que al mismo tiempo es previsible por un mínimo de conocimiento como experiencia; se discute si es delito de resultado o un delito complejo; desde el primer punto de vista, es atribuible la figura a cualquier

resultado de muerte que se haya producido; desde el segundo punto de vista, se ha dicho que presentar las cosas de esa manera significaría incluir la responsabilidad objetiva, concluyendo el citado autor que opta por la primer posición y el argumento que se hace es que, lo que sanciona la ley, es el peligro que el ladrón genera en su accionar. Lo que es accidente no queda incluido, sí lo que es incidente. Según Soler el art.165 del C.P. abarca los homicidios culposos y preterintencionales, que, como sabemos, tienen dolo en el inicio y culpa en el remate, es decir, que el contenido del art.165 se alcanza por exclusión de la hipótesis prevista en el art.80 inc.7 del C.P.. Nuñez y Levene, coinciden con Soler en punto a que están incluidos en el art. 165 del C.P. los homicidios culposos y los preterintencionales, agregando los dolosos, pero no los preordenados, posturas con las que discrepa Fontan Balestra, ya que puntualiza que son precisamente los homicidios culposos y los preterintencionales los que no están incluidos en el tipo en cuestión, decidiendo su opinión en ese sentido la escasez de pena que tienen esas formas: solo están incluidos los dolosos. Para Carlos Creus, todos los homicidios que no caen en al art. 80 inc.7 del C.P., quedan comprendidos en el art. 165, dolosos y culposos. (Derecho Penal-Parte Especial-Astrea 1983, pág.436 y ss).-

Por su parte Laje Anaya-Gavier, en la obra "Notas al Código Penal Argentino", Lerner 1995, Parte Especial, T. II, págs.311 y ss., aluden que el ámbito de aplicación del art. 165 del C.P. no se restringe únicamente a las muertes causadas accidentalmente, (víctima que muere de un síncope al ser amenazada por un ladrón) sino también aquellas muertes causadas por la violencia propia del proceso ejecutivo del robo o de sus secuencias posteriores, en las que la muerte aparece como un resultado preterintencional y aún aquellos en que la actividad subjetiva del autor que tiende al robo, sea compatible con algunas de las formas de dolo admitidos por el Homicidio Simple, sin que se advierta una conexidad de causa final o impulsiva entre el Homicidio y el Robo, lo cual es compartido por calificada Doctrina; en franca discrepancia, sostiene Donna en ob.cit págs. 132 y ss. que las figuras de los arts. 80 inc.7 y 165 del C.P. se excluyen entre sí, que en la mayoría de las legislaciones no están contempladas ambas como en la nuestra por ser incompatibles y que haciendo una correcta aplicación de la ley vigente, y para no violar el principio de culpabilidad estima que en el caso del art. 80 inc.7 del C.P. (Criminis Causae)debía exigirse sólo dolo directo, en tanto en el art 165

del C.P., dolo directo, indirecto y eventual, rechazando la culpa o imprudencia.-

Conviene recordar que en el art. 80 inc.7 del C.P. existe el propósito voluntario y consciente dirigido a lograr directamente la muerte de la persona elegida; en el art. 165 del C.P., el robo es la causa decisiva de esa conducta dolosa. (Cnfr. Sala Penal S.T.J.E.R en Autos “FRETE, LUCIANO F. – CASTELAO, CLAUDIA S. – HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO - REC.DE CASACION”. Sentencia del 30 de mayo de 2.007).-

Jurisprudencia Vinculada (2)

“[...] la figura del robo calificado por homicidio comprende los casos en que la muerte se produce “...dentro de un delito contra la propiedad, esto es, cuando el fin directo del autor iba encaminado al apoderamiento ilegítimo de la cosa mueble y éste es el motivo de la agravante...se trata de una muerte dolosa, no unida al robo ideológicamente...se acepta que la agravante del robo por la muerte de la persona, sólo lo es por el dolo de primero o segundo grado y el eventual. De manera que el sujeto tenía comprensión, dentro de sus posibilidades, de la muerte de la persona, o por lo menos la aceptaba y quería dentro de la eventualidad del resultado posible...” (DONNA, Edgardo Alberto, “DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL, TOMO II-B, Págs.131/152, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2001).-

*Asimismo es conveniente reparar en lo expuesto por Nuñez, quien al analizar la figura contemplada en el artículo 165 de la ley de fondo, opina que: “...El homicidio es aquí **un suceso eventual** que altera el designio del ladrón y que resulta, o de las violencias físicas ejercidas por él para facilitar o cometer el robo o para facilitar su impunidad; o de las violencias físicas que, sin ser las propias del robo, son ejercidas a causa de éste por el ladrón; o en fin de las violencias desenvueltas por la víctima o terceros a raíz de las violencias del autor, pues la ley, a diferencia de lo que dispone respecto de las lesiones (art. 166 inc. 1º), no requiere que el homicidio sea causado por las violencias ejercidas para realizar el robo, sino, lo que tiene mucha más amplitud, que el homicidio resulte del robo...” (NUÑEZ, Ricardo C., “Derecho Penal Argentino”, TOMO 5, págs. 230/231, Ed. Bibliográfica Argentina, año 1967).-*

Es que el resultado “muerte” ocurrido con motivo u ocasión del robo no exige dolo inicial de homicidio, sino que corresponde esta calificación cuando los sujetos activos se propusieron el robo y, al cometerlo, por circunstancias ajenas al plan escogido, produjeron el óbito de la víctima. De ahí que por los medios comisivos escogidos, no existe duda que los coautores se representaron, al menos como probable, el acaecimiento de la muerte de [...].-

Así las cosas, creo que en el sub judice el deceso de la víctima resultó consecuencia y no causa del robo y fue “una contingencia” acaecida con motivo u ocasión del ilícito cometido.-

Entonces, la decisión de dar muerte a la víctima se presenta [...] como una decisión espontánea, súbita y decidida repentinamente en el curso causal del robo y para facilitar la consumación del ataque a la propiedad”. (Cnfr. Sala Penal del S.T.J.E.R. Autos " AYALA, SONIA BEATRIZ – MARISTAIN, STELLA MARIS – CHIMENTO, MARCELO ENRIQUE – GONZALEZ, JESUS JAVIER – HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO – RECURSO DE CASACION”.- EXPTE. Nº: 3730. Sentencia del 7 de junio de 2.010).-

En similar sentido al antes expuesto se ha expedido la Sala Penal del S.T.J.E.R. en autos: “**SAGRADIN, JOSE LUIS – RHIEL, RAUL ALEJANDRO y CUENCA, RUBEN ADOLFO – HOMICIDIO CALIFICADO – RECURSO DE CASACION**”, resuelto el 11 de mayo de 1990, y en “**CABRERA, JUAN JOSE – BARRIOS, JOSE OSMAR – HOMICIDIO CALIFICADO – RECURSO DE CASACION**”, sentencia del 21 de octubre de 2009”).-

CONSUMACION: La doctrina en forma mayoritaria interpreta que el delito que se analiza requiere para su perfeccionamiento que el homicidio se haya consumado, empecé el robo haya quedado en grado de tentativa debido a que lo que importa es la violencia que ocasiona el primer ilícito no así la consumación del apoderamiento.

Jurisprudencia Vinculada:

Receptación de dicha doctrina.

"... Preciso es señalar finalmente que participo de la postura de quienes sostienen que la Tentativa de apoderamiento con resultado mortal, ya constituye la figura del art. 165 del C.P., pues éste no exige la consumación del Robo (Cfme: Donna ob.cit pag 289; Tozzini, Carlos en "Los delitos de Hurto y Robo" Depalma 1995 págs. 291 y ss; Breglia Arias, Omar ob.cit pág. 289; García Maañon, "Homicidio Simple y Homicidio Agravado" Edit. Universidad, 1989, pag. 101; Horacio Romero Villanueva "Código Penal de la Nación, Anotado" Lexis Nexis 2006, págs.624 y ss., habiéndose resuelto en tal sentido que "Se considera consumado el tipo descripto por el art. 165 del C.P. si se verifica el resultado fatal aunque el desapoderamiento haya quedado en grado de tentativa, porque la aplicación de la figura no requiere la consumación del delito contra la propiedad, sino que la muerte ocurra con motivo u ocasión del robo, pese a que éste no haya llegado a perfeccionarse" C.Nac.Cas.Penal Sala II, 6/8/00; en igual sentido "Tanto en el delito de robo como en el del mismo género que configura al art. 165 del C.P., la agravante opera con independencia de la realización total del propósito del agente y tal es la suerte de esa independencia que el tipo queda estructurado haciendo caso omiso de la obtención del fin.- La ley establece "si por las violencias ejercidas para realizar el robo", describiendo así una conducta que es común al proceso ejecutivo del delito, y que comprende la anterior para facilitararlo, la ejercida en el mismo acto de cometerlo y la ulterior a la comisión para procurar la impunidad(art. 164 C.P.) la consumación del robo es indiferente" (Cftar: C 3ª Correc. La Plata Sala III 27/9/88).-

Lo que antecede me persuade que estamos ante una clara infracción al art. 165 del C.P., por parte de los coencartados Frete y Castelao y así propicio se resuelva, acorde la intervención que les cupo en el episodio ilícito en análisis, según quedó determinado al tratar la Primera cuestión, que doy aquí por reproducida.-" -cfr. fs. 1141/1143 vta.-.-

La posición minoritaria en la doctrina y jurisprudencia que alude la casante no me convence, siendo partícipe de la posición adversa sustentada por la literatura mayoritaria precitada, a la que adhiero,

uniéndome a los fallos que la receptan". (Cnfr. Sala Penal S.T.J.E.R en Autos "FRETE, LUCIANO F. – CASTELAO, CLAUDIA S. – HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO - REC.DE CASACION". Sentencia del 30 de mayo de 2.007).-.

DIFERENCIA CON EL HOMICIDIO "Criminis Causa" (Art.87 inc 1º)

Jurisprudencia Vinculada.-

Análisis de ambas figuras.

"... Estudiaré a continuación el agravio de la Defensa concerniente a la calificación legal seleccionada por el Tribunal de mérito para subsumir la conducta de la encartada BONAZZOLA, anticipando que rechazo liminarmente la propuesta de calificar el injusto en examen como Homicidio Simple ó Homicidio en ocasión de robo ya que, como veremos a continuación, ambas figuras se excluyen entre sí. Adelanto, al mismo tiempo, que estoy persuadido que la calificación seleccionada por el juzgador -Homicidio "criminis causae"- es la correcta, debiendo por ende rechazarse el recurso incoado y confirmarse la sentencia impugnada.-

Como paso inicial, recordaré a Sebastián SOLER quien, al explicar esta particular y polémica figura delictual, dice que el fundamento de la agravante radica en la mayor criminalidad del ánimo homicida que se vislumbra en el accionar del agente. De la simple lectura del Art. 80 inc. 7º fluye la existencia de dos formas diferentes de conexión entre el homicidio y el otro delito. La primer parte del inicio se refiere al homicidio cometido "para", y la segunda parte se refiere a un homicidio cometido "por". Esta conexión -enseña SOLER- no debe identificarse con una simple simultaneidad, pues la agravante no se refiere al hecho objetivo del concurso del homicidio con otra infracción. La particularidad de esta conexión es su aspecto subjetivo. Por eso, la figura no es aplicable si en la conciencia del autor, en el momento del hecho, no estuvo presente positivamente el específico motivo enunciado en la norma (Tratado, T.III, pág. 40 y sgtes de la edición 1978).-

La doctrina coincide en afirmar que el tipo penal acuñado en el Art. 80 inc. 7º del C.P. castiga a quien matase a otra persona para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados, o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.- De este modo, el delito se conecta subjetiva o ideológicamente con el otro ilícito. Es necesario que siempre se encuentre, como señala BUOMPADRE, la siguiente ecuación: un delito medio (homicidio) y un delito fin (el otro delito, en nuestro caso, el robo) ambos conectados entre sí subjetivamente (“para” o “por”), (confr. Derecho Penal, Parte Especial, T. 1, 2003, pag.159).-

De lo cual se puede concluir, junto con MOROSI, que “el tipo penal no agrava el homicidio por el hecho objetivo del concurso con otra infracción, sino que es imprescindible, además, la conexión entre ambos, siendo esta última necesaria en el sentido más estricto de la palabra” (MOROSI, Guillermo “Homicidio criminis causae y robo agravado por homicidio”, Colección Orden Jurídico Penal, Nº 10, p. 17). El fundamento de la agravante radica, entonces, en la subestimación de la vida y la comisión del homicidio como medio para otro fin.-

Por su parte, DONNA indica que esta conexión ideológica puede relacionarse de dos maneras: el homicidio se comete con el fin de ocultar el otro delito, o se lo realiza con el objeto de asegurar el resultado del otro ilícito (DONNA, Der. Penal, Parte Especial, T.I, pag. 49). Agregando que lo relevante es determinar si, en el momento del hecho, estuvieron presentes en la conciencia del autor los motivos previstos por la ley penal.-

Justamente, en la acreditación de esta conexión ideológica final entre ambos delitos (homicidio y robo) como elemento típico específico y distintivo (ultra intencionalidad) de la figura legal en examen, es donde finca el problema.- Enseña BUOMPADRE que la diferencia entre los preceptos regulados en los Arts. 80 inc. 7º y 165 C.P. está dada en el aspecto subjetivo, precisando que: “En ambas hipótesis el agente mata. Pero, si ha matado “para” robar, el hecho encuadra en la figura del

homicidio agravado por conexidad con otro delito; si, en cambio, "al" robar ha matado, la figura aplicable es la del robo agravado del art. 165. El homicidio del art. 80 inc. 7 presenta un elemento subjetivo especial ("para" o "por") del que carece el delito contra la propiedad. En la figura del robo agravado, la muerte -aunque previsible- representa un suceso que no ha estado anticipadamente en los planes del autor. Se trata de una consecuencia eventual" (Der. Penal, Parte Especial, T. 2, 2004, pag. 69).-

La Sala Penal del S.T.J. ha tenido oportunidad de analizar estas dos figuras en el caso "CABRERA, Juan José Y OTRO S/ HOMICIDIO CALIFICADO" (del 21/Octubre/2009) donde, con el primer voto a cargo de la Dra. MIZAWAK "No es lo mismo el homicidio de antemano resuelto por los criminales como medio necesario para practicar el delito-fin, que el homicidio que sin previo acuerdo surja incidentalmente con motivo o con ocasión de la ejecución del delito decidido. Resolver un robo, pensar en los medios de ejecutarlo y elegir el de matar para robar, y luego matar y robar realizando el plan pre-concebido, es ante los principios y ante la justicia un atentado de mayor tamaño, perversidad y alarma que resolver robar pero no matar, aunque se mate luego con ocasión o motivo del robo, por cualquiera de los culpables" (citando a GARCIA MAAÑON, Edit. Universidad, p.114).-

En similares términos se expidió el Dr. Miguel Angel CARLIN en causa: "FRETE, Luciano y Otro S/ HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO" (de fecha 30/Mayo/2007) afirmando -en una muy prieta síntesis- que "Conviene recordar que en el Art. 80 inc. 7 del C.P. existe el propósito voluntario y consciente dirigido a lograr directamente la muerte de la persona elegida; en cambio, en el Art. 165 C.P. la causa decisiva de esa conducta dolosa es el robo".-

Pues bien; volviendo al sub exámine, advierto que el Magistrado que votó en primer término entendió que el accionar desplegado por la encartada BONAZZOLA se precipita en la norma contenida en el citado Art. 80 inc. 7º, en la modalidad de matar ""para"" consumir u ocultar

otro delito o procurar su impunidad (o sea, el homicidio “finalmente conexo”).-

Esta conclusión a la que arriba el Dr. ALLE es correcta y ajustada a Derecho, por cuanto al fundar su voto argumenta que “...los factores externos y objetivos, en coincidencia con el plan de la autora, dan muestra e que la imputada mató a la víctima para facilitar, consumir, y ocultar el robo calificado con total impunidad”.- Dijo el citado Vocal: “La plataforma fáctica en este juicio permite subsumir la acción de la encartada en el tipo en análisis (Art. 80 inc. 7º) y no en la figura del Art. 165). La diferencia estriba en el dolo ... dado que la conducta de la enjuiciada estuvo directamente enderezada a dar muerte a quien iba a desposeer del dinero u objetos de valor, debe descartarse la hipótesis del Art. 165 ... Si se tiene en cuenta que la imputada, tras acometer imprevista e impiadosamente a la indefensa víctima asestándole trece puñaladas con la trincheta que portaba, encontrándose ésta caída en el piso, desvanecida, en sus últimos momentos de vida -o ya muerta- comenzó a buscar dinero o efectos de valor que pudieran existir en el inmueble, colocándose -inclusive- un par de chinelas rojas propiedad de la occisa con el marcado fin de no ensuciarse o manchar su calzado, logrando de esa manera apoderarse de al menos la suma de \$ 1000 que se encontraban en la billetera de TONON y que ésta había extraído del banco BERSA esa misma mañana y de numerosos efectos de valor -finalmente encontrados en el domicilio de la acusada- la conducta desplegada después de consumir el homicidio encuentra el sólo propósito explicable de haber querido dar muerte a la víctima para facilitar, consumir y ocultar el delito contra la propiedad. Es por ello que corresponde imputar el delito de HOMICIDIO CALIFICADO CRIMINIS CAUSAE, en Concurso Real con el de ROBO CALIFICADO POR USO DE ARMAS”.-

Resulta absolutamente acertada la conclusión a la que arribó el Vocal de 1er voto si observamos los razonables motivos que desarrolla el nombrado Dr. ALLE en un párrafo anterior, al establecer con fehaciencia

los hechos y/o circunstancias ocurridos días anteriores (bajo el título: “Acontecimientos probados que preceden al día 22 de enero de 2008”), denotando la enfermiza relación que la imputada BONAZZOLA mantenía con el joven GIMENEZ BAEZ y la imperiosa necesidad que tenía la encartada de obtener dinero para adquirir un automóvil, creyendo que Marina TONON podría “solucionarle” el problema prestándole plata, a lo que la víctima no accedió (esto último, según el convincente relato testifical de Diana TONON, hermana e la occisa).-

Por lo dicho, el homicidio de TONON NO fue una “contingencia” acaecida con motivo u ocasión del robo que BONAZZOLA intentara hacer y como consecuencia de Sino que la decisión de dar muerte a la víctima aparece como una vinculación causal o final con el robo, no presentándose como una decisión espontánea, súbita y decidida repentinamente durante el curso causal del robo y a consecuencia del intento de resistencia de la occisa.- Cabe puntualizar que este extremo fue determinado en la sentencia de grado y evidencia la correcta reconstrucción de la plataforma fáctica, la cual se mantiene incólume por no haber sido materia de agravio.-

Resulta aplicable también, a contrario sensu, lo decidido por la Sala Penal del S.T.J.E.R. in re: “SAGRADIN, José Luis y Otros S/ HOMICIDIO CALIFICADO (resuelta el 11/Mayo/1990). (Cnfr. Cámara Casación Penal , en Autos “ BONAZZOLA, Norma Isabel – Homicidio criminis causae S/ RECURSO DE CASACIÓN. Sentencia del 17 de marzo de 2.015).-

CAPITULO IV

ROBOS AGRAVADOS

Por el uso de Armas

Artículo 166: *Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años:*

1. Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.

*2. Si el robo se cometiere **con armas**, o en despoblado y en banda. Si el arma utilizada **fuera de fuego**, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo.*

*Si se cometiere el robo con **un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería**, la pena será de TRES a DIEZ años de reclusión o prisión.*

(Fuente: Sustituido por Ley 25.882 art. 1º).

INTRODUCCIÓN: Antes de proseguir, considero importante resaltar respecto del Art. 166 inc. 2º, que el **empleo de armas** como medio comisivo especial del robo, **cobra autonomía** del robo en despoblado y en banda, mediante la utilización en el texto legal de la conjunción **disyuntiva “o”**.

Esto no era así en la redacción original del Código Penal, pues en ese entonces, el arma se constituía en un elemento agravante cuando el robo se cometía, **además**, “en despoblado”.

La ley 17.567 **independizó** el robo con arma y, tras ser derogada tal reforma por la ley 20.509 del año 1973, fue reimplantada por la ley 20.642 quedando de ese modo el arma incorporada definitivamente como **agravante autónoma**.-

Análisis sobre algunos elementos típicos:

1.- **Arma propia e impropia**: Se pueden encontrar tantas definiciones de “armas” como definidores. **Ricardo Nuñez** estima que se trata “*Tanto el objeto destinado para la defensa u ofensa (arma propia), como el que eventualmente, por su poder ofensivo, puede utilizarse para ese fin (arma impropia)*” (Cnfr. aut.cit. en la obra “Tratado de Derecho Penal”, t. IV, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1989, p. 240, en igual sentido; **SÁNCHEZ FREYTES** Alejandro, “Estudio de las figuras delictivas”,t. II-A, Ed. Advocatus, Córdoba, 1994, p. 76/77; **BREGLIA ARIAS Omar – GAUNA Omar** “ Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, 6ª edición actualizada y ampliada, t. II, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 153).

Sebastián Soler precisa que: “*Por arma debe entenderse tanto aquel instrumento específicamente destinado a herir o dañar a la persona como cualquier otro objeto que sea transformado en arma por su destino, al ser empleado como medio contundente*”,. (Cnfr. Aut.Cit, en obra “Derecho Penal argentino”, t. IV, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970, p. 287). Similar opinión desliza **Carlos Fontán Balestra** pues a su entender la expresión armas comprende tanto a las propias como a las impropias, es decir, más específicamente destinadas para el ataque o defensa de la persona, y los objetos que adquieren tal carácter por razón de *su empleo* como medio contundente. (Cnfr. Aut.Cit., en la obra “Tratado de Derecho Penal”, t. V, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 557). La misma concepción es adoptada por **CREUS Carlos – BUOMPADRE Jorge** “en las obra “Derecho Penal. Parte especial”, 7ª edición actualizada y ampliada, t. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 465); por **LAJE ANAYA Justo – GAVIER Enrique**, en la obra “Notas al Código Penal”, t. II, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1995, p. 314), por **ESTRELLA Oscar – GODOY LEMOS** Roberto, en la obra “Código Penal. Parte especial. De los delitos en particular”, 2ª edición, t. II, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 428), y

por **D'ALESSIO Andrés** (director), en la obra "Código Penal de la Nación. Comentado y anotado. Parte especial" **DIVITO Mauro** (coordinador), 2ª edición actualizada y ampliada, t. II, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 606), **entre otros.-**

Por su parte, **Edgardo DONNA** - en su obra "Delitos contra la propiedad" 2ª edición actualizada, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 209 - apelando a los conceptos de Nuñez y de Molinario y Aguirre Obarrio, considera arma a todo objeto capaz de producir un daño en el cuerpo o en la salud de una persona, y, en un sentido más estricto es todo instrumento destinado a ofender o a defenderse, no es necesario que el objeto esté destinado para matar específicamente.-

1.2. Legalidad: Como hemos visto, la mayoría de los autores sostienen que la temática de las armas impropias **no afectan los principios de legalidad, razonabilidad e igualdad**, en la medida de que se haga **una interpretación adecuada**, están los que entienden que por ejemplo, el hecho de arrojar piedras – arma impropia – que son aptas para herir e incluso matar a una persona, constituyen elementos idóneos como para ser considerado arma quedando satisfecha la exigencia desde la doctrina objetiva para la cual es arma todo elemento que por su uso adquiere esa aptitud y hace correr a la víctima un mayor riesgo para su vida o integridad física, o asimismo, para la doctrina subjetiva que pone énfasis en el mayor poder intimidante del objeto empleado como "arma" aunque no se hayan corrido aquellos riesgos como sería el caso del arma de fuego no apta para el disparo si tampoco se usa de modo impropio. (Cnfr. **SAYAGO Marcelo "Nuevo régimen legal de robo con armas. Ley nº 25.882"**Ed. Advocatus, Córdoba, 2005, p p. 79/80).-

1.3. Casuística: La jurisprudencia ha considerado como arma desde una **cortaplumas, alicate, destornillador, cuchillo, copa de vidrio rota, culatazo con arma propia, jeringa conteniendo sangre infectada con HIV o sin ella ; botella, navaja, barreta de hierro , gas irritante, trozo de vidrio , trozo de palo de escoba, baldosa , pata de una mesa con clavos oxidados, palo de amasar , elemento inflamable , cuchillo hecho para cortar alimentos o tijera para cortar telas o papeles, cabo de un hacha que es utilizado como garrote, una tabla o una batería de**

automotor , guadañas, horquillas o azadas, bastones ferrados u otros objetos que puedan ser utilizados en forma intimidante o vulnerante.-

Pero a fin de que los objetos, que se han mencionado *ut-supra*, como ejemplo y han sido considerados por los tribunales como armas impropias **no se extienda** en un abanico de posibilidades que pueda realmente constituir **un exceso o un absurdo**, será el juez el que deba apreciar *ex ante* si por *el modo en que se lo utilizó*, aumentó el poder ofensivo del sujeto activo de injusto y, por ende, constituye una **violencia física intimidante**, para considerar integrados los elementos de los distintos tipos que prevén el uso de armas, como así también comprobar las circunstancias de persona, modo, tiempo y lugar en que se utiliza el objeto teniendo en cuenta que el *inter criminis* del robo abarca un antes, un durante y un después de su comisión.-

Jurisprudencia Vinculada

Arma Impropia: (Golpes con Armas de Fuego)

“... VI.- Que, así delineadas las posturas parciales, cabe adelantar que los planteos impugnativos deducidos por la defensa recurrente no pueden tener auspicio y sí corresponde, en cambio, la confirmación de la pieza impugnada en razón de los motivos que, a continuación, se exponen.-

Que analizados los fundamentos que abonan la pieza casatoria “sub examine” y los que se sustentan para arribar a la condena de TRIBULO en la sentencia de fs. 651/677, cabe poner de relieve que los agravios de la defensa quedaron delimitados a la calificante del robo, es decir agravado por el uso de arma -art. 166, inc. 2º, del Cód. Penal-, en tanto la misma sostuvo que el marco del hecho por el cual fuera condenado su pupilo debía quedar atrapado por el tipo simple -Robo- del art. 164 del Cód. Penal y la correspondiente reducción del quantum punitivo impuesto, ello en razón de que no fue habida el arma utilizada en la emergencia para que opere dicha calificante, aduciendo que las

lesiones propinadas a la víctima SILVA pudieron ser producto de cualquier otro tipo de acción u ocasionadas con otro elemento, no siendo posible, a su juicio, que la figura seleccionada lo sea por el empleo de arma impropia.-

*Que, al respecto, no ocioso resulta puntualizar que en modo alguno la hipótesis sustentada por la casante puede ser receptada toda vez que su discurso, pretendiendo el cambio de calificación legal del hecho, ni mínimamente acierta a desvirtuar el cúmulo de probanzas arriadas a autos verdaderamente demostrativas de la acción desplegada en el "iter criminis" descrito y acreditado no sólo por el dueño del local comercial -Sr. SILVA-, sino también por los testimonios rendidos por MARIELA KUTTEL, DORA KERBS, ERICA COZZA, LUCRECIA VERA y ERICA CHIABRANDO, quienes son contestes al referir el modo y forma de comisión del injusto, que fueron reducidas las víctimas mediante el empleo de arma de fuego, dando amplios detalles de la forma de consumación del ilícito como también de las lesiones sufridas por el propietario del local, quien no sólo recibió trompadas sino que también uno de ellos le pegó con la culata del arma -cfr. testimonios de SILVA y KUTTEL-. Esto da cuenta, en forma incontrastable, que mediante **el empleo de armas -en este caso utilizada en forma impropia- sí se logró la reducción del afectado, a quien se sometió no sólo a causa de los golpes de puño aplicados sino que, además, frente a su resistencia, con dicho elemento, propinándole un golpe con la culata del mismo a los fines de lograr su reducción, ocasionándole las lesiones sufridas conforme se desprende del informe médico obrante a fs. 96, practicado por el Sr. Médico de Policía, Dr. JORGE BENITEZ, quien se constituyó el mismo día del hecho en las dependencias del Hospital "J. J. de Urquiza". Allí se consigna que JORGE SILVA, de cincuenta y dos años de edad, al momento del examen, presentaba: "...politraumatismo con trauma cráneoencefálico, con hematomas en cuero cabelludo, heridas contuso cortantes en ceja derecha, puente de nariz, regiones frontales, regiones parietales, hematoma en región del codo derecho, hematomas en muñecas. Signos de alteraciones psicomentales, leve excitación psicomotriz, desorientación témporoespacial, falta de lucidez, sin signos de ingesta de bebidas alcohólicas. Lesiones provocadas por golpes y/o fricción con o contra elemento duro, romo y abrasivo. Tiempo de***

evolución: reciente. Tiempo de curación: a determinar en reevaluación en próximas horas dado que le serán practicados estudios neurológicos. Tiempo de incapacidad laboral: igual al del tiempo de curación...”.-

Que, como podrá observarse, no existen dudas de que el elemento empleado -arma- ha sido utilizado en forma impropia y su presencia se acreditó debidamente con las lesiones sufridas por SILVA, transcriptas en el párrafo precedente, a más de haber sido ello ampliamente narrado por las empleadas del local comercial y el propio damnificado.-

Que, al respecto, cabe remarcar que, como las armas blancas en general -cuchillos, navajas o similares filocortantes- no necesitan ningún tipo de peritación sobre su poder vulnerante, de igual modo debe interpretarse para las armas impropias o armas propias utilizadas a modo de impropias para golpear a los asaltados, los cuales no necesitan peritaje alguno como para tener por tipificada la agravante de figuración.-

Que, al respecto y como bien se señalara en el pronunciamiento puesto en crisis y por el Ministerio Público Fiscal en oportunidad del traslado dispuesto en autos, no caben dudas de que, en la emergencia, los autores munidos de sendas armas -aunque, como se señalara, no secuestradas- lograron la neutralización de las víctimas y la acreditación de su utilización quedó patentizada por la golpiza proferida con dicho elemento a SILVA, de ahí que no es posible aceptar la postura asumida por la casacionista ya que resulta de toda evidencia el ejercicio del poder vulnerante de este elemento contra los damnificados, en especial contra aquél, y **si bien no fue disparado en la ocasión, operó sí como medio contundente para doblegar su resistencia y conseguir el apoderamiento ilegítimo acto seguido al impacto en la nuca.-**

Que, así cabe concluir que el arma fue utilizada en una efectiva acción violenta contra el sujeto pasivo, quien fue **reducido mediante su uso, incrementándose de ese modo la simple violencia propia del robo común, por lo cual no resulta audible la postura asumida por la casante en el sentido de que el accionar de su pupilo se encuadre en la figura**

básica. (Cnfr. Sal Penal del S.T.J.E.R. en Autos “TRIBULO, MARIO J. – USURPAC., PORTAC.DE ARMA DE GUERRA Y ROBO CALIF. POR USO DE ARMA IMPROPIA – REC. DE CASACION”[Expte. Nº 3131, Año 2007 – Cámara de C.URUGUAY.-], sentencia del 3 de octubre de 2007.-

2. Armas de fuego: En este caso están definidas en el art. 3 inc. 1º del decreto 395/75 (B.O. 3/3/75) que reglamenta la Ley Nacional de Armas y Explosivos 20.429 el que textualmente dice: **Arma de fuego:** “La que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvoras para lanzar un proyectil a distancia”.

Jurisprudencia Vinculada (1):

Prueba

“...Siendo así, es acertada la calificación que el Tribunal de Concordia adjudicó a los dos hechos discutidos: robo calificado por uso de arma de fuego apta (Art. 166, inc. 2º,párrafo 1ro del Código Penal) unidos ambos bajo las reglas el concurso real (art. 55 del C.P.).-

*Porque es conteste la doctrina y la jurisprudencia en catalogar de la manera indicada, **aún cuando el arma de fuego utilizada en el hecho no haya sido secuestrada ni peritada, pero se verifica que se usó como tal, es decir, se comprueba el hecho de haberla accionado, efectuando un disparo; en otras palabras, la “aptitud” del arma de fuego se puede acreditar por otros medios que no sean la pericia balística.-***

Así se ha expedido la Sala Penal del S.T.J. en varios precedentes, tales como “GOMEZ – BASUALDO” (del 22/05/2006), “BRUEL” (del 13/4/2009) y “ARANCIBIA” (del 06/5/2013), siguiendo de tal manera la línea jurisprudencial sostenida por la Corte Suprema de Justicia en los casos “TEDESCO”, “GIMENEZ” y “JUNCAL” (Fallos 319:1480; 325:2516; y 312:2526, respectivamente).-

En resumen, entiendo que es pacífica la doctrina y jurisprudencia en aceptar que la re-agravante del robo exige que el desapoderamiento sea cometido con un arma, que sea apta para el disparo y que, además, esté en condiciones inmediatas de ser disparada. Por otra parte, es

diáfano para mí que la operatividad del arma no dependerá exclusivamente de la pericia ya que, en función del sistema probatorio vigente (sana crítica racional) aquél extremo puede tenerse por acreditado por cualquier medio; en ese orden e ideas, la Cámara Penal de Santa Fe, Sala III, en “S.; V.D y Otro” (del 09/06/2004) dijo que la aptitud para el disparo podría tenerse acreditada por prueba testimonial, si los testigos presenciaron cuando el arma fue disparada. La C.S.J.N. ha resuelto que, pese a la ausencia de secuestro del arma y, por ende, de la consiguiente pericia que acreditara su operatividad, corresponde aplicar la agravante en examen, si la existencia y utilización que se hiciera de aquélla fue corroborada por las declaraciones de la propia víctima (en “VILLARROEL, Diego, del 27/05/2004, en La Ley, Suplemento Penal, Septiembre de 2004).-

5- De igual modo, y siguiendo la misma lógica, si la segunda crítica o agravio de la defensa radica en negar la autoría de BENITEZ en la sustracción de la moto a María LESCANO, argumentando que no pudo ser su pupilo pues él no tenía consigo arma alguna, cae por su propio peso habida cuenta la multiplicidad de pruebas -bien meritadas por el Vocal preopinante- que permiten tener por certeramente acreditada la existencia material de este tercer hecho y la autoría responsable de BENITEZ, sin que el reconocimiento “negativo” del testigo WELZEL influya en esta apreciación, pues el cúmulo de probanzas en sentido asertivo despeja cualquier duda al respecto.-

*Por ende, no cabe más que rechazar el recurso interpuesto, y confirmar la sentencia recurrida, añadiendo tan solo, finalmente, que no encuentro relación alguna entre este caso en examen con el Fallo “ROLON, César S/ ROBO CALIFICADO”, citado por la Defensora Oficial y que tengo ante mí vista (Sala 1ra. de la Cámara Penal de Paraná, de fecha 13/06/2007). (Cnfr. Cámara Casación, Autos “ **BENITEZ, Marcelo Javier S/ Robo agravado por el uso de arma de fuego (dos hechos) y homicidio culposo en concurso real – RECURSO DE CASACIÓN.** Causa N° 190/14 – Sentencia N° 159), Sentencia del 7 de julio de 2.015).-*

Jurisprudencia Vinculada(2):

Arma de Fuego Apta:

(Innecesaria peritación de proyectiles)

"... En efecto, la Defensa sostiene en su escrito recursivo que la sentencia carece de motivación porque no tuvo en cuenta que no se peritaron los proyectiles que fueron secuestrados en el interior del arma que utilizaron los imputados para cometer el robo, que ello genera una duda acerca de la aptitud para producir disparos que impide que el hecho se encuadre en el art. 166 inc. 2, párr. segundo del Código Penal, debiendo en consecuencia encuadrarse la conducta en la figura de Robo Simple.

Corresponde entonces confrontar los argumentos desarrollados por la parte recurrente, con los fundamentos expuestos en la sentencia puesta en crisis a fin de verificar el acierto o no de la calificación escogida por el Vocal puesto que -como se ha visto- es lo único que cuestiona la Defensa.

Es así que al referirse al primer hecho el Vocal, compartiendo el dictamen de la Fiscalía, mantuvo la calificación en la figura de Robo Agravado por Uso de Arma de Fuego en Grado de Tentativa. Al referirse a las consideraciones de la Defensa, respecto a que ante la falta de peritación de los proyectiles desaparece el peligro para la víctima, y en consecuencia no es posible tal calificación, adujo que en la causa se había acreditado que la pistola secuestrada era apta para efectuar disparos en doble y simple acción, que los tres proyectiles secuestrados -dos en el cargador y uno en la recámara- se encontraban sin percutir (condiciones extrínsecas para ser disparada) y correspondían al mismo calibre del arma; todo lo cual, ante la falta de elementos negativos respecto de su funcionalidad y aptitud de las municiones, lo condujeron a afirmar que en el evento se puso en peligro la vida y la integridad física de la víctima.

En efecto, la calificación adoptada por el Vocal coincide con la jurisprudencia reiterada del STJER que, al plantearse esta cuestión en relación a los delitos de portación de arma de fuego y a los de robo con arma de fuego se ha expedido afirmando que la aptitud para el disparo de un arma consiste en corroborar la funcionalidad adecuada de todos sus mecanismos constitutivos.

Así en el caso “BUSTAMANTE, Mauricio R. – MOLINA, Juan C. – SILVA, Cesar S/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO – RECURSO DE CASACION” (Sent. del 17/06/2009), el STJER dijo: “No obstante lo antes referenciado cabe dar razón al planteo del Sr. Fiscal Adjunto en cuanto aun suprimiendo la prueba de constatación de la aptitud de fuego de los cartuchos secuestrados igualmente se encuentra probado el hecho de autos siendo correcta la calificación otorgada por el a quo. En efecto, con el informe pericial balístico -cfr. fs. 106/107- que señala la aptitud para el disparo del arma secuestrada podemos sin más tener por demostrado la existencia de los extremos requeridos por el tipo penal descrito en el artículo 166 inc. 2º, párrafo segundo del Código Penal.- En efecto, la reforma del artículo 166 del Código Penal, introdujo una distinción en la antigua calificante del robo refiriendo distintas hipótesis: la del robo con arma que no sea de fuego, robo con arma de fuego, robo con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no se puede acreditar y el robo con arma de utilería.- El fundamento de la agravante del artículo 166 inc. 2º, párrafo segundo del C.P. radica en el mayor poder vulnerante del elemento utilizado, habiéndose probado certeramente la aptitud de las mismas, descartándose así de plano la figura prevista en el tercer párrafo del artículo antes citado. Para que se configure la agravante de utilización de un arma, no se requiere una capacidad ofensiva determinada; basta que el arma tenga el poder suficiente para lesionar a la persona contra la que se comete este delito contra la propiedad. De lo expuesto se deduce que la razón de esta agravante no es la intimidación que sufre la víctima sino el mayor poder vulnerante que con el uso del arma tiene el agente para lograr el apoderamiento de cosas muebles ajenas, pues con ello le provoca al sujeto pasivo -independientemente de que éste se sienta intimidado o no- un mayor peligro para su vida o para su integridad física. En tal sentido se expidió esta Sala Nº1, si bien para descartar la agravante in re “Ramírez” (sentencia del 14/IV/2008)”.- Similar tesitura se mantuvo por esta Sala Nº1 in re: “Soria, Naturalista” (sentencia del 23/V/2007: ‘Que quedó cuestionada con total suficiencia la aptitud funcional de dicha arma, conforme se infiere de la pericial obrante a fs. 366/367, llevada a cabo por la División de Investigaciones, Sección Criminalística de la Jefatura Departamental Uruguay, que destacó que su aptitud para el disparo consiste básicamente en la existencia, integridad y ajuste adecuado de

todos sus mecanismos constitutivos, y luego de su accionamiento manual, se corroboró que no presenta anomalías en tales mecanismos. Que, como podrá observarse, si bien ello no fue discutido por la recurrente, la idoneidad de la misma ha sido debidamente comprobada y también se ha acreditado que dicha arma contaba con un cargador conteniendo dieciséis proyectiles (uno de ellos en la recámara). Ello es indicativo que al corresponderse su cargador y proyectiles con la pistola en cuestión, más allá de no haberse peritados estos últimos, nada hace suponer que éstos no fueran aptos para el disparo, porque no existen elementos negativos o de duda en la causa que así permitan aseverarlo."
(Cnfr. **Cámara de Casación Penal, en Autos: "ACOSTA, Javier Exequiel y SERBIN, Julio César – Robo agravado S/ RECURSO DE CASACION"** (Legajo Nº 501/16). Sentencia del 24 de noviembre de 2.016).-

Jurisprudencia Vinculada (3)

Acreditación sin Secuestro

*"... A esta altura, dos interrogantes emergen en función de los agravios expuestos por los recurrentes y las afirmaciones del tribunal: **1)** ¿es posible probar la utilización de armas de fuego por medio de otra vía que no sea su secuestro?, **2)** en ese supuesto, ¿puede resultar lógico sostener que los autores fueron aprehendidos en flagrancia y pese a ello, no se secuestran las armas que habrían utilizado?.-*

1-La utilización de armas de fuego, su comprobación: *Sobre este aspecto y a partir de la revisión amplia que impone un sistema de enjuiciamiento como el nuestro -que garantiza la "doble instancia"-, no debo perder de vista el límite que implica la inmediación que atravesó el debate y en particular sobre los elementos legítimamente incorporados en ese acto, como tampoco los descartados en favor de los acusados al tiempo de resolver el caso -esto último, ante la ausencia de recurso fiscal.-*

*Desde esta perspectiva y -reitero-, descartando la utilización de las armas secuestradas para cometer el atraco, tal como definitivamente quedara establecido en la sentencia y no fuera objeto de agravio, debo indicar que **resulta perfectamente posible, aún ante la***

omisión de contar con las armas, establecer tal como lo hace el fallo, que fueron usadas en el robo tentado.-

En efecto, a partir de la prueba rendida en debate -bajo estricto control horizontal- los testigos fueron contestes en remarcar la llegada de personas armadas al local. Se cuenta con los dichos de JOSE ROBERTO STERZ quien relata: "la primer persona estaba armada, no recordó detalles del arma, al otro no lo vió con arma", no reconoció ninguna de las armas que le fueran exhibidas; MONICA GABRIELA VAZQUEZ, dijo que "estuvieron con armas impresionantes ... primero entro uno, el más robusto con armas"; RUBEN DARIO VAZQUEZ, que "dos personas con pistolas, no sabía si los dos tenían armas, pero uno seguro"; MONICA CLAUDIA BRITOS, expresó que "la apuntaron con un arma y el muchacho le pedía la plata ... que supuso que era un arma con lo que apuntaron porque sintió que le apoyaron algo"; y MARTA SUSANA CEPEDA, que "de repente ve entrar a Mónica y a Sterz con un desconocido, quien aparentemente tenía un arma de fuego en las manos tapada con una bolsa, los obligó a tirarse al piso ...".-

No debe perderse de vista que, el mismo día del hecho MONICA BRITOS -fs.42- declaró en sede prevencional dando cuenta de la situación vivida, particularmente que fue apuntada con un arma de fuego tipo pistola, de color oscura, de tamaño grande, que le fue apoyada en el cuerpo. En sentido similar se despacharon las restantes personas que se encontraban en el sitio, tanto MONICA VAZQUEZ -fs.44-, como MARTA CEPEDA -fs.46-, JOSE ROBERTO STERZ -fs.47- y RUBEN DARIO VAZQUEZ -fs.48- dieron detalles de la forma en que fueron abordados por sospechosos "armados" y estos testimonios, proferidos de manera inmediata al atraco, resultan contestes con lo que años más tarde depusieron en debate -y en sede instructoria: fs.68/9, 70/1, 72, 73, rueda: fs.93-, intangibilidad que a mi juicio viene a reforzar su credibilidad sobre el modo en que fuera perpetrado el frustrado robo.-

En sintonía con ello entiendo que el testimonio de estas personas, que padecieron el hecho delictivo en "primera persona", no puede ser objetado, menguado, considerado parcial o infundado a partir de apreciaciones y/o afirmaciones vertidas en debate o en la audiencia de casación sobre su forma de vida, antecedentes y

demás aspectos que no los convierte en blanco de ataques impunes ni los obliga a soportarlos.-

Es atendible y lógico además el argumento expuesto en la sentencia sobre lo increíble que resulta la idea de ir a robar al domicilio de personas supuestamente vinculadas a actividades ilícitas y/o peligrosas sin llevar consigo ningún elemento para intimidar y/o protegerse de eventuales ataques.-

Cabe señalar que, con matices, los funcionarios policiales también hablan sobre la existencia de armas, lo mismo sucede con los testimonios de LODOLO y SCAMACCA, pero aún sin valorar sus dichos nada impide tener por acreditado ese extremo tal como lo expuse supra.-

*En este punto y luego de andar el camino argumental precedente, retomo el interrogante inicial: ¿es posible probar la utilización de armas de fuego sin que opere su secuestro?. **La respuesta afirmativa se impone toda vez que para la configuración y eventual prueba del robo con arma de fuego no se requiere el secuestro del arma, y su utilización puede ser corroborada a partir del testimonio de víctimas y demás personas que han intervenido en el hecho, tal cual lo explica la sentencia.-***

*Al respecto se ha dicho que no es necesario el secuestro de arma alguna como así tampoco el hallazgo de la res furtiva, ya que **"la existencia de un arma de fuego y su aptitud se pueden obtener por otros medios permitiendo de esa forma la imputación más gravosa"** -cfr. mi voto en "VILLAFRANCA", CCPParaná, 29/08/14, en esa línea: DONNA, Reformas Penales. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 309, "SARTORI", Sala Penal, STJER., 28/04/14, "ARANCIBIA", Sala Penal, STJER., 06/05/13, "BRUEL", Sala Penal, 13/04/09-, postura asumida por la CSJN en precedentes como "TEDESCO" -Fallos:319:1480-, "GIMENEZ", -Fallos:325:2516- "JUNCAL" -Fallos:312:2526- y "SANCHEZ" -Fallos: 311:2548-, entre otros.-*

Por otra parte, debo significar que no nos encontramos en un sistema de "pruebas tasadas" donde la convicción del

juez, formada a partir de los elementos vertidos en juicio es irrelevante, y reemplazada por parámetros legal y previamente fijados sobre el valor que debe asignarse a cada prueba. Con el camino de pruebas tarifadas se obligó al juez a atarse a un procedimiento para verificar la "verdad" y con ello se pretendió que nada quedase librado al azar, que todo sea fielmente condensado en una suerte de catálogo que fijaba el valor y la forma de procurarse cada prueba, entendiendo a la jurisdicción como "mera extensión" del poder del soberano y a los jueces como mecánicos aplicadores de la ley; siendo muy gráfica la frase proferida por MONTESQUIEU al decir que: "el juez es la boca de la ley".-

Hoy, bajo el imperio de las "libres convicciones" y la "libertad probatoria", es perfectamente viable tener por acreditado este extremo de la imputación a partir de testigos que han sido oídos en debate y sus afirmaciones deben valorarse en el contexto del "caso" y los hechos probados y no desde prejuicios personales o cuestiones que si bien podrán ser ciertas, en nada empalidecen las conclusiones a las que se ha arribado.-

El testimonio es una herramienta fundamental del juicio oral pues permite a las partes en plena igualdad confrontar y en su caso refutar sus dichos, convirtiéndose en elemento esencial en la construcción del "saber judicial" y para despojarnos de la cultura que nos obligaba a la lectura de distantes y frías "actas" como procedimiento habitual en la formación de la "verdad" forense.-

En definitiva, y conforme a lo expuesto, no existe obstáculo alguno para tener por acreditados los hechos a partir de los testimonios incorporados en debate y valorados racionalmente a partir del sistema legalmente instituido para alcanzar la certeza propia de un juicio incriminante. (Cnfr. Cámara de Casación Penal, en Autos: "TABLADA, CRISTIAN JAVIER - ZARATE, RAYMUNDO MARCELO s/ ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO s/RECURSO DE CASACION". (Expte.Nº65/14 - Año 2014 / Origen: Excma. Cámara del Crimen - Sala II -Pná-). **Resolución Nº 29.** Sentencia 25 de marzo de 2015).-

Jurisprudencia Vinculada

Secuestro Posterior

"...Finalmente, adentrándonos en el análisis del error in iudicando invocado, debo admitir que el pronunciamiento de grado contiene un error en lo que respecta a la calificación legal del suceso enrostrado a los acusados.-

*Ello es así porque, luego de ponderar integralmente los elementos probatorios que respaldan la decisión, se advierte que ninguno de ellos justifica la subsunción de la conducta achacada a los acusados en la figura agravada del robo con armas de fuego, prevista en el artículo 166, inc. 2º del Código Penal, la cual obedece al mayor poder intimidante del sujeto activo y al incremento del riesgo corrido por la víctima y **presupone que el arma se encuentre en condiciones normales de funcionamiento.-***

*Entonces, creo que el tribunal **presumió** que el arma blandida en contra de Arguet se encontraba cargada y esta conclusión es apodíctica, infundada y contraria al principio del in dubio pro reo, cuya vigencia exige la acreditación fehaciente de los elementos objetivos y subjetivos del tipo legal escogido.-*

Si bien no existe duda que la utilización de un arma de fuego para cometer un delito contra la propiedad es una cuestión que puede probarse por diferentes medios, tal cual lo ha admitido nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes: "Tedesco, Juan Carlos" (319:1480) sentencia del 9 de mayo de 2006, "Giménez Alfaro, Eduardo" (325:2516) de fecha 3 de octubre de 2002, "Juncal Gómez, Antonio" (312:2526) pronunciamiento del 28 de diciembre de 1989 y "Sánchez, Juan Antonio" (311:2548) del 1º de diciembre de 1988, entre otros, ello de ninguna manera autoriza a suponer que el arma era apta para el disparo.-

En efecto, de los verosímiles dichos de Claudia Alejandra Arguet surge que el encartado Ángel Leonardo Yaqueme utilizó en la emergencia un arma de fuego. Posteriormente, la autoridad prevencional al allanar el Hospedaje Bolívar en el que se alojaba Félix

César Darío Yaqueme, incautó junto a los efectos sustraídos y prendas de vestir, un arma de fuego tipo revolver, de doble acción marca Colt, calibre 38 largo, con tambor de seis alvéolos, nº de serie 439829, el cual contenía seis cartuchos del mismo calibre, cuatro de plomo desnudo y dos semiencaamisados, con culata con cachas de madera lisa y lustrada, la cual fue reconocida por la testigo Arguet –cfr. fs. 94/95-.-

Entonces, aunque al ser incautada el arma se hallaba con seis cartuchos en su cargador y en la pericia balística obrante a fs. 237/241 se concluyó que la misma era apta para efectuar disparos, ello no autoriza a sostener sin más que en el robo perpetrado horas antes del secuestro, la misma también estaba cargada, máxime cuando en la emergencia no se efectuaron disparos.-

*El contexto probatorio analizado me determina a proponer que el robo endilgado a los enjuiciados se subsuma en la **agravante intermedia prevista en la última parte del 2º párrafo, del artículo 166 del Código Penal**, que justamente comprende los supuestos en los cuales **se acreditó la utilización del arma pero no su real poder ofensivo**, lo cual generalmente ocurrirá ante la falta de secuestro del arma, pero no se circunscribe a esos casos solamente, sino que el texto de la norma **permite incluir en ella a todos aquellos casos en los cuales no se ha podido determinar fehacientemente la aptitud funcional o el “riesgo real” del arma utilizada**, cualquiera fuera la causa.-*

Arribo a esta conclusión luego de analizar no solo los antecedentes legislativos de la reforma introducida por la ley 25.882, sino también la opinión de la doctrina en lo referente a la figura legal del robo con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pueda tenerse de ningún modo por acreditada –cfr. “Derecho Penal. Parte Especial”. Tomo II -B- de Donna, Edgardo Alberto, Pág.224, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2007; “Las nuevas figuras de robo con arma introducidas por la ley 25.882” de Tolnay, Iván C., Publicado en: LA LEY 24/09/2004, 1; “El nuevo robo con armas, “sin armas”. La reforma de la ley 25.882” de Castro, Julio Cesar, Publicado en “Reformas Penales Actualizadas”, Director: Edgardo Alberto Donna, págs. 297/319, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2006 y “Nuevo Régimen del delito de robo con armas” de Vismara, Santiago, publicado en La Ley 2004-D, 1080...”.(Cnfr. Sala Penal del STJER, en Autos

“YAQUEME, FELIX CESAR D. - YAQUEME, ANGEL L. - GONZALEZ, RICARDO D. - ROBO COMETIDO CON ARMA DE FUEGO APTA PARA EL DISPARO- RECURSO DE CASACIÓN”. (Expte.Nº3967/Año 2011. Jur.: Cámara de Concepción del Uruguay). Sentencia del 31 de octubre de 2.011).-

3. Armas de Lanzamiento: El inc. 2º del citado decreto define el **arma de lanzamiento** de la siguiente manera: “ *La que dispara proyectiles autopropulsados, granadas, munición química o munición explosiva*”.

Se incluyen en esta definición los lanzallamas cuyo alcance sea superior a tres metros, y a partir del inc. 3º hasta el inc. 18º se definen las diferentes **armas:** portátil, no portátil, de puño o corta, de hombro o larga, de carga tiro a tiro, de repetición, semiautomática, automática, fusil, carabina, escopeta, fusil de caza, pistolón de caza, pistola, pistola ametralladora y revólver. Luego del inc. 19º a 25º se definen otros elementos tales como cartucho o tiro, munición, transporte de armas, ánima, estría o macizo, punta, estampa de culote.-

3.1.Convención Americana: Pero también es menester recurrir, tal como lo hace Víctor REINALDI, a una definición de arma de fuego que realiza la Convención Interamericana Contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados de la OEA del 13/11/97 aprobada por ley 25.449 (B.O. 14/8/01) donde se considera “arma de fuego: “ a) cualquier arma que conste de por lo menos un cañón por el cual una bala o proyectil puede ser descargado por la acción de un explosivo y que haya sido diseñada para ello o pueda convertirse fácilmente para tal efecto; b) cualquier otra arma o dispositivo destructivo tal como bomba explosiva, incendiaria o de gas, granada, cohete, lanzacohete, misil, sistema de misiles y minas”” (art. I, 3).-

Sin duda esta definición es más amplia que la contenida en el decreto 395/75 en su art. 3 pero en razón de tratarse de una Convención que el país suscribió y por ley ratificó entra dentro de los pactos contemplados en el art. 75 inc. 22º de la Constitución Nacional.-

Sayago disiente con **tal ampliación** de conceptos que brinda la Convención pues cree que se debe dar prioridad a la definición de “arma de fuego” que contiene el Dec. 395/75 por encima de la que proporciona aquélla, ya que a través de la ley 20.429/73 y su reglamentación establece que el Estado Argentino ha fijado el régimen jurídico interno sobre adquisición, uso, portación, transmisión a cualquier tipo, etc. de las armas de fuego y explosivos. “Es decir, ha dado las normas que regulan, de manera minuciosa todas las situaciones que pudieran relacionarse con armas y explosivos comenzando por su clasificación y definición”. En tanto la Convención, según el autor de marras, tiene por objeto específico, de acuerdo a su Exposición de Motivos “**...impedir, combatir y erradicar la fabricación y tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, debido a los efectos nocivos de estas actividades para la seguridad de cada Estado y de la región en su conjunto, que ponen en riesgo el bienestar de los pueblos, su desarrollo social y económico y su derecho a vivir en paz**” agregando que a pesar de tales propósitos la Convención “**...no pretende desalentar o disminuir actividades lícitas de recreación o esparcimiento, tales como viajes o turismo para tiro deportivo o caza, ni otras formas de propiedad y usos legales reconocidos por los Estados Partes...**”.

De allí que mientras la ley y el decreto reglamentario tienen por objeto regular todo lo relacionado con la utilización de armas y explosivos, **dentro del ámbito territorial argentino**, las disposiciones de la Convención tienden a impedir la fabricación y tráfico ilegal de armas, municiones y explosivos **en el ámbito internacional**.

3.2 Conclusión: “En síntesis y por lo expuesto, la mayoría de la doctrina considera que el significado del término “**arma de fuego**” contenido en el vigente art. 166 inc. 2º del C. P., es el que proporciona el **art. 3º inc. 1º del dec. regl. 395/75** y que la definiciones que la Convención Interamericana proporciona al respecto son de específica aplicación a las cuestiones que devienen de las actividades ilícitas de carácter internacional que éstas tratan de perseguir, pero no pueden ser utilizadas para dilucidar una cuestión de derecho interno como la planteada”.) Cnfr. SAYAGO Marcelo (ob. cit. p.48/49).

4. Armas de Guerra: Dentro de las armas de fuego se encuentran las **armas de guerra** definidas en el art. 4 del decreto mencionado y que comprenden las contempladas en el art. 1 y no se encuentran comprendidas en la enumeración taxativa que de las armas de uso civil se efectúa en el art. 5 o hubiesen sido expresamente excluidas del régimen de la reglamentación (armas de uso exclusivo para las instituciones armadas, armas de uso para la fuerza pública, armas, materiales y dispositivos de uso prohibido – a) a i) – materiales de usos especiales y armas de uso civil condicional).

5. Armas de Uso Civil: Este tipo de armas se enumera en forma taxativa en el art. 5 del decreto 395/75 – armas de puño: (a) pistolas de repetición o semiautomática hasta calibre 6,35 mm inclusive, de carga tiro a tiro hasta calibre 8,1 mm con excepción de las tipo “Magnum” o similares; b) revólveres hasta calibre 8,1 mm inclusive con exclusión de los tipo “Magnum” o similares; c) pistolones de caza de uno o dos cañones de carga tiro a tiro calibres 14,2 mm, 14 mm y 12 mm); armas de hombro: (a) carabina, fusiles y fusiles de carga tiro a tiro, repetición o semiautomáticos hasta calibre 5,6 mm inclusive; b) escopeta de carga tiro a tiro y repetición con la aclaración de que las escopetas de calibre mayor a los expresados en el inc. 1 apartado c) cuyos cañones posean una longitud inferior a los 600 mm, pero no menor de 380 mm se clasifican como armas de guerra de “uso civil condicional”); agresivos químicos contenidos en rociadores, espolvoreadores, gasificadores o análogos, que sólo producen efectos pasajeros en el organismo humano sin llegar a provocar la pérdida de conocimiento y en recipientes de hasta 500 cc; las armas electrónicas que sólo produzcan efecto pasajero en el organismo humano y sin llegar a provocar la pérdida de conocimiento – (si bien estas dos últimas son armas de uso civil pero obviamente no son armas de fuego de uso civil); también en el art. 6 se encuentran las consideradas armas de **uso civil deportivo** contenidas en los incs. 1º a 3º y en el art. 8 las armas y municiones de colección sujetas a las especificaciones que en tres incisos se marcan y que no pueden ser utilizadas bajo ningún concepto en actividades de tiro, en caso contrario se debe solicitar su desafectación y autorización de tenencia.-

6. Arma de utilería: Finalmente, dentro de esta categorización se ha introducido un nuevo concepto por medio de la ley 25.885 que es el de “*arma de utilería*”. Como lo afirma la doctrina, esta fórmula utilizada **no ha sido precisamente** un logro pues si se toma el sentido terminológico de la palabra apelando al diccionario “*utilería*” es: “*Conjunto de útiles o instrumentos que se utilizan en un oficio, un teatro, un plató cinematográfico, etc.*”. Algunos se plantean el interrogante si el término “*utilería*” es sinónimo, para este caso, de “*juguete*”, que diccionario mediante, significa: “*Lo que sirve para divertir a un niño*”. En el concepto de muchos autores la primera acepción se acercaría más a lo que sería una réplica, o una simulación de arma, si a eso ha querido apuntar la ley, es decir, a la imitación de algo que es verdadero o real y **no que sea algo burdo, fácil de detectar o advertir.**

De modo que tal como están las cosas, sólo habría una **sutil diferencia** entre lo que es arma de “*utilería*” y arma de “*juguete*” que para la mayoría de los autores, no trae mayores consecuencias.

Jurisprudencia Vinculada:

*“... Concluye en otro párrafo de su trabajo y en lo que a este análisis interesa, que las **armas de "utilería" o réplicas de armas verdaderas**, si bien no poseen el mismo poder vulnerante, tienen la misma aptitud intimidante que las que realmente lo son, **habiendo equiparado la ley 25.882 el uso de éstas a las de aquéllas porque importa una violencia intimidante contra la persona, que es la razón de la agravante incorporada en el último párrafo del nuevo art. 166 inc. 2º del Cod. Penal.** (conf. autor y obra citada en La Ley Online).*

En definitiva, de acuerdo a las probanzas incorporadas y en función de los extremos que se tienen por debidamente acreditados, solo cabe concluir que Marcelo Miguel Lemos, con su conducta, ha realizado los elementos del tipo objetivo y subjetivo de la figura prevista en el art. 166 inciso 2º último párrafo del Cód. Penal, esto es, el delito de Robo Agravado por el Uso de Arma cuya Aptitud para el Disparo no ha podido ser Acreditada...”. (Cnfr. Autos Tribunal de Juicios y Apelaciones de la Ciudad de Paraná, Voto del Dr. Miguel Angel GIORGIO, en Autos“

LEMOS, Marcelo Miguel S/ ROBO AGRAVADO – Art. 166 Ultimo Párrafo del Código Penal. Legajo: 0032. Sentencia del 25 de noviembre de 2.014).-

Conclusiones: A partir de todas las consideraciones efectuadas hasta este momento, la cuestión podría resumirse en estos ítems:

a) Antes de la reforma llevada a cabo por la ley 25.882 al art. 166 inc. 2º del Código Penal la doctrina y jurisprudencia era conteste en afirmar que el empleo de un arma falsa o de juguete – de esta manera se denominaban – **no se consideraba un agravante del robo** sino que formaba parte de la violencia utilizada en el hecho, el cual se tipificaba como **robo simple** (art. 164 C .P.).

b) A partir de los cambios introducidos por la mentada ley se incorpora el concepto de “**arma de utilería**”, parificándola con el arma de **fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo acreditada**, se agrava el robo con una pena que va de **tres a diez años** de reclusión o prisión.-

c) Si bien es cierto que, un sector minoritario de la doctrina nacional se apegó a las definiciones dadas por el diccionario en cuanto a los términos “**utilería**” y de “**juguete**”, lo cual obviamente desde ese punto de vista **no significa lo mismo**; lo cierto es, que **la gran mayoría de los autores**, trata de superar dicha dicotomía y se enfoca en el carácter intimidante del objeto utilizado que lo caracteriza como armas falsas, simuladas, imitativas, símil de armas y **las equipara** también a las de juguete.-

d) El empleo del concepto de “**arma de utilería**” **no está restringido solamente a las armas de fuego** sino a todo tipo de armas, ya que **la norma no distingue**.-

UTILIZACION: Como afirma Rubén Fígari, resulta importante hacer una referencia respecto del uso del arma. Boumpadre hace hincapié en que el robo debe ser “**cometido con armas**”, **no resultando suficiente para configurar la agravante la sola portación del arma, salvo que ella sea**

significativa o se encuentre exhibida de modo ostensible que demuestre que va a ser utilizada, en igual postura se inscriben Breglia Arias . Gauna

A su vez, Dàlessio a lo antes dicho de al hacerlo significativamente, pone los siguientes ejemplos, **“abriéndose el saco, levantándose la remera, haciendo el ademàn de extraerla” pero entiende que no se agrava por el hecho de que el agente solamente haya llevado o portado un arma, aún a la vista de la víctima “ cuando se muestre simplemente”, “ y aunque se la lleve a la vista, si esto, dadas las circunstancias del caso, no constituye una intimidación”.**

Por último, vale la pena aclarar, que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia sostienen que es necesario que el arma **sea utilizada** para que constituya una agravante, como un medio intimidatorio o vulnerante con el objeto de doblegar la resistencia que eventualmente pueda oponer la víctima, siendo usada en cualquiera de las tres secuencias del robo: antes de prepararlo, para facilitararlo, en el acto de comisión o la posteriori para procurar su impunidad.-

Cabe aclarar -para el supuesto de que hayan participado varias personas en un robo - y que se compruebe que **sólo uno** de ellas haya utilizado un arma en el hecho ilícito, la agravante le **alcanza a todos**, a menos que se demuestre que el resto de los participantes desconocían su existencia, habiendo entonces **un exceso** en uno de los co autores por los cuales el resto no deberá responder.-

CUYA APTITUD NO PUDO ACREDITARSE POR NINGUN MODO:

Jurisprudencia Vinculada

Interpretación: (Acreditación del empleo - no ofensividad).

“...Explica Iván Tolnay, respecto al fundamento de la agravante analizada, que: “...Sin embargo, no es difícil advertir que la razón de que la imposibilidad de tener esa circunstancia por acreditada implique una pena sensiblemente menor que la prevista en los dos primeros párrafos

del inc. 2 del nuevo artículo, es que no podría afirmarse que corrió peligro la vida o la integridad física de la víctima. **Por ello, aquella expresión sólo puede ser interpretada en sentido amplio, de modo de abarcar cualquier circunstancia que impidiese este peligro... El mayor poder intimidatorio que tiene el uso de un objeto con apariencia lesiva es lo que justificó una pena más severa que la prevista para el robo simple.**

Pero el hecho de no poder acreditarse su ofensividad, cualquiera sea su causa, es lo que da sentido a una pena incluso inferior a la prevista para el robo con arma” (ver trabajo “Las nuevas figuras de robo con arma introducidas por la ley 25.882” de Tolnay, Iván C. Publicado en: LA LEY 24/09/2004, 1).-

Es contundente Edgardo Donna cuando afirma que “...La utilización de la frase “arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada” es una expresión compleja que intenta cubrir normativamente todos los casos en que el autor actuó con un arma, que por diversas razones no ha podido comprobarse si era ella apta para el disparo...la expresión normativa se refiere a los casos de ausencia de secuestro del arma empleada en el robo, pues en el caso contrario, esto es, si el arma ha sido secuestrada, se podría realizar la pericia que demostraría si es apta o no. Se ha tenido en cuenta la posición de la víctima. Ella dice que el arma es tal y eso la intimida de igual manera que si el arma fuera apta...” (Cfr. DONNA, Edgardo Alberto. “Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-B-, Pág.224, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2007).-

Es que, compartiendo las consideraciones vertidas por el autor citado, la agravante del robo con armas se justifica no sólo en el mayor

poder intimidante que ella ejerce con el objetivo de favorecer el desapoderamiento de la cosa robada, sino en el peligro concreto que genera para otros bienes jurídicos: vida, salud, integridad corporal.-

Así, los detallados y precisos dichos de las víctimas de autos quienes en sus declaraciones testimoniales ... describieron el arma blandida por el encartado en la emergencia y las demás diligencias probatorias colectadas durante el proceso, llevan ... a la aplicación de la figura legal contemplada en el artículo 166, inc.2º, 3º párrafo del Código Penal.-

En este sentido ha fallado la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “...pese a la falta de secuestro de aquélla (arma de fuego), cinco testigos y el propio imputado afirmaron su concreta existencia... (del Dictamen del Procurador)...”

“...La sentencia recurrida no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias fácticas comprobadas en el proceso. Ello es así en la medida en que de las declaraciones del conductor del colectivo y de los pasajeros surge que por lo menos pudieron observar un arma...” (“ARANDA MARTIN Y LOPEZ, OSCAR GABRIEL”. Sentencia del 12/3/96).-

Este criterio fue reiterado por el Alto Tribunal de la Nación en la causa: “Giménez Alfaro, Eduardo”, sentencia del 03/10/2002.-

Asimismo, la postura mencionada fue mantenida luego de la reforma introducida por la 25882 en autos: “Villarruel, Diego Jesús”, resuelto el 27 de mayo de 2004 y “Tedesco, Juan C. y otros”, sentencia del 09/05/2006.-

A mayor abundamiento debo puntualizar que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha dicho:

“...En este sentido habiendo en el sub lite prueba del empleo de arma ...mas no de su ofensividad, debe aplicarse –por su mayor benignidad– el nuevo texto del art. 166 inc. 2° párrafo 3° del Código Penal, ley 25.882 ...(arts. 2° del Código Penal; 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)... si se tuvo por acreditado el empleo de arma, pero al no haberse producido el secuestro de ella como así tampoco haber sido utilizada en un sentido que permitiese conocer su idoneidad, no resulta plausible tener por comprobada su aptitud. De modo tal que a la luz de la materialidad ilícita acreditada corresponde subsumir el presente evento ilícito en los parámetros del nuevo art. 166 inc. 2° párrafo tercero del Código Penal –texto según ley 25.882–, por resultar el mismo más favorable al imputado de conformidad con lo normado por el principio de mayor benignidad antes referido (P. 84.952, sent. del 8/VIII/2007)...”. (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, sentencia del 28/11/2007, autos: “V., J. C. s/robo calificado por el uso de armas”).-

De esta manera se advierte que la reforma ha trastocado (en lo que refiere al robo con arma cuya aptitud para el disparo no se ha

podido acreditar y el robo con arma de utilería) el fundamento de la agravante del robo con armas, ya que se observa en este último párrafo del artículo 166 una preponderancia de la tesis subjetiva, que otorga relevancia a la intimidación sufrida por el sujeto pasivo independientemente del poder vulnerante del objeto. En similar sentido opinó Reinaldi, Víctor Felix, en “El robo con armas”, trabajo publicado en La Ley Córdoba, año 2004(septiembre), pág. 769 y ss.-

Centrándonos en el análisis del tipo penal aplicado por el tribunal de mérito al sub júdice, hay acuerdo en la doctrina en que la expresión utilizada por el legislador –“arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada”- es equívoca, pero a mi entender, la fórmula acuñada en el dispositivo legal en análisis se refiere a los casos en los cuales el arma no ha podido ser habida y por ende, no se ha podido someter a una pericia balística que permita determinar fehacientemente su aptitud funcional.-

Si bien en el presente caso el arma de fuego no fue secuestrada, existen pruebas que acreditan su utilización, razón por la cual no puede exigirse la prueba de idoneidad para el disparo.-” (Cnfr. Sala Penal del S.T.J.E.R. en Autos “ TRINIDAD, José A. S/ Robo Calificado Recurso de Casación .Expte, Nº 3357. 2.008- Cámara de Concordia), Sentencia del 28 de noviembre de 2.008).

CAPITULO V

ROBOS AGRAVADOS

Por lesiones graves y gravísimas

Art. 166: *“Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años: 1. Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91”.*

Como se podrá observar, la normativa remite directamente a los artículos 90 y 91 para definir las lesiones graves y gravísimas, de allí que sea necesaria su literal transcripción:

Art. 90: *“Se impondrá reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro.”*

Art. 91: *“Se impondrá reclusión o prisión de tres (3) a diez (10) años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir”.*

Seguidamente, analizaremos brevemente los tipos penales objetivos de las diferentes figuras:

A.-) Las LESIONES del Art. 90:

Introducción: Sostiene la Dra. Maria G. Cortazar, que con fines analíticos el artículo se lo puede dividir en cuatro figuras diferentes: a.- las debilitaciones y/ o dificultades permanentes, b.- el poner en peligro la vida del ofendido, c.- la inutilidad laboral por más de un mes y d.- la deformación permanente del rostro.

a) Las debilitaciones permanentes: En esta figura se incluyen todos los casos en que la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra. Se presentan en todos los casos dos características comunes: **el debilitamiento y la permanencia;** debiendo agregarse que la permanencia es la persistencia y continuidad del resultado por tiempo prolongado sin que se requiera la perpetuidad.

Debilitación permanente de un sentido: Debe iniciarse para el análisis de este tipo, con la definición del término “sentido”, debiendo entenderse por tal a la facultad y los medios por los cuales se reciben los estímulos externos. Los cinco sentidos son la vista, el oído, el tacto, el olfato y el gusto. Desde el punto de vista jurídico, sentido refiere a la totalidad de la función, considerándose en su aspecto fisiológico y no en el exclusivamente anatómico, ya que varios órganos pueden contribuir en el cumplimiento de una función única.

Debilitación permanente de un órgano: Para la figura en estudio, la palabra “órgano” debe ser entendido con sentido fisiológico y funcional, de modo tal que desde el punto de vista el tipo penal interesa más que el órgano en sí mismo, el desarrollo de la función orgánica. La relevancia de definir el concepto de este modo está dada por el hecho de que es posible que varios órganos sirvan a una misma función, de modo que la pérdida de alguno de ellos solo configura un debilitamiento porque implica una disminución funcional. Si una persona le extraen un riñón, un testículo o un ovario, la función ya renal, 9 Art. 89 a 91 - Maria G. Cortazar o reproductiva seguirá funcionando, aunque en términos de

menor plenitud, por lo cual habrá debilitamiento. Esta solución sólo se da cuando los órganos actúan conjuntamente en la función.

Debilitación permanente de un miembro: La figura penal consiste en la disminución de movimientos, habilidad o fuerza de los miembros del cuerpo humano. Debe entenderse por tal a los brazos y piernas de las personas, extremidades éstas que se articulan con el tronco. No resulta necesario para la configuración del tipo penal que sobrevenga la destrucción o amputación de la extremidad en cuestión.

Dificultad permanente de la palabra: El resultado de la lesión que tipificará esta figura será todo aquel inconveniente, mecánico o mental, que con permanencia en el uso de la palabra como medio de comunicación e interrelación social. Es posible que la dificultad esté dada para usar las palabras, emitirlas, pronunciarlas o construirlas y el origen puede estar en una lesión en los órganos que operan en la mecánica de la palabra (dientes, lengua, paladar, cuerdas vocales) o en los centros cerebrales que intervienen en el habla o tener una causa psicológica (emocional). Lo relevante para definir la tipificación es que la persona esté afectada en su comunicación verbal y vea disminuida su posibilidad de darse a entender por medio del habla. Es importante definir entonces que, si la persona por la lesión pierde, por caso, su dicción o pronunciación perfectas, que poseyera antes de sufrirla, pero se puede expresar y dar a entender sin dificultad, no habrá lesiones graves. El término dificultad y el calificativo “permanente” son esenciales para esta figura.

b.- el poner en peligro la vida del ofendido: Es necesario que el peligro **no sea potencial** sino que la víctima haya sufrido **un real riesgo de perder su vida**. La agravación de la lesión está dada, justamente, por la inminente peligrosidad producida por la lesión para la vida del ofendido. Es esencial dejar en claro que el peligro para la vida no existe por grave y peligrosa que haya sido la lesión sino porque se encuentren presentes en la víctima, **a partir de la lesión**, las manifestaciones de inminencia del desenlace mortal. Resulta relevante además el nexo causal, esto es que la mera producción del riesgo en la vida de la víctima

no alcanza sino que debe ser causado por el sujeto activo y que esta situación haya sido conocida por el autor, toda vez que estamos en presencia de un delito doloso. Para el supuesto caso de que el resultado generado resultara imprevisible subjetivamente, el autor sólo responderá por lesiones leves. Inversamente, **si era previsible el peligro para la vida de la víctima, pero en el caso concreto no fue querido por el autor, su responsabilidad será por lesiones leves en concurso real con lesiones culposas.**

c.-) Inutilidad para el trabajo por más de un mes: En esta figura, el resultado exigido por la norma como consecuencia de la acción lesiva, está dado por la verificable imposibilidad de la víctima de desarrollar **actividad laborativa**, entendida ésta **en sentido general**. Esto significa que configura el delito de lesiones graves si se determina la incapacidad por ese período, aunque el sujeto pasivo no tuviese trabajo o no estuviese en una etapa laboralmente activa por su edad: (niños o ancianos). También es de destacar que el legislador penal es este caso ha sido indiferente a cualquier consecuencia de pérdida o disminución patrimonial de la víctima por la incapacidad para trabajar. Es ello así de modo tal que, aunque la víctima siga percibiendo su ingreso por el trabajo que no realiza durante el período de tiempo que las consecuencias de la lesión se lo impiden, si ese período **es superior a un mes**, la lesión grave está configurada. El lapso de tiempo que fija la **ley debe contarse de acuerdo al artículo 77 del Código Penal**. Cabe destacar, que dicha norma - léase art. 77 - remite a las disposiciones del Código Civil la forma de contar los plazos, las que en síntesis disponen:

*“ Cuando el plazo no se ha fijado en días **sino en meses**, las reglas para el cómputo **son distintas**. Mientras en el cómputo por días se debe contar día tras día hasta completar la cantidad fijada en el plazo, en el caso del cómputo por meses se debe considerar mes a mes, hasta completarla cantidad de meses fijada como plazo y el cómputo culmina en el día de mes final que corresponde al del mes de inicio”.*

Jurisprudencia Vinculada

Lesiones Leves. Incapacidad laboral.

“... Desde este punto de vista, es dable señalar que la crítica casacionista apunta, en definitiva, a desnudar lo que considera una errónea subsunción típica, desde que las lesiones provocadas por el agente –se afirma- no pasan de ser apenas lesiones leves.-

*En los términos del art. 166 inc. 1º, del Código Penal, habida cuenta que **no existe en autos elemento probatorio alguno que determine que las mismas incapacitaron para el trabajo a la víctima por más de treinta días**, la conducta del imputado resulta ajena a la descripta por su tipo, enfatizando en ese sentido que **no es lo mismo el tiempo de incapacidad laboral que el tiempo de tratamiento o de curación de las lesiones, como así que los únicos elementos probatorios debidamente incorporados al debate no hacen sino señalar como mayor a treinta días el período de rehabilitación, más no el de incapacidad, que es el que prevé el dispositivo legal a la hora de agravar la figura básica de lesiones...**”.* (Cnfr. Sala Penal S.T.J.E.R. en Autos “**VALUSSI, Oscar E. - Robo agrav. por escalamiento y otros - REC. DE CASACION**”. [Expte. Nº2570, pág. 23, L.III, Año 2003 -- Jurisd.: Cámara de Guleguay], Sentencia del 3 de mayo de 2.004).-

d.-) Deformación permanente del rostro: En el análisis de esta figura, la discusión doctrinaria se centra básicamente en dos conceptos: deformación y rostro. La doctrina es divergente en estos puntos. En cuanto al primero de los términos, alguna doctrina entiende que la idea de deformación no implica que deba existir una alteración que cause repulsión, bastando que la misma modifique la simetría, que destruya la armonía o aún la mera belleza del rostro. Otro sector, en sentido opuesto, critica esta postura indicando que de ser así, cualquier marca, hasta con mínima perceptibilidad constituiría lesión grave dado que debería considerarse que altera la armonía del rostro. Esta opinión requiere que al menos la modificación del rostro cause una imagen de fealdad sin que sea necesario que sea repulsiva. La jurisprudencia ha entendido suficiente para agravar la lesión, la presencia de una malformación del rostro que le quite, con carácter permanente, la belleza o armonía estética previa . No se ha requerido que la imagen llegue al horror o

repugnancia. En cuanto al término “rostro”, también se ha dividido la doctrina ya que algunos autores entienden que en virtud de la motivación social de la agravante, por la evidencia de la lesión y el perjuicio para la interrelación con otros, debe extenderse el concepto. Anatómicamente hablando el rostro es la parte del cuerpo limitada en su parte superior por la línea normal de implantación del cuero cabelludo en la frente, en su parte inferior por el borde del maxilar inferior y lateralmente por los pabellones auriculares. Los que bregan por la extensión del concepto de rostro a aquellas partes que culturalmente se exhiben descubiertas, cercanas a la cara, tales como el cuello y la parte superior del pecho en las mujeres. Hay quienes entienden que no resulta necesaria una extensión interpretativa del concepto de rostro, ya que la ley no exige que la lesión o secuela quede ubicada dentro de éste o en este, sino que produzca y se observe como una pérdida de armonía, como una deformación del rostro, de modo que este afeamiento del aspecto del rostro puede, por ejemplo producirse por la destrucción o alteración de partes que se encuentran fuera de los límites anatómicos. No importa en definitiva dónde esté localizada la marca, o herida o secuela, sino que se perciba como deformante del rostro, tal como puede ser una lesión o marca en el cuello , por ejemplo. De todas formas, para el sector tradicional de la doctrina esta forma de análisis sigue significando una interpretación extensiva y agravante de los términos típicos ya que por más que se analice, rostro es sinónimo de cara y en tal sentido resulta forzado que pueda tenerse por deformación permanente del rostro, a una herida o marca, producida en el pecho o cuello, aunque sea visible y horrorosa. Respecto de la permanencia de la deformación ésta se configura cuando no es previsible que por medios naturales desaparezca, siendo indiferente que sí pueda modificarse por medios quirúrgicos o que pueda disimularse (maquillaje). No debe entenderse permanente como perpetuo.

Jurisprudencia Vinculada:

Precisiones del Concepto "miembro".

Minusvalía funcional de una mano; Lesiones Graves.

"... En efecto, esta Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal ha tenido ocasión de tratar el punto y establecer:

*"... en primer lugar debe aclararse que la mano no es un "miembro", entendido éste como una de las extremidades inferiores o superiores que se insertan en el tronco, sino que **tan sólo es "parte" de un miembro**, por lo cual, **su pérdida física o funcional** no puede importar jamás la pérdida de un miembro en los términos del art. 91, **sino tan sólo su debilitación** conforme lo prevé el art. 90 del Código Penal -así lo propone el recurrente-.-*

*Por otro lado, si de lo que se trata es de **la pérdida funcional de la mano**, lo cual podría inferirse de los términos de la sentencia que se impugna, deben afinarse aún algunas definiciones al respecto para poder llegar con el rigor científico que una sentencia requiere, a una opinión definitiva.-*

*De inicio, es dable advertir que la mano, como tal, no se ha debilitado, sino que ésta ha sufrido **una minusvalía funcional**, entendida como órgano de la aprehensión, y digo una disminución de la función orgánica **y no su pérdida total**, como parece propiciarlo el a-quo, toda vez que cuando la función, en este caso de aprehensión, es cumplida por más de un órgano indistintamente, **la pérdida total de la misma sólo puede derivar de la pérdida total de aquéllos, sea por su desaparición física, sea por su inoperatividad funcional.-***

De esta manera lo ha entendido también el grueso de la doctrina nacional; así, Sebastián Soler, refiriéndose a las lesiones graves (art. 90, Cód. Penal), señala:

"La ley se refiere, finalmente, a la debilitación permanente de un miembro. Por miembro ha de entenderse una de las partes del cuerpo que se insertan en el tronco, consideradas individualmente y no por pares. En este punto, sin embargo, es preciso tener en cuenta que, como muy bien lo observa Rojas, la mano y el pie están dotados de cierta autonomía anatómica y funcional, de manera que la pérdida total de las dos manos constituye propiamente pérdida de un órgano, el órgano de la aprehensión, de modo que en este caso entraría a

funcionar la agravante del art. 91, aún cuando no importase la pérdida total de un miembro" (cfr.: aut.cit., "Derecho Penal Argentino", T. III, p. 126, Ed. T.E.A., Bs.As., 1963. En idéntico sentido: NUÑEZ, Ricardo C., "Derecho Penal Argentino", T. III, pág. 209, Ed. Bibliográfica Omeba, Bs.As., 1963; CREUS, Carlos, "Derecho Penal, Parte Especial", T. I, págs. 83/84, Ed. Astrea, Bs.As., 1983; TERAN LOMAS, Roberto A. M., "Derecho Penal, Parte Especial", T. 3, pág. 238, Ed. Astrea, Bs.As., 1983; dentro de la ciencia médica forense: BONET, E. F. P., "Medicina Legal", T. 1, 2da. edic., pág. 432, Ed. López Librero, Bs.As., 1980); también el Derecho Penal español, dentro de una más compleja y casuística clasificación de los delitos contra la integridad física, divididos en lesiones -imprudentes, leves, menos graves, graves, muy graves y muy graves calificadas- y mutilaciones -propriadamente dichas, menos graves y graves- permite a los autores una similar interpretación, indicando Joan J. Queralt Giménez, en relación a la mutilación grave, que "se trata de castigar la causación intencional de disfunciones físicas o psíquicas irreversibles o incurables como, p. ej., la ceguera. En los órganos pares, la pérdida de uno no constituye mutilación grave; en cambio, sí su pérdida, cuando, previamente, el sujeto pasivo no gozaba del otro" (cfr.: aut.cit., "Derecho Penal Español, Parte especial", 3ra. edic., pág. 78, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1996).-

Aclarado entonces que la "pérdida funcional de la mano", hecho apuntado en la sentencia impugnada como esencia de la lesión motivante, no importa pérdida de un miembro ni pérdida de la función orgánica desarrollada por la parte del cuerpo humano dañada, en este caso la función de aprehensión manual, al haberse perdido tan sólo -y dicho esto último sin menoscabo de la lamentable y terrible situación de la víctima a la cual fue injustamente llevada por el accionar de Leonetti- la posibilidad de oponer el dedo pulgar al resto de la mano, no se verifican configurados ninguno de los extremos típicos del art. 91 del Cód. Penal, habida cuenta que dicha lesión determina la disminución de aquella función en los términos del art. 90 del mismo cuerpo legal sustantivo" (cfr. "LEONETTI, Lucas S.L. - Lesiones gravísimas y robo en grado de tentativa Recurso de Casación", sentencia del 27/08/1998.-

Es que como bien lo señala Donna, el "término órgano también debe ser entendido en sentido fisiológico y funcional. Es decir, más que el órgano en sí, lo que importa es el desarrollo de la función orgánica. En

otras palabras, por miembro debe entenderse a la parte corporal diferenciadas que es susceptible, a diferencia del órgano, de directa percepción visual como algo claramente delimitado del tronco, lo que permite incluir en el concepto a las extremidades, al pene, la nariz, en la medida en que quepa atribuirles una función propia, diferenciada del órgano o aparato en el que se suelen integrar. Esto es fundamental porque puede ser que varios órganos sirvan para una única función, de manera que la pérdida de uno de ellos implica simplemente un "debilitamiento". Como afirma Bonnet, el órgano visual, el auditivo, el respiratorio, el renal y el de la reproducción, están constituidos por los dos ojos, los dos oídos, los dos pulmones, los dos riñones, los dos testículos o los dos ovarios, de manera que la pérdida de uno de los órganos constituye lesión grave y no gravísima. Si a un individuo le extraen un riñón o un testículo, el órgano renal y el reproductivo respectivamente, pueden seguir funcionando, por lo que existirá sólo un debilitamiento (ver Derecho Penal, parte especial, t.I, págs.166/167 y 177, edición Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, año 1999; y la cita de un fallo de la Cámara del Crimen del 17/11/61, anotado por Guillermo J.Ouviña, en L.L., t.110, p.603).-

Del mismo modo lo enseñaba el Profesor de la Universidad de Palermo Italia-, Guiseppe Maggiore, al establecer como "graves" este tipo de lesiones, porque "órgano" es una parte del cuerpo humano que tiene determinada capacidad funcional (por ejemplo, los dedos, los dientes, que en reducido número delimitan la masticación, los ojos, los testículos, etc.). "Debe entenderse, pues no solamente el sentido anatómico-fisiológico, pues la razón de esta agravante está en el debilitamiento de las funciones ... Es permanente la pérdida de alguno de los órganos dobles (como de un ojo, con tal que el sujeto pasivo no haya nacido con uno solo, de un riñón, de un testículo, etc.) porque puede haber compensación funcional entre ambos órganos..." (cfr.Derecho Penal parte especial-, vol.IV, Delitos en particular, págs.348/350, 2da.edición Temis, Bogotá, año 1972).-

Consecuentemente, al quedar acreditado para el sentenciante de grado en este proceso que como consecuencia del accionar reprochado a JORGE ORLANDO MENDEZ se extirpó a su víctima un solo riñón que es uno de los dos componentes del órgano habilitado para realizar la función renal-, únicamente se provocó un debilitamiento funcional del

mismo, ya que no medió la total pérdida anatómica o de su uso, por lo cual el encuadramiento típicamente correcto es en el art.90 del C.Penal, como Lesiones Graves, no en el art.91 del C.Penal, en el carácter de Lesiones Gravísimas.-

*En tal virtud, propicio se haga lugar al Recurso de Casación incoado a fs.369/374 contra la sentencia de fs.329/368 y, en su consecuencia, se deje sin efecto la pena asignada en función de la errónea subsunción en el art.91 del C.Penal a título de Lesiones Gravísimas- del accionar del condenado JORGE ORLANDO MENDEZ, que por ello se casa y se la sustituye por la de Lesiones Graves, encuadrándolo en el art.90 del C.Penal e imponiéndole en definitiva Tres años y tres meses de prisión de efectivo cumplimiento, con la declaración de tercer reincidente y demás accesorias legales, en razón de las previsiones y pautas contenidas en los arts.5,9,12,40,41,42,50 y 90 del C.Penal y de la ponderación de los mismos parámetros tenidos en cuenta por el Sr.Vocal que comandó el acuerdo al cual adhirieron sin reservas sus dos Colegas que estuvieron en el debate plenario oral-, a fs.365/366, aplicados a la escala sancionatoria de la nueva figura seleccionada, lo que torna innecesario el reenvío a la instancia de grado a esos fines. (Cnfr. Sala Penal del S.T.J.E.R. Autos "**MENDEZ, JORGE O. - Lesiones gravísimas - RECURSO DE CASACION**" (Causa Nº 2653/2004 // Cámara de Gualeguay). Sentencia del 30 de mayo de 2.005).-*

B.- Las LESIONES del Art. 91: Conforme lo remarcará la Dra. María Graciela Cortazari, este artículo contiene los supuestos de resultado lesivo que traen aparejada la **punición más grave** para aquellos que realizan las acciones que las provoquen.

Se amenaza con penas altas, tanto en su mínimo como en su máximo (de tres años a diez), la producción de: **a)** Enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable; **b)** Inutilidad permanente para el trabajo; **c)** Pérdida de un sentido, un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro; **d)** Pérdida de la palabra; y **e)** Pérdida de la capacidad de engendrar o concebir.

a.-) Enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable: implica un proceso patológico, ya no se trata acá de un

debilitamiento en el estado de salud, sino que la exigencia normativa requiere que la enfermedad que se advierte en la víctima sea cierta o probablemente incurable.

Para ello es necesario determinar si la víctima podrá a la luz de las posibilidades presentes y con pronóstico razonable volver o no a gozar de salud. Si no fuera posible, estaríamos ante una afección irreversible.

Es exigible para la tipificación de esta figura, de un pronóstico de **absoluta certeza o alta probabilidad**.

Si resulta apreciable porque persiste la evidencia que así lo indica en la víctima, que el proceso patológico desencadenado por la lesión (enfermedad), se encuentra activo, se está ante la presencia de una enfermedad cierta o probablemente incurable, aunque la gravedad haya disminuido.

Habrá que tener presente, que la enfermedad puede ser – como lo señala la ley expresamente-, mental o corporal.

Son mentales aquellas enfermedades que afectan las facultades psíquicas o mentales del sujeto. En esta figura deben incluirse los casos de lesiones que producen una enfermedad que lleva finalmente a la muerte de la víctima. En esos casos, aunque la víctima muera al cabo de cierto tiempo, se tipificarán lesiones gravísimas y no homicidio, salvo que existiera la intención de matar en el sujeto activo al momento de desplegar la acción y contagiar la enfermedad.

b.-) La inutilidad permanente para el trabajo: Para la tipificación de esta lesión gravísima se requiere un diagnóstico certero de que la víctima no podrá volver a trabajar *de por vida*.

c.-) Pérdida de un sentido, un órgano o un miembro o del uso de un órgano o miembro: resultan válidos y aplicables los conceptos ya analizados de sentido, órgano y miembro, al estudiarse las lesiones graves. En este artículo se requiere **la pérdida** del sentido, órgano o miembro y en el caso de estos dos últimos; aunque cabe aclarar, que

también tipifica como lesión gravísima, la pérdida del uso del órgano o miembro, de modo tal que en estos casos **no se requiere la eliminación anatómica** sino que es suficiente con que la víctima no pueda volver a usar el referido órgano o miembro sin que le sea extraído o amputado.

d.-) Pérdida de la palabra: En este caso no se está ante una dificultad para expresarse o comunicarse, como es el caso de las lesiones graves. Habrá lesión gravísima por pérdida de palabra cuando la víctima presente una **absoluta imposibilidad** de darse a entender oralmente, siendo indiferente que se conserve la facultad emisora de sonidos, cuando no exista posibilidad de articulación.

e.-) Pérdida de la capacidad de engendrar o concebir: Se trata de aquellas lesiones que provocan esterilidad (incapacidad de reproducirse) cualquiera sea el medio que la produzca. La capacidad de engendrar debe estar presente en la víctima al momento de producirse la lesión, *aunque fuera potencial* como en el caso de los niños, por **eso no pueden ser sujetos pasivos** de este tipo de lesión los **ancianos** o personas que **hayan perdido su capacidad** de engendrar o concebir.....

Jurisprudencia Vinculada (1)

"... Así, no es posible aceptar, ni siquiera a modo de mera hipótesis, que las lesiones proferidas por el mismo a la víctima ARANGUREN queden enmarcadas en la figura propuesta de LESIONES GRAVES ya que emerge de las constancias de la causa -cfr. informe del Médico Forense de fs. 180 practicado por el Dr. SULIMAN-, que las heridas sufridas por la víctima pusieron en peligro la vida del mismo ya que tuvo que ser trasladado de urgencia, primero a Ramírez y luego en ambulancia a Paraná, para ser intervenido quirúrgicamente en forma rápida y, luego, pasado a la Unidad de Terapia Intensiva, consignándose, además, en la historia clínica de fs. 133/168 emitida por el "Sanatorio La Entrerriana" de esta ciudad de Paraná, lo relativo a la intervención quirúrgica, la consecuente internación, la extirpación del bazo, etc...". (Cnfr. Sala Penal del S.T.J.E.R. en Autos "CORDOBA, Juan A. - Tentativa de Homicidio - REC. DE CASACION".- [Expte. Nº 3109, pág. 127, L.III, Año 2007 --

Jurisd.: Cám. en lo Criminal, Gualeguay]. Sentencia del 29 de octubre de 2.007).-

Jurisprudencia vinculada (2)

"... En este sentido, el Dr. Orsini a fs. 12 indicó expresamente que las lesiones padecidas por la víctima eran graves y reservadas porque debían ser evaluadas nuevamente a las 48 horas-, lo que torna vacuo e inoficioso el planteo del defensor técnico del encausado, quien solo hace referencia a la calificación de "reservadas" de las lesiones olvidando el carácter de "graves" que se consignó en el mentado informe.-

Pero además de lo expuesto, la calificación de las heridas que efectuó el galeno actuante tampoco tiene la gravitación que pretende darle el casante, porque las agravantes del delito de lesiones estipuladas en los artículos 90 y 91 del Código Penal tienen en cuenta criterios jurídicos que exceden los de la ciencia médica- y que van desde el debilitamiento permanente o pérdida de la salud, un órgano, un sentido o un miembro hasta su pérdida hasta el tiempo de inhabilitación laboral que provoca.-

Entonces, estoy en condiciones de afirmar que no existen dudas de que la conducta ilícita enrostrada a Vani cuya materialidad y autoría no están en discusión- encuadra en el tipo penal establecido en el artículo 90 del Código Penal, es decir, lesiones graves, toda vez que la víctima sufrió un importante menoscabo de su integridad y salud física- bien jurídico protegido por la figura aludida- al verse debilitada o disminuida la función masticatoria como consecuencia de la pérdida de varias piezas dentarias- y porque la fractura de la octava costilla le ocasionó una incapacidad para realizar tareas laborales por un periodo superior al mes, tal como lo relató Lozada quien en la audiencia de debate cfr. acta de fs.151/1550- dijo que no pudo trabajar por cuatro meses.-

Por todo lo expuesto, creo que no hubo inobservancia ni errónea aplicación de la ley sustantiva, desde que no se avizora la existencia de una omisión de cumplir con el precepto jurídico dentro del cual se subsumen los hechos juzgados, ni aplicación de una norma distinta de aquella que contempla el suceso in examine, ni tampoco mala interpretación de su mandato Cfr. DE LA RUA, Fernando, "La Casación Penal", pág. 38, Ed. Lexis Nexis, año 2006-. (Cnfr. Sala Penal del S.T.J.E.R

en Autos “**VANI, JULIO ROBERTO RAMON - LESIONES GRAVES - RECURSO DE CASACIÓN**” (Expte. Nº3829 Año: 2010. Jurisdicción: Juzgado Correccional de Nogoyá). Sentencia del 22 de diciembre de 2.010).-

defensapublica.com

Dr. Alejandro María Giorgio

CAPITULO VI

ROBOS AGRAVADOS DEL art. 167

ARTICULO 167: Se aplicará reclusión o prisión de tres a diez años:

1º. Si se cometiere el robo en despoblado;

2º. Si se cometiere en lugares poblados y en banda;

3º. Si se perpetrare el robo con perforación o fractura de pared, cerco, techo o piso, puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas;

4º. Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 163.

A) Concepto de Despoblado:

Artículo 167: *“Se aplicará reclusión o prisión de TRES a DIEZ años:*

1º Si se cometiere el robo en despoblado;

Jurisprudencia Vinculada

Concepto de despoblado.

Interpretación

“[...] el recurrente sostiene la inexistencia de despoblado afirmando que el solo hecho de la ubicación geográfica del inmueble [...] no es elemento suficiente para tener por acreditada la agravante en cuestión, afirmando que -según la doctrina- el lugar de ubicación del inmueble debe estar alejado de otras viviendas, lo que hace presumir un estado de indefensión de parte de la víctima, quien se vería privada de auxilio,

agregando que, al no vivir allí el damnificado, no existe indefensión y, por tanto, no se configura el tipo agravado.-

Este agravio no puede tener acogida favorable pues el despoblado como agravante es un concepto valorativo que no sólo tiene en cuenta la menor protección de la víctima, imposibilitada de recibir auxilio, sino también que tiende a proteger los bienes dejados en lugares poco frecuentados o bien, desamparados, pues precisamente es allí, donde el ofensor tiene mayores posibilidades de concretar -impunemente- su cometido (entre otros: CREUS – BUOMPADRE, T. I, p. 467, DONNA, Derecho Penal, PE., t. II, B, p. 172).(Cnfr. Sala Penal del S.T.J.E.R. en Autos “ VANI, Julio Roberto R. S/ Robo en despoblado –Recurso de Casación. Expte.Nº 3714. Sentencia del 5 de abril de 2.010).-

B.-) Concepto de “ banda”

Artículo 167: *“Se aplicará reclusión o prisión de TRES a DIEZ años:*

*1º ... 2º Si se cometiere en lugares poblados y en **banda**;*

Jurisprudencia Vinculada.

Concepto de “banda” - Interpretación.

“... En cuanto al otro injusto doloso que se le enrostra a Rodríguez y que damnificó a la familia Aguiar Frank, sostuvo que es parcialmente incorrecta la calificación legal del ilícito, porque el concepto de “banda” que emplea el legislador es el del art. 210 del C.P., que requiere el acuerdo asociativo de finalidad ilícita indeterminada y con cierto grado de permanencia. El traslado conceptual al art. 166, inc. 2º o al 167, inc. 2º del C.Penal sin dichos requisitos, es decir, la mera concurrencia de tres o más personas, constituye una integración analógica in malam partem inconciliable con el principio de legalidad fundante de un Derecho Penal Republicano y dejó expresa constancia que no comparte la interpretación que ha efectuado el Fiscal.-

Aclaró que esta parcial disminución de la magnitud de injusto no se ve reflejada en una cuantificación menor de la penalidad, porque siempre queda la mayor cuantía del ilícito por el número de coautores, aunque no conformen una banda, toda vez que incrementa el desvalor de acto de los atacantes.-

*Postuló que la adecuación típica correcta del hecho no es la adoptada en el fallo (la gravedad intermedia del uso de armas cuya aptitud no pudo demostrarse) sino la genérica del Robo con Arma Impropia, pues el arma fue usada como objeto contundente al herir gravemente al propietario del domicilio. (Cnfr. Sala Penal del S.T.J.E.R. en Autos: “**RODRIGUEZ, Luis E. – MASTRACHIO, Raúl H. s/ROBO CALIF. POR EL USO DE ARMA – s/RECURSO DE CASACION**”. Sentencia del 12 de noviembre de 2.014).-*

C.-) Circunstancias del Art. 163. (Reformas introducidas mediante la ley 25.890 - “Campestre”).

Conforme lo resalta la propia norma, para analizar el inc. 4º del art. 167, habrá que observar las modificaciones introducidas al art. 163 el que seguidamente se transcribe:

Artículo 163: *“Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes:*

1º Cuando el hurto fuere de productos separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo o de productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares, dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de los cercos;

2º Cuando el hurto se cometiere con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín o aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado;

3º Cuando se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o de llave verdadera que hubiese sido sustraída, hallada o retenida;

4º Cuando se perpetrare con escalamiento.

5º Cuando el hurto fuese de mercaderías u otras cosas muebles transportadas por cualquier medio y se cometiere entre el momento de su carga y el de su destino o entrega, o durante las escalas que se realizaren.

6º Cuando el hurto fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público.

Fuente: Texto original TO Decreto 3.992/84 según Fe de erratas. Inciso 1º sustituido por Ley 25.890 art. 2º. Inciso 3º sustituido por Ley 24.721, art. 1º inc. 2.

Introducción: Seguidamente serán analizadas “partes” de las reformas introducidas mediante la ley 25.890 (B.O 21/05/04).

Puntualmente se introdujeron modificaciones en la Parte General en el Título XIII: “Significación de conceptos empleados en el Código” en el art. 77 define el término “**establecimiento rural**” y en el Título VI “Delitos contra la propiedad” se modifica el art. 163 inc. 1º, se crea un **capítulo autónomo**, el II bis, que **contempla el abigeato** en sus arts. 167 ter, **agravantes** del mismo en el 167 quater con seis incisos y 167 quince que castiga al funcionario público o a la persona que se dedique a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de productos o subproductos de origen animal (art. 167 quater inc. 4º) imponiéndoles una inhabilitación especial, además de la condena, por el doble de tiempo y una multa.-

No obstante ello, en el presente trabajo sólo serán examinadas las modificaciones introducidas en el inc.1º del cart. 167, es decir, **no se examinara** las reformas efectuadas sobre la figura del abigeato, ni sus agravantes como tampoco sus especiales sanciones.-

DEL INCISO 1º “... Cuando el hurto fuere de productos separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo o de productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares, dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de los cercos;

1) Hurto campestre, de cercos y abigeato.

Según Donna el inc. 1º del art. 163, antes de la reforma, podía ser subdividido en **cuatro tipos penales** diferentes de acuerdo al objeto de la sustracción:

- a) abigeato o hurto de ganado que se agrava cuando son más de cinco cabezas de ganado mayor o menor y se realiza por un medio motorizado para el transporte;
- b) el hurto campestre;
- c) el hurto de maquinaria o implementos y
- d) el hurto de alambres u otros elementos de los cercos, causando su destrucción total o parcial.

La característica que los identifica a todos, **es el lugar** donde estos hechos se cometen; los que brevemente expuesto, quiere decir, haber sido dejados **en el campo**, expuestos a la buena fe de los terceros, fuera de la custodia del dueño o del legítimo tenedor.-

Como hicimos referencia, actualmente el abigeato ha pasado a integrar un capítulo aparte y en el inc. 1º ha quedado el hurto de productos separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo y se agregan los productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares, dejados en el campo y el hurto de alambres u otros elementos de los cercos, al que se le suprime la frase “*causando su destrucción total o parcial*”, conforme se desarrollará seguidamente.

1.b) Hurto campestre: Una vez más, el art. 163 inc. 1º a partir de la reforma instrumentada por la ley 25.890 ha quedado redactada de la siguiente forma: “*Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes: 1) cuando el hurto fuere de productos separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo o de productos agroquímicos,*

fertilizantes u otros insumos similares, dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de los cercos”.-

Comencemos por decir, que el art. 2329 del C.C. habla de los frutos naturales y las producciones orgánicas de una cosa, los cuales forman un todo con ella. La nota a dicho artículo menciona que los frutos no son accesorios de las cosas. Frutos son los que la cosa regular y periódicamente produce sin alteración ni disminución de su sustancia; producto de la cosa son los objetos que se separan o se sacan de ella y que una vez separados, la cosa no los produce, y que no se pueden separar de ella sin disminuir o alterar su sustancia, como las piedras sacadas de una cantera, o el mineral sacado de las minas. Ninguna distinción hay que hacer entre frutos y productos en cuanto al derecho del propietario pero sí en cuanto al derecho del usufructuario. El art. 2424 del C.C. alude a que son frutos naturales las producciones espontáneas de la naturaleza. Los frutos que no se producen sino por industria del hombre o por la cultura de la tierra, se llaman frutos industriales. Son frutos civiles las rentas que la cosa produce.-

En realidad la noción de productos tal como lo enuncia **la fórmula penal no se corresponde con el concepto civil**, pues como se ha visto hace una distinción con los frutos naturales.

Nuñez considera que se debe tratar de productos vegetales porque son los que se separan del suelo quedando excluidos los productos minerales que se sacan o se extraen del suelo y los productos animales que no se separan del suelo, pues mientras en las explotaciones agrícolas es necesario dejar los productos en el campo, no acontece lo mismo con las explotaciones mineras, lo cual en realidad implica una negligencia. Así también lo piensa Fontán Balestra.

Para Soler no existe razón alguna para considerar los productos minerales que son verdaderamente productos, como excluida de esta protección “a nuestro juicio resulta infundado excluir a ciertos *productos* de la protección acordada por la ley indistintamente a todos los *productos*. Por otra parte, la razón de la tutela reforzada vale tanto para las industrias agrícola-ganaderas como para las exportaciones

minerales de ciertas clases de yacimientos en los cuales, como en una salina, los productos son separados del suelo y dejados en esa situación algún tiempo antes de ser transportados". En igual sentido Tozzini, Creus, Donna, Buompadre).-

La gran mayoría de autores considera adecuada esta última posición al no hacer distinción de productos vegetales y minerales, el fundamento de la protección estriba no tanto en el aspecto de la naturaleza, sino en el lugar o situación de desprotección en que se encuentran. La ley de reforma parece dar una pauta, pues de acuerdo a lo dispuesto por el art. 167 quater inc. 4º, también alcanza a los productos animales, en razón de que se agrava el abigeato cuando participare en el hecho una persona que se dedique a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de *productos o subproductos de origen animal*.

Como la norma lo explica, los productos deben encontrarse **separados del suelo** al momento de la sustracción. Dicha separación **debe ser por obra del hombre** (de quien tiene derecho a hacerlo) y no de la naturaleza, pero no se estará en presencia de la agravante si la separación es llevada a cabo por el mismo autor de la sustracción, o por un partícipe, al sólo efecto de la sustracción. **Los frutos caídos de una planta como consecuencia de una tormenta pueden ser objeto de hurto.-**

Finalmente con respecto al párrafo "dejados en el campo" se requiere que el bien objeto de protección haya sido "dejado en el campo", vale decir, en un sitio carente de protección o custodia por parte del hombre.

En opinión de Rubén Fígari, acierta Laje Anaya y sus colaboradores cuando aseveran que el caso del inc. 1º tiene una gran similitud con el hurto de vehículos del inc. 6º, pues la nota común que los une es el hecho de haber sido "dejados", los primeros en el campo y los segundos en la vía pública o lugar de acceso público, la diferencia radica en que los animales se mueven (hacen referencia a la anterior redacción del inc. 1º) por sí mientras que los vehículos hay que moverlos.

En realidad ahora hay que considerar que tanto los productos separados del suelo como los agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares y las máquinas e instrumentos de trabajo también hay que moverlos.-

1.c.1) **Hurto de máquinas, instrumentos de trabajo**: La norma del inc. 1° del art. 163 hace alusión también a la sustracción de: *“máquinas, instrumentos de trabajo... dejados en el campo...”*.-

Cabe especificar que la figura está referida a todo tipo de maquinaria o instrumento, sean mecánicos (tractores, arados, rastras, cosechadoras) o de cualquier otra naturaleza (guadañas, hoces, puntales, lonas, etc.) que están destinados específicamente a la producción, separación, recolección, extracción de los productos del suelo se trate ellos de naturaleza vegetal o mineral (vagonetas, perforadoras, etc.). La agravante **no alcanza** a aquellos vehículos, como por ejemplo **camionetas o camiones**, que si bien pueden estar afectados al trabajo rural **no están destinados a la explotación agrícola o mineral**. En este caso sería de aplicación la **agravante contenida en el inc.6° o en el art. 167 inc. 4°**, según se trate de un hurto o un robo.-

La sustracción que comprende la agravante puede ser también de carácter parcial, por ejemplo apoderarse de la batería de uno de los vehículos mencionados o de la bomba inyectora de una cosechadora o tractor.-

La calificante requiere que tales maquinarias o instrumentos hayan sido dejados en el campo de conformidad con el sentido que se le ha dado a esta terminología en el anterior ítems. Refiere Creus que: *“dándose tal circunstancia, no importa la razón de ser de la dejación: puede originarse en una necesidad (p. ej. no haber podido mover la maquinaria del lugar por acontecimientos naturales u obstáculos de otra índole), en razones de la explotación misma (máquina que no se puede trasladar una vez instalada), por comodidad en la realización de la explotación (arado que se desengancha para seguir la tarea al día siguiente en el mismo lugar), aún por culpa del propio tenedor o de un tercero (instrumento olvidado en el lugar de la explotación)”* . Al hablar

como en los otros casos de las cosas o bienes dejados en el campo, desde luego que si los mismos se encuentran alojados en galpones cerrados o sitios inmediatos a lugares habitados, la agravante no funciona.-

1.c.2) **Productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares.**

Se ha incorporado mediante la reforma que se mencionó *ut-supra* el hurto de “... *productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares...*” con lo cual se actualiza la norma en el sentido de que últimamente esta naturaleza de productos **es utilizada en forma habitual y constante para elevar el rendimiento de los campos potenciando su rentabilidad.** Al utilizar el vocablo “otros insumos similares” deja abierta la posibilidad a otros productos que requiera la industria agrícola. Tal como ocurre con los otros supuestos analizados anteriormente, éstos también tienen que estar “*dejados en el campo*”.-

1.d) **Alambres y otros elementos de los cercos.**

La última hipótesis consignada en el inc. 1° del art.163 hace alusión a: “... *o de alambres u otros elementos de los cercos*”.-

El fundamento de tal agravante no tanto estriba en la naturaleza de los elementos sustraídos sino en cuanto a la función de cercamiento la cual no se trata únicamente de limitar una propiedad, sino que radica en la protección que del mismo depende el ganado y los productos agrícolas. “El alambrado sirve para la conservación y custodia del inmueble: si éste no se encuentra protegido por medio de esas líneas materiales de separación, el cuidado de los animales propios se dificulta, y la protección contra invasiones ajenas se hace difícil. Una forma de atentar contra esa propiedad consiste en destruir los cercados, de manera que puedan penetrar fácilmente al campo animales ajenos que se alimentan en él”.-

Con el hurto de los alambres u otros elementos de los cercos se deja de cumplir la función específica de manera que se vulnera la seguridad y la riqueza ganadera y agrícola. “La razón de esta protección

más rigurosa de la tenencia de la cosa mueble ajena, es el interés en la función rural de los *cercos*. Esta función del cerco no es la de fijar los términos o límites de los fundos, sino la relativa a la seguridad de la riqueza ganadera agrícola. Donde quiera que el cerco esté destinado a cumplir esta función el hurto de sus elementos podrá ser calificado, aunque, por su ubicación, no se pueda decir que está en el campo”.-

El hurto no se califica si el apoderamiento recae sobre alambres u otros elementos que en definitiva debilitan el cerco, siempre y cuando éste continúe cumpliendo su función de cercamiento, separación, protección. De la misma manera se debe adoptar este temperamento cuando el desapoderamiento tiene por objeto alambres u otros elementos destinados a la construcción de un cerco, pero que todavía no están incorporados a éste, o sobre elementos que pertenecieron a un cerco y fueron sustituidos por otro o era de un cerco ya destruido, en este caso se trataría de un hurto simple.-

Creus señala que el hecho de que la ley no se refiera a los cercos con el aditamento “dejados en el campo”, tal como lo hacen los otros casos, no es factible interpretar que se incluyan en la agravante los cercos que no son rurales, ya que el silencio de la ley en tal sentido se justifica, puesto que los cercos no pueden ser “dejados”, sino que son “plantados” o “construidos”. Nuñez tiene una interpretación más extensa.-

En la acepción “cercos” quedan comprendidos todo tipo de ellos, ya sean alambrados, pircas, cercos de ramas, de palo o pique, etc.. Estrella y Godoy Lemos al adherir a esta posición añaden que cuando la ley utiliza la conjunción disyuntiva “u” (usada como “o” para evitar el hiato) que denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más cosas, cuando dice “... alambre u otros elementos de los cercos” se está refiriendo no sólo a los demás elementos que componen un cerco de alambre, sino también a cualquier otro elemento con el que alternativamente con alambre, se puede construir un cerco, sean piedras, ramas, maderas, palos o cualquier otro material. En contra Nuñez quien considera que la ley no se refiere a cualquier especie de cerco, sino a los construidos con alambre u otros elementos (postes, varillas, torniquetes y puertas).En igual sentido Laje Anaya.-

La ley 17.567 había eliminado la última frase referida a que se hubiese causado la destrucción total o parcial del cerco, aduciendo que “el objeto de la supresión fue evitar las dificultades que se presentaban para distinguir esa hipótesis de las del robo y el robo agravado. La doctrina y la jurisprudencia se habían dividido en el sentido de sostener que los medios violentos, tales como cortar el alambre, que causaban la destrucción del cerco caían dentro del inciso que analizamos o bien en la figura básica del robo o en la agravada del mismo prevista en el inc. 4° del art. 167 anterior a la reforma. Además, una cosa es apoderarse de los elementos del cerco, y otra distinta destruir éste. ¿Cómo pueden ser quitados alambre o postes de un cerco sin destruirlo al menos parcialmente?”. Pero esta supresión no tuvo mayor rédito ya que la doctrina siguió considerando que aún la destrucción con despliegue de fuerza normal seguía comprendida en esta figura y no en la de robo o robo calificado. La reforma establecida por la ley 25.890 vuelve las cosas a la ley 17.567 y a la 21.338 pues suprime la frase “causando su destrucción total o parcial”.-

Algunos sostenían (Gómez, Díaz, Molinario y Oderigo) que al destruir total o parcialmente un cerco, lo cual era imposible sin ejercitar fuerza, el legislador había incurrido en error previendo como hurto un hecho constitutivo del delito de robo y de esa manera debía calificarse. Es más, Molinario entendía que el robo debía calificarse.-

Nuñez refería que el modo de la destrucción resulta indiferente respecto del tipo delictivo pues en él cabe la destrucción con fuerza en los elementos de cercos y la que se realiza sin ella, de manera que calificar como robo el apoderamiento con fuerza en esos elementos, conduce al resultado ilógico de que el uso de la fuerza, que demuestra mayor criminalidad lleva al hecho a una pena menor (art. 164). El apoderamiento con fuerza en los elementos de los cercos sin su destrucción total o parcial no excluye el tipo del art. 162 porque no lleva el hecho al art. 164, pues el sentido de la calificante del art. 163 inc. 1° es el de que sin esa destrucción total o parcial, cualquier modo del apoderamiento carece de eficacia para agravar el delito simple.-

Soler se inclina por la absorción en el sentido que aduce que dentro de esta figura se encuentran absorbidas ciertas formas de fuerza en las cosas y el daño necesariamente causado a los cercos pues de lo contrario la figura casi no tendría aplicación teniendo en cuenta que para hurtar alambre es inevitable cortarlo y dejar el cerco muy perjudicado, lo cual siempre llevaría a otras calificaciones.-

Lo concreto es que con la redacción actual, el hurto se califica con el apoderamiento de los alambres u otros elementos del cerco, con prescindencia de que éste sea destruido total o parcialmente o no, tal como lo entendía la anterior configuración de la norma. De modo que tal apoderamiento constituirá hurto o robo, según lo que resulte de aplicar las normas que caracterizan a uno u otro delito, ya que para el inc. 4º del art.167, en el que se prevé el robo, agravado por circunstancias de diversa naturaleza, rige idéntica fórmula pues en definitiva remite al inc. 1º del art.163. En igual sentido Manigot.-

DEL INCISO 4º “..Cuando se perpetrare con escalamiento”.

Jurisprudencia Vinculada (1)

Criterio Interpretativo.

“... En orden a la calificación legal otorgada al suceso, cuestiona el recurrente la aplicación de la figura prevista en el artículo 167 inc. 4º del CP., al entender básicamente que no se encuentra acreditado -de acuerdo a la valoración que realiza del testimonio brindado por el vecino CEPARO, fs. 49/50-, el ingreso de FLORES, como tampoco explicado, según alega, si ascendió o descendió, postulando finalmente la imposibilidad de configurar el escalamiento ante la existencia de otras vías, todo lo cual, a su juicio, impide aplicar la agravante tal cual lo hiciera la sentencia de grado.-

Ahora bien, según se valora en la sentencia atacada, los muros perimetrales del domicilio del Señor FERRO, conforme los instrumentos agregados en autos, tienen una altura de 3,20 a 3,50 metros, por tanto,

es obvio que FLORES debió superar esas barreras predisuestas para ingresar al lugar, sin que resulte relevante si para tal fin, debió en primer lugar escalar las paredes o edificaciones vecinas, lo cierto y contundente es que, mediante esfuerzo corporal, venció los elevados obstáculos -muros- y de ese modo accedió al predio, tal como efectivamente pudo ser constatado en autos.-

Sentado ello, no le asiste razón al recurrente al indicar que no se encuentra probado el escalamiento, pues como bien refiere la sentencia, los obstáculos fueron vencidos mediante la actividad desplegada por el sospechado, sin importar a los fines de la calificación legal, si para tal cometido utilizó los techos de las viviendas vecinas, escaleras, propulsores o lo que fuere que le permitiere superar la altura de 3,20 a 3,50 metros, toda vez que la calificante tiene su razón de ser en mayor esfuerzo que supone burlar el "reparo defensivo pre-constituido", ingresando o escapando por una vía no destinada al efecto -ver: SOLER, Derecho penal argentino, T.IV, p. 224 y ss., D'ALESSIO, Código penal, p. 397.-

Por otra parte, no es cierto que la actividad delictiva no haya sido acreditada, de un simple repaso de la prueba valorada en la sentencia, se desprende con claridad que FLORES fue aprehendido por personal policial en el interior de la finca del damnificado FERRO, a la que -como dije- accedió previo superar las defensas predisuestas y una vez allí, utilizando una barreta, violentó la puerta-ventana posterior de la vivienda, lo que resulta constatado -entre otros elementos- con el parte de fs. 1, el acta de fs. 2/3, el croquis de fs. 6, el acta de secuestro de fs. 7, la testimonial de CÉPARO -fs.10, 49/50-, la constatación de fs. 13, la testimoniales de FERRO, OROZCO, DURAN, CORONA, ISAURRALDE, GONZÁLEZ, DÍAZ -fs.17, 46/47, 18, 34/35, fs.22, 41/42, fs. 36/37, 38/39, 43/44, 76- el acta de fs. 19, las fotografías de fs. 21 y la planimetría de fs. 74.-

En definitiva, con ese material, se puede establecer con el grado de certeza necesaria requerida para arribar a una condena, que el imputado ingresó al predio, violentó la puerta-ventana del inmueble al que accede y una vez en el interior y revisó desordenadamente todo el lugar -ver acta de fs. 4/5-, para ser luego aprehendido allí mismo por la prevención, al ser alertada ésta por un vecino que informó que había personas en los techos, recuperándose los elementos sustraídos tal como

nítidamente lo ilustran los instrumentos reseñados -en particular acta de fs. 19 y las fotografías de fs. 21- y las diversas testimoniales rendidas en autos.-

*Por lo expuesto, corresponde homologar, en todas sus partes, la sentencia dictada en autos y en consecuencia rechazar el recurso de casación incoado por la defensa técnica del imputado FLORES...".(Cnfr. Sala Penal del S.T.J.E. en Autos: **"FLORES, Eduardo A. s/Robo calif. por escalamiento en gr. de tent. s/REC. CASACIÓN"**. [Expte. Nº 4023, pág. 74, L. IV, Año 2011 - Jurisd.: Sala en lo Penal, Cám. Conc. del Uruguay]. Sentencia del 23 de agosto de 2.014).-*

Jurisprudencia Vinculada (2)

Egreso del Hogar.

"Que, tal como lo resalta el Sr. Vocal que comandó el Acuerdo, si bien para ingresar a la finca donde se cometió el ilícito el encartado procedió a romper uno de los vidrios de la puerta que comunica con el patio interior de la vivienda ..., el mismo perpetró el escalamiento requerido por la ley cuando a fin de poder consolidar su maniobra de apoderamiento de la cosa mueble ajena, con la cual pudo salir tras vencer la cerca predispuesta y trepar a los techos para huir del escenario del suceso, oportunidad en que llevaba consigo parte del botín previamente sustraído evitando la detención por parte del personal policial y demostrando mayor obstinación delictiva, lo que le permitió huir del lugar por los techos de las fincas vecinas.-

*Que, es indudable que en la descripción del factum, tal como lo señaló el Ministerio Público Fiscal, el escalamiento se concretó con la única finalidad de perpetrar y consumir la sustracción y obtener la efectiva disponibilidad de los bienes, conforme lo impone el tipo agravado de figuración. El autor se vio obligado a salir de esa manera con la cosa robada para asegurarse el botín..., lo que demuestra en forma incontrastable que, de acuerdo a las probanzas incorporadas, **el accionar delictivo no podría haberse perpetrado sin el egreso del encausado del lugar del suceso en la forma en que lo hizo, trasponiendo por los techos y con esfuerzo físico los límites de la propiedad asaltada a los fines de –***

reitero- consumir el apoderamiento ilegítimo y no ser descubierto por las fuerzas del orden.-

Que, adquiere entonces superlativa relevancia dañosa para el bien jurídico tutelado la maniobra desplegada por DUARTE y revela su mayor obstinación delictiva, lo cual justifica la selección más rigurosa efectuada por el sentenciante y apoyada por el Ministerio Público Fiscal en la figura agravada del art. 167, inc. 4º, con reenvío al art. 163, inc. 4º, del Cód. Penal, tenida en cuenta como tal precisamente por ello –cfr. “RAMOS, Antonio Marcelo – Robo con escalam. y Hurto de automotor – Robo en despobl. y Hurto simple – ACEVEDO, Rodolfo – Resist. a la autoridad – RECURSO DE CASACION” (sent. del 24/04/96)-, razón por la cual cabe concluir que los argumentos expuestos por la recurrente para obtener una calificación del hecho menos gravosa no pueden tener auspicio, toda vez que, más allá de su esfuerzo defensivo, los fundamentos que abonan la pieza “sub examine”, en modo alguno han quedado desvirtuados o conmovidos a fin de modificar lo resuelto en la instancia de grado.-

*En sentido coincidente al expuesto ut supra, en el caso “Rojas, Carlos Alberto y otro – Procesamiento – Robo Calificado”, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional sostuvo: “En primer término **hay que dejar en claro que nuestra ley no exige, como requisito de la calificante, la penetración.** Si el legislador hubiese querido incorporarla, como exigencia, la letra de la norma debería decirlo, tal como ocurrió con el texto del anterior inciso tercero del artículo 163 del código de forma –modificado por ley 24.721-, que expresamente suprimió la frase que reclamaba que la utilización de ganzúas, llaves falsas u otro instrumento semejante, debía ser para penetrar al lugar donde se halla la cosa objeto de sustracción.-*

***En consecuencia, no hay dudas que el robo es perpetrado con escalamiento, cuando para consolidar su poder de disposición sobre la cosa, el sujeto activo necesita como en el caso-, vencer las defensas predisuestas.** En esa línea ha dicho Soler: “...el valor del cerco como defensa no puede ser despreciado, pues su función es también la de impedir que el objeto sea llevado”. (Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tea, Buenos aires, 1967, T. IV, pág. 215).-*

*En esa línea es claro el ejemplo que brinda Creus. Señala el autor: “**No se puede decir, en efecto, que el que habiendo penetrado por la***

puerta al lugar donde se encontraba la cosa, advirtiendo que no podía ser extraída por allí, la sube al muro y una vez en él, elevando su persona hasta el mismo lugar, desciende con ella del otro lado, no haya vencido la defensa predispuesta por el medio de escalamiento...". (Creus, Carlos, *Derecho Penal, parte especial*, Astrea, Buenos Aires, 6ta. Edición, 2da. reimpresión, 1999, t. I, pág. 415).-

Además existe un dato irrefutable: el escalamiento se ha llevado adelante, como requiere la norma, para perpetrar la sustracción. El fin ha sido ese, apoderarse de las cosas, no otro.-

No hay dudas, a criterio de la Sala, del acierto de la aplicación de la agravante (cfr. sent. del 7/08/03).-

Esa posición fue receptada también por la Cámara 2da. en lo Criminal y Correccional de Mar del Plata, Sala III, in re: López, Hugo J., sentencia del 16/02/1995, haciendo girar la cuestión alrededor de la perpetración, sin distinguir si el escalamiento la hizo necesaria para ingresar o salir de la propiedad asaltada, resaltando que: "...Si para la consumación el autor acude al plus de vencer esos obstáculos mediante el acto de escalar, y de tal manera consigue llevarse la "res furtiva", forzoso es concluir que el delito ha sido perfeccionado en la forma agravada prevista por el art. 163 inc. 4º Cód. Penal, (o, si al caso cuadrare, el art. 167 inc. 4º, Cód. Penal)(...)" (cfme. asimismo Sala V, in re "MESA, Carlos W., res. del 31/05/95 y caso "SORIA", C. y otro", Boletín de Jurisprudencia, Nº 4, año 1991, Cámara Nacional Criminal). (Cnfr. Sala Penal del S.T.J.E.R, en Autos "DUARTE, CRISTIAN M. – ROBO CALIFICADO POR ESCALAMIENTO – RECURSO DE CASACION".- [EXPTE. Nº 3152/135/2007]. Sentencia del 12 de febrero de 2.008).-

DEL INCISO 6º "... Cuando el hurto fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público.

Jurisprudencia Vinculada

Mayor desprotección.

"... Sentado ello e ingresando ya al tema de la calificación legal otorgada al evento, no encuentro atendibles los argumentos vertidos por el casante toda vez que, del análisis del plexo probatorio, emerge nítido

*que la moto fue dejada en un lugar abierto, de acceso público, lo que significa “mayor desprotección” forzosa para el dueño de la cosa -entre otros autores cfr. D’ALESSIO, Código Penal, PE., p. 400 y ss., DONNA, Derecho Penal, T. II “B”, p. 85 y ss-, por tanto, la sustracción en esas condiciones trae aparejada la aplicación de una sanción penal mayor que la prevista para el hurto simple...”. (Cnfr. Sala Penal del S.T.J.E.R en Autos “ **ZANARDI, Mario Silvestre J. s/Hurto de vehículo automotor dejado en la vía pública – REC. DE CASACION**”. [Expte. Nº 3812, L. IV, pág. 35, Año 2010 // Jurisd.: Jdo. Correccional, Nogoyá]. Sentencia del 13 de septiembre de 2.010).-*

2) Hurto de ganado.

Como se ha apuntado más arriba el abigeato, o hurto de ganado, que se encontraba inserto como agravante en el art. 163 inc. 1º ha sido traspolado y se le ha asignado un capítulo especial consignado como Capítulo II bis, que contiene una norma básica (167 ter) con un último párrafo donde se agrava el abigeato consistente en la sustracción de cinco o más cabezas de ganado mayor o menor utilizando un medio motorizado para el transporte – circunstancia idéntica a la anterior pero con un incremento en la pena mínima -, otra referida a las agravantes (167 quater) y una (167 quinque), atinente al funcionario público y a las personas referenciadas en el inc. 4º, a quienes en caso de condena se le adiciona la inhabilitación especial por el doble de tiempo de aquélla y se le aplica una multa equivalente de dos a diez veces el valor del ganado sustraído.-

defensapublica.com

Dr. Alejandro María Giorgio

CAPITULO VII

ROBOS AGRAVADOS

Por la Calidad de funcionario de Sujeto Activo

Art. 167 “bis” dispone: “ *En los casos enunciados en el presente Capítulo, la pena se aumentará en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando quien ejecutare el delito fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario*”.

Fuente: Incorporado por Ley 25.816 art. 3º.

La ley 25.816 introdujo dos artículos de similar contenido en el Título “**De los delitos contra la propiedad** “ para el caso de los hurtos y los robos – **Art. 163 bis y 167 bis** – que tienen como única finalidad, la de elevar la penas en su mínimo y máximo en razón de la calidad funcional del sujeto activo de la relación delictual.

Es de destacar, que con anterioridad, la Ley 25.601 calificó el homicidio, al agregar el inc. 8 ° disponiendo: “***el que matare a un miembro de la fuerza de seguridad pública, policiales o penitenciarios, por su función, cargo o condición***”.

Posteriormente, en el mismo artículo – Art.80 - se incorpora el inc. 9° por medio de la Ley 25.816, se califica al homicidio cuando “***es cometido*** “ por un miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario “***abusando de su función, cargo o condición***”. En síntesis, como resulta fácil de advertir, aquí tales funcionarios revisten la calidad de **sujeto activo**, mientras que en la del inc. 8º la de **sujeto pasivo** del delito de homicidio.-

Cabe resaltar, que también la calidad del sujeto activo ha sido incorporada como agravante en los delitos de abusos sexuales, coacciones y secuestros de personas, a saber:

Del art. 119 inc. "e)" establece: *" El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, **en ocasión de sus funciones**;*

Del art. 142 bis inc. 5º dispone: *"Cuando el agente sea funcionario o empleado público; o pertenezca o haya pertenecido a alguna fuerza de seguridad u organismo de inteligencia del Estado".*

Del art. 170 inc. 5º reza: *"Cuando el agente sea funcionario o empleado público; o **pertenezca o haya pertenecido** a alguna fuerza de seguridad u organismo de inteligencia del Estado.*

Como afirma **Rubén Fígari**: *"Tratando de realizar un interpretación armónica y razonable de las diferentes normas que se han mencionado, entiendo que en el caso del art. 80 inc. 8º, tal como se expresó, el sujeto pasivo puede ser integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario tanto **en actividad como en retiro**, según se adujo. En el caso del art. 80 inc. 9º no caben dudas que se refiere a dichos miembros **en actividad** pues la misma norma expresa **"abusando de su función o cargo"**. El mismo razonamiento cabe para el art. 199 inc. e) **"en ocasión de sus funciones"**. Pero para los arts. 142 bis inc. 5º y 170 inc.5º el personal a que hace referencia la normativa con los vocablos **"pertenezca o haya pertenecido"** engloban tanto al personal **activo como al retirado**.*

*Y ante el silencio que se guarda sobre el particular en los arts. 163 bis y 167 bis debe interpretarse que hace referencia al personal **en actividad**, de otro modo, no se advierte en qué se sustenta el agravamiento de la pena en los delitos tales como el hurto y el robo. Es decir, que dichos ilícitos se deben cometer en " uso de sus funciones" o " abusando de las mismas".*

Agregando seguidamente:

Se observa en la redacción el párrafo “ **...cuando quien ejecutar el delito fuere...**”. La palabra “**fuere**” consiste en el tiempo de verbo que gramaticalmente, es el pretérito imperfecto del modo subjuntivo que está indicando una probabilidad de que sea un miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario. En cuanto a la utilización del verbo “**ejecutar**” (no usual en las normas punitivas del CP debe interpretarse de acuerdo a los parámetros establecidos por los arts. 45 y 46 del CP).

Por su parte, **Gustavo Arocena** afirma respecto de los arts. 163 bis y 167 bis, que a diferencia de lo que sucede con el art. 80 inc. 9º se **prescinde de toda referencia al abuso funcional o del cargo**. “*En otras palabras, la satisfacción de todos los requerimientos típicos de la última norma mencionada- la del art. 80 - , reclama que el miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario, mate a otro “abusando de su función o cargo”; en las hipótesis de los arts. 163 bis y 167 bis, esto no es menester: el autor simplemente debe ejecutar el delito...*”. (Cnfr. Auto Cit. en la obra “ La Ley 25.816 y el hurto, el robo y el homicidio cometido por miembros integrantes de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario, B de F, Montevideo, BsAs, 2005, pág. 123/24).-

Refuerza la postura mencionada, las consideraciones efectuada por la senadora Halak (como miembro informante) al señalar: “

“..Uno de los principales y más graves síntomas de este deterioro (se refiere a la seguridad de nuestro país) es la cada vez más frecuente participación de personal policial en hechos delictivos. Por ello, es fundamental crear mecanismo legales capaces de inhibir el crecimiento de este fenómeno...El presente proyecto crea sanciones más severas para aquellos miembros de las fuerzas de seguridad que en ejercicio de sus funciones actúen con una conducta absolutamente contraria a la que deberían ejercer. Sabemos que ese comportamiento está restringido a una pequeña porción de los agentes de seguridad, pero es innegable que

*crece en la sociedad la sensación de deterioro de toda la fuerza... Entiendo, entonces que **no podemos castigar con igual rigor por la comisión de un delito, a un ciudadano común que a aquel quien la sociedad le confirió un poder especial, precisamente para evitar el delito...***". (Cnfr. Antecedentes Parlamentarios N° 1, febrero de 2.004, pág. 328, La Ley).-

CAPITULO VIII

DISPOCISIONES GENERALES del Código Penal

Agravantes:

a.-) Intervención de un menor de 18 años.

Artículo 41 Quáter: *“Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de DIECIOCHO años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en UN TERCIO del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo”.*

Jurisprudencia Vinculada (1).

Incremento de la escala penal para el imputado mayor.

“...resulta apropiada la aplicación de la agravante del artículo 41 quarter del Código Penal, ya que el incurso al cometer este segundo hecho utilizó a un menor de edad -de entre ocho y nueve años- para perpetrar el robo.-

Precisamente el citado artículo, que fue incorporado al Código Penal por ley 25.767, establece una agravante genérica que incrementa un tercio del mínimo y del máximo la escala penal aplicable a cualquier mayor que participó en un hecho delictivo cometido con la intervención de menores de dieciocho años.-

Sobre la figura legal analizada, ha opinado la jurisprudencia, sosteniendo que:

“...es la mera intervención de un menor de edad en un determinado hecho delictivo el que habilita la aplicación de la agravante en cabeza del mayor que lo acompañaba. De ello se sigue, entonces, que al efecto de su imposición no resulta relevante que se acredite un dolo específico por parte de quien sea mayor de edad (confr. en este sentido, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa N° 5450, reg. N° 7270,

“Umaño, Héctor Abel s/rec. de casación”, rta. el 20 de diciembre de 2004; esta Sala, causa N° 6411, reg. N° 8231, “Veliz Herrera, Jorge Luis s/rec. de casación”, rta. el 3 de noviembre de 2005; causa N° 6587, reg. N° 8517, “Silva, Gabriela Natalia Anabel s/rec. de casación”, del 16 de febrero de 2006.” (Cámara Nacional de Casación Penal, sala I, autos: Flores, Néstor J. y otros, sentencia del 29/06/2006).-

En idéntico sentido, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, al pronunciarse en la causa “H., J. D. – S., J. – S., F. E.”, sentencia del 04/04/2008, ha expuesto que:

*“...cabe aclarar que este Cuerpo, en su actual integración, ha fijado como doctrina que a los efectos de aplicar la circunstancia prevista por el artículo 41 quáter del C.P. es suficiente con acreditar que en el hecho **delictivo participó un menor de dieciocho años** en alguna de las formas previstas como punibles por las reglas del Título VII del Libro Primero del Código Penal (cfr. Acuerdo n° 29/2007, “Ortiz, Diego Hernán s/ Robo en grado de Tentativa”, rta. el 05/07/07)... La razón de ser del agravante **‘no sólo consiste en la protección de los menores desalentando a los mayores en su utilización para cometer delitos, sino también en evitar la corrupción o perversión del menor por parte del mayor...’.-**” (Sala Penal del S.T.J.E.R. en Autos “**MANRIQUE, RAMON GUSTAVO – ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMAS** (CAUSA N° 4721, 1ER.HECHO) Y OT. – REC. DE CASACION”.- [EXPTE. N°3514/AÑO 2009 – JURISD: CÁM.I – SALA II – PNÁ.], Sentencia del 09 de septiembre de 2.009).-*

Jurisprudencia Vinculada (2).

Competencia - Menores

“... Al respecto, cabe apuntar preliminarmente (aunque resulte evidente) que ninguna interpretación puede hacerse en contradicción con el plexo normativo vigente, en especial y para lo que nos interesa en éste caso, el que conforman los Tratados internacionales con jerarquía constitucional, agregados a la Norma fundamental por la Reforma de 1994 (entre ellos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos –cfr. art. 75 inc. 22 CN-). Así, la tarea de dilucidar el verdadero sentido y alcance de una norma no

puede llevarse a cabo sin atender a las normas superiores que condicionan la inteligencia del sentido de sus términos, ni su contenido general. La primera Norma práctica de la Acordada Nº 13/13 reza que en "...los casos que intervenga un menor de edad punible la investigación penal preparatoria estará a cargo del Ministerio Público Fiscal, interviniendo el Juez de Garantías como tal y el Juez Penal de Menores en materia tutelar quien, además dictará la sentencia y, en su caso, su integrativa". Surge evidente que se fija entonces la intervención de dos funcionarios (no tres, como entiende la Sala): en cabeza de uno de ellos, recaen las funciones que hagan al control de las actuaciones en el marco de la Investigación penal preparatoria; y en cabeza del otro, la función tutelar, de dictado de sentencia e integrativa, en su caso. No está discutido en autos que éstas últimas están tan íntimamente vinculadas con los principios de especialidad del derecho minoril, que deben ser llevadas a cabo por un Juez con competencia específica en minoridad; lo que se debate es si resulta necesaria la especialidad de la competencia para las funciones de control de legalidad. Esta Sala ya ha resaltado "... el inconfundible espíritu garantista y tutelar que anima al régimen minoril, acorde con el cual debe interpretarse toda la regulación legal de rango inferior, aún cuando ésta en buena medida haga gala de una discrepante y controversial orientación más alineada, en verdad, hacia un modelo de defensa social, exigiendo al intérprete extremar los recaudos para evitar una aplicación de la ley que pueda resultar contradictoria con el espíritu y la letra de ese derecho positivo fundamental" (cfr. "D.C.I." sent. del 16/08/2000). Siguiendo los lineamientos que emergen de la normativa constitucional implicada, deben considerarse especialmente los motivos que se tuvieron en cuenta para dictar la Acordada en cuestión, que no son más que "unificar el tratamiento que debe otorgarse a los niños y adolescentes que se vean involucrados en hechos presuntamente delictivos..." en el marco del nuevo Código Procesal Penal, y ante la ausencia en éste, de normas fijadas para la materia. Así, los motivos están claramente informados a dotar de una regulación específica, respetuosa de los principios reconocidos constitucionalmente que hacen a la especialidad referida. En esa inteligencia, resulta claro que se prevén entre las Normas prácticas dictadas, soluciones para efectivizar esa especialidad, detallándose las intervenciones que correspondan cuando ese principio podría verse vulnerado (por ejemplo, en las jurisdicciones

que carezcan de Juez Penal de Menores). Resulta evidente entonces, que es precisamente el reconocimiento del principio de especialidad que rige en el régimen minoril el que fundamenta el dictado de las Normas prácticas, y por lo tanto, debe ser el pilar a partir del cual se ensaye cualquier interpretación de sus postulados. Teniendo ello presente, debe ponderarse que en la jurisdicción Concordia, existen dos Juzgados de Familia y Penal de Niños y Adolescentes, el N° 1, a cargo del Dr. Raúl Eduardo Tomaselli, y el N° 2, a cargo del Dr. Rodolfo Guillermo Jáuregui. Por ello, es evidente que en esa jurisdicción no resulta necesario apelar a normas especiales para garantizar los principios de imparcialidad y especialidad, en virtud de que ambos se pueden efectivizar sin dificultades con la intervención de los dos juzgados, sin que el proceso se vea por ello alongado o perjudicado en lo más mínimo. Así, se respetan las directivas que emergen, entre otros, de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 37- 40), Convención Americana de DD.HH (art. 5.5), de las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directriz 52°), las Reglas de Beijing -2.3, 6.1, 6.2 6.3 y 22- y la Observación General N° 10 del Comité de Derechos del Niño (Parraf. 92/93) OC 17/2002, parraf. 120, 68ª ley 9861).-Como vengo sosteniendo, una solución como la que pretende el Dr. Jáuregui, implicaría desconocer los principios rectores que emergen de la Norma fundamental y los Tratados a los que se ha hecho referencia, en pos de una interpretación que atienda solo a la mera literalidad de lo reglado, lo que conduciría a una especie de solipsismo normativo incompatible con la estructura de nuestro sistema jurídico. Por todo ello, soy de opinión que debe hacerse lugar al recurso interpuesto, fijando la competencia para continuar interviniendo en las actuaciones “RÍOS, Matías A. s/Homicidio”, al Sr. Juez de Familia y Penal de Niños y Adolescentes N° 2 de Concordia, Dr. Rodolfo Jáuregui, quedando a cargo del Juzgado del Dr. Tomaselli toda actuación que refiera a la materia tutelar, dictado de sentencia y, en su caso, integrativa. (Cnfr. Sala Penal del S.T.JE.R., en Autos: “**RÍOS, Matías A. s/Homicidio s/REC. CASACIÓN**”.-[Expte. N° 4458, L. IV, pág. 148, Año 2013 – Jurisd.: Trib. de J.yAp., Concordia. Sentencia del 30 de diciembre de 2.013].-

Jurisprudencia Vinculada (3).

Nulidad – Falta intervención Ministerio Pupilar

“... a) Nulidad por falta de actuación del Ministerio Pupilar: En esa faena, primeramente es de resaltar lo expresado en relación con la pretendida nulidad de lo actuado por la falta de intervención del Ministerio Pupilar en representación del menor imputado, planteada por el recurrente y sostenida en audiencia por la Representante de dicho Ministerio en esta instancia.- Al respecto, es de recordar que el art. 59 del Código Civil -redacción anterior, según ley 340 y modificatorias- estipulaba que: “A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación”.- El actual Código Civil y Comercial -texto según ley 26.994-, en su art. 103 relativo a la actuación del Ministerio Público, establece que la misma, “respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal”, aclarándose en el inc. a) que será complementaria “en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto”.-

En autos, se observa que a fs. 95 obra Acta entrega del menor -de fecha 18/5/12, al otro día del hecho de marras-, el que es encomendado al Dr. Mandil como representante del Copnaf. Obran asimismo sendos informes de Copnaf -fs. 100 a 105, 107 a 111, 113 a 138, etc.-, que dan cuenta de la intervención del organismo respecto de Acevedo.-

Al momento de dictarse la prórroga de la internación -fs. 106, de fecha 18/6/12- intervino como representante del Ministerio Pupilar la Dra. Eugenia Molina, quien luego tendría intervención como Fiscal -por ejemplo, al momento de la extracción de sangre al imputado, y presentando el recurso de casación junto al fiscal Mondragón.-

En fecha 15/12/14 -fs. 16- se recibió el legajo en el Juzgado de Familia y Penal de Menores de Chajarí, dándosele intervención al Ministerio Pupilar; al momento de la Audiencia de remisión a juicio -fs. 8/10 vta.- actuó el Dr. Mandil por el Ministerio Pupilar, sin precisarse si lo hacía por el imputado o la víctima de autos.-

Finalmente, al llevarse adelante la audiencia de debate -acta obrante a fs. 159/163- no intervino el Ministerio Pupilar por el imputado. En la sentencia -fs. 200/212 vta.-, al momento de analizar la tercer cuestión, se pondera que a Acevedo “no se lo ha incorporado aún a tratamiento tutelar alguno”; se especifica que ha tenido tratamiento tutelar incompleto, que no se ha cumplido con el año mínimo de intervención -lo que debe acreditarse en autos para valorar la necesidad de pena-, resolviéndose dar “intervención a la asistente social de juzgado para su acompañamiento y supervisión”. En el resolutivo, se ordena realizar las medidas socioeducativas que se le impongan, no obrando constancias sobre su cumplimiento o incumplimiento. –

Por lo tanto, no constando en autos la actuación del Ministerio Pupilar en la instancia de juicio -y considerando especialmente que dicha intervención no solo es a los efectos de ejercer la representación sino que se trata de un órgano de vigilancia y asesoramiento-, corresponde declarar la nulidad de lo actuado, debiendo reeditarse los actos viciados por dicha omisión, considerando asimismo que lo obrado sin dicha participación tampoco ha sido convalidado expresa o tácitamente en esta instancia; muy por el contrario, y remitiéndose al planteo de la Defensa recurrente, la Dra. Sabella en audiencia de casación interesó la nulidad y el reenvío, destacando una serie de aspectos que merecen un control específico por parte de quien debe cumplir esa función, más aún cuando estamos -como es el caso- frente a una sentencia inculpativa respecto de un imputado menor de edad al momento del hecho.-

La doctrina ha precisado que la sanción de nulidad ante la falta de intervención del Ministerio Público “es de carácter relativo; ello, en razón de que puede ser confirmada. Cuando hubieren sucedido actos disvaliosos en detrimento del representado, debe invocarse la nulidad. Estas nulidades solo pueden declararse a instancias de las personas en cuyo beneficio se establecen, que son las personas incapaces de ejercer sus derechos. En el caso de que el Ministerio Público tome conocimiento

posterior de la realización de determinados actos sin su debida intervención, deberá invocar la nulidad de lo actuado, siempre y cuando el acto haya sido en detrimento de los intereses de la persona que se busca proteger y lo perjudiquen” -CAMELO, G. y otros. Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo I, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 218.-

Por lo tanto, atento a la mentada ausencia de representación suficiente por parte del Ministerio Pupilar en lo que al imputado respecta y sin importar si al tiempo del juicio ha alcanzado la mayoría de edad -recordando aquí, que es el acusado y no la víctima respecto de quien se ha admitido el cese de la representación promiscua-, puesto que se trata de juzgar actos anteriores, corresponde declarar la nulidad de lo actuado en esas condiciones, en consonancia con la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal provincial, in re “LANDRA” -sent. del 11/05/1995-, cuando estableció que “tal omisión en ser llamado al debate ha implicado en la presente causa el máximo supuesto de indefensión de una ‘parte legítima y esencial’ del proceso (art. 59 cit.), que nulifica el mismo (arts. 59, in fine, y 494, C.C.) al haberse conculcado su derecho a la audiencia y a la prueba en forma total y absoluta”. Ello así, por cuanto “nos encontramos con una sentencia que ha resultado perjudicial para el menor interesado, la que ha sido dictada sin participación de la representación promiscua del Ministerio de Menores, imponiéndose ineluctablemente el dictado de la nulidad de los actos afectados”.-

Asimismo, en autos “RJP” -sent. del 05/09/01-, el STJER declaró la nulidad “... para permitir la insoslayable participación y control promiscuo de dicho órgano estatal de conformidad a lo establecido en las normas sustantivas de mención inobservadas. Como derivación del defecto sustantivo formal apuntado -que dejó fuera de la relación procesal en un momento decisivo a un sujeto esencial para el procedimiento ... donde los representantes del Ministerio Público de Menores debieron tomar cartas en el asunto, no solo para dictaminar, sino a efectos de aconsejar medidas probatorias y asistenciales y, en su caso correctivo” -del voto del Dr. Chiara Díaz-...”.(Cnfr. Cámara de Casación Penal, en Autos “ **ACEVEDO, Fernando Gabriel – Abuso sexual con acceso carnal agravado s/RECURSO DE CASACION**”, Expte. Nº267/15-Fº39(Año 2015– Jurisd.: Juzgado de Familia y Penal de Niños y Adolescentes de Chajarí). Sentencia del 28 de octubre de 2.015).-

Excusa Absolutoria:

ARTICULO 185: *“Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los **hurto**s, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:*

1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta;

2. El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro;

3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

*La excepción establecida en el párrafo anterior, **no es aplicable a los extraños que participen del delito.***

Fuente: Texto original TO Decreto 3.992/84

Fundamentos: Son casos en los que el legislador, por razones distintas a la antijuridicidad y la culpabilidad, decide no imponer la consecuencia lógica que sería la pena. Un ejemplo de excusa absolutoria es la relación de parentesco en los delitos patrimoniales no violentos”.

Se trata de excusas absolutorias cuya razón reside en la preservación del núcleo familiar. Los motivos por los cuales se consigna la excepción en los casos del artículo se basan en la comunidad de hecho que existe entre ciertos parientes, en la falta de alarma social cuando se produce una sustracción entre ellos, en la ausencia de interés en el castigo, entre otras causas

Entiende Carlos Creus que la razón de ser de la excusa procede cuando habitan regularmente bajo el mismo techo, es decir, en la misma casa, aunque no exista entre ellos una efectiva vida doméstica común, bastando que convivan en el mismo domicilio de manera regular.

Es dable subrayar que aunque la ley exima de pena a las personas situadas en el grado de parentesco que ella determina, sus cómplices son susceptibles de sanción; si un tercero, para hurtar efectos de propiedad de un comerciante, se pone de acuerdo con un hijo de éste y entre ambos consuman el hecho, el hijo no será punible pero quien lo ayudó sí lo será.

defensapublica.com

Dr. Alejandro María Giorgio

CAPITULO IX

ASPECTOS PROCESALES y SUSTANCIALES RELEVANTES: a.-)Principio de Congruencia. b.-) PRECLUSION DE PLANTEOS. b.1.-) Necesidad de Resolverlos en Audiencia. b.2.-) Pedido de Sobreseimiento (Certeza Negativa). b.3) Planteo Nulificante. c.-) Prisión Preventiva.- d.-) Planteo de Inconstitucionalidad. e) CONCURSO DE DELITOS. e.1.-) Portación de Armas. e.2.-) Privación Ilegítima de Libertad. f.-) Juicio Abreviado.

a.-) PRINCIPIO DE CONGRUENCIA:

Cambio brusco de calificación - Modificación implícita de la plataforma fáctica.

Jurisprudencia Vinculada

*"... De este modo se advierten **dos arbitrariedades**, la primera al **modificar sorpresivamente la calificación legal y encuadrar el hecho en una figura mas grave**, y la segunda al establecer una pena por fuera de lo establecido para esa figura legal.*

*Este **cambio brusco de calificación legal** involucra aspectos de hecho y de derecho que **no fueron materia de prueba ni de discusión en ninguna de las instancias que transitó el proceso.***

Por otra parte, de la lectura del fallo surge que, como no se logró establecer que la violencia se ejerció para realizar un robo, sin realizar un juicio de subsunción, se acudió a la figura criminis causae como si se tratase de una figura subsidiaria o residual.

Bacigalupo -en su libro "La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios"; Ed. Ad. Hoc. pág. 76 y sgtes.- sostiene que "el proceso de aplicación de la ley requiere una determinada fundamentación lógica que se conoce como 'subsunción'". Citando a Larenz agrega: "En la lógica se entiende por conclusión derivada de la

subsunción a aquella en la que un concepto de menor extensión es clasificado en otro de mayor extensión”, y añade: “Dicho de otra manera: la subsunción es una operación mental consistente en vincular un hecho con un pensamiento y comprobar que los elementos del pensamiento se reproducen en el hecho. Este proceso mental caracteriza el famoso silogismo de la determinación de la consecuencia jurídica en el que mediante la técnica de la deducción lógica se puede demostrar que el suceso que se juzga pertenece a la clase de aquellos a los que la ley conecta la consecuencia jurídica”.

En definitiva, entonces se trata de verificar que el caso juzgado se corresponde con el establecido en la ley. Esta operación silogística fue omitida en la sentencia, porque la Vocal se limitó a enunciar que las lesiones fueron “la causa de la frustración que los imputados sintieron por no haber podido alcanzar los fines que tenían en mira, o para procurar la impunidad”, sin explicar sobre qué base fáctica arribaba a esa conclusión.

Así las cosas, desplazó el encuadre hacia un supuesto que encierra notas típicas distintivas y sumamente complejas. Lo primero que advierto es que la figura del art. 80 inc. 7 -lesiones finalmente o causalmente conexas- contiene en su estructura típica, en particular en su aspecto subjetivo, elementos que la dotan de características especiales que son el fundamento de la agravante.

*En **segundo lugar**, como ya lo adelanté, prevé dos supuestos de conexión: conexión final y conexión causal, en el que en cada uno de ellos conjuga de distinta manera la relación entre el aspecto objetivo y el aspecto subjetivo del tipo. En el primero el sujeto activo, al momento de realizar las lesiones, debe tener también la finalidad de preparar, facilitar, consumir, ocultar otro delito, o procurar la impunidad; mientras que en el segundo las lesiones se tipifican porque el mismo autor no logró el fin propuesto al intentar otro delito, de modo que, a diferencia de los supuestos de la primera parte del inciso, aquí objetivamente es preciso que se haya intentado un hecho punible, o sea, que -al menos- haya quedado en grado de tentativa. Y ninguna de estas constataciones realizó la Magistrada en su sentencia, sin perjuicio de que tampoco se insinúa siquiera en la imputación de la Requisitoria Fiscal de Elevación a Juicio.*

Tal como lo hice recientemente en la **causa “GONZALEZ GERARDO GERMAN E. – ROBO AGRAV. POR EL USO DE ARMA Y ROBO AGRAV. POR EL USO DE ARMA EN GRADO DE TENTATIVA EN CONC. REAL (dos hechos) S/ RECURSO DE CASACIÓN”** para abordar esta cuestión, voy a seguir los lineamientos que esboza Maximiliano Rusconi en su libro “El Sistema Penal desde las garantías constitucionales”, Capítulo II, “Iura novit curia y Congruencia, garantía del derecho de defensa entre hechos y norma” -ed. HAMMURABI; Cap. II; pág. 87 a 133-.

Destaca el autor que “uno de los problemas más interesantes a los cuales se enfrenta la ciencia penal en la actualidad remite a la cuestión de las reales facultades que tiene el tribunal en el marco de la audiencia oral para otorgarle al hecho una calificación jurídica o normativa diversa a la que le ha dado el acusador estatal. Normalmente se oponen dos puntos de partida axiológico- normativos que, claro está, se presentan en el marco de una contradicción: por un lado, si se parte sólo de lo que tradicionalmente sugiere el principio ‘iura novit curia’, el juez o tribunal, tienen la facultad, aparentemente intangible, de darle a los hechos la calificación normativa que crean apropiada; por otro lado, la propia dinámica del desarrollo de la logística de la audiencia del juicio oral, el acusado y su defensor se defienden y desarrollan su estrategia a partir de la imputación (tanto normativa como fáctica) que guía la atribución del Fiscal, por lo que un cambio brusco de la calificación normativa por parte del tribunal dejaría descolocados sorpresivamente a los planteos defensistas violando de ese modo el respeto a la garantía del derecho de defensa en juicio (tanto es su faz formal como material)”.

Más adelante sostiene que la imputación se funda en la descripción de un comportamiento en el mundo fáctico (tiempo, lugar y modo), pero ese mundo fáctico es recortado según el modo de describirlo de una norma jurídico penal, y aclara que “la mera descripción de un hecho cumple una función diagnosticadora pero no esencialmente comunicadora. El supuesto de hecho no puede ser contemplado aisladamente sino en el marco del recorte del mundo fáctica que realiza una norma jurídico penal (...) En realidad, los hechos no se imputan, sino que se describen. La imputación como tal representa un fenómeno en

gran medida cultural que conlleva un juicio de valor que sólo se expresa cuando el hecho se apodera de la norma”.

*En efecto, si bien todo el sistema de atribución está estructurado sobre la base de la artificial separación de hechos y normas, lo cierto es que -al mismo tiempo- todo el sistema de enjuiciamiento (más o menos inquisitivo o acusatorio) se organiza desde un inicio sobre la capacidad selectiva del mundo real de las diferentes normas jurídico penales, y esa selección de la realidad que opera desde lo normativo organiza también el diálogo entre las partes y el juez asegurando, por un lado, que el acusado y el fiscal tienen como objeto de referencia argumental el mismo hecho (en su configuración fáctica que sólo adquiere sentido a la luz de determinado recorte normativo); y por otro que, el tribunal decidirá exactamente sobre lo mismo. Esta **identidad triangular** es el único modo de asegurar un mínimo de racionalidad en el diálogo institucional, de allí que la sentencia sólo pueda referirse a las cuestiones que han sido introducidas en el juicio mediante la acusación y que las partes tuvieron oportunidad de sostener o controvertir probatoriamente, pero también sostener o controvertir argumentalmente. **De allí que las posibilidades con que cuenta el juzgador de modificar la calificación legal dada al hecho en la acusación fiscal, son limitadas, puesto que podrá hacerlo siempre y cuando no introduzca ningún elemento fáctica adicional en el juicio de subsunción .***

*Volviendo al caso en estudio -como ya se señaló-, la Vocal a la hora de calificar el hecho **se apartó de la hipótesis fáctica y normativa que sostuvo la Fiscalía en su acusación.** Al incluir la agravante del art. 80 inc. 7 CP introdujo una circunstancia que nunca formó parte de la imputación y, de este modo, colocó al procesado en una situación más desfavorable que la pretendida por el propio órgano acusador, en clara violación a los principios de **cuño acusatorio** que también estaban vigentes en la Ley N° 4843 **porque responden a recaudos de orden constitucional (arts. 18 y 24 de la CN; 8.5, CADH; 14.1 PIDCyP).***

Altamente esclarecedores son los conceptos vertidos por el Sr. Procurador al explicar que cuando se presentan fenómenos como estos: “no pueden ser solucionados en el marco del principio iura novit curia, aun en el adversarial sino que requiere ampliación de la imputación del

acontecer fáctico normativo objeto del juicio, en la llamada imputación alternativa, es decir, llevar al momento sustancial del proceso todo el suceso del mundo de la vida que se considera ilícito a fin de garantizar la amplitud del derecho defensivo a la cunfutación y la ausencia de sorpresividad” (Cfr. fs. 741).

*En efecto, y en la misma línea que lo sostiene el Fiscal, entiendo que la congruencia, controversia y defensa en juicio, limitan la aplicación del derecho material, por ello, no pudo la Magistrada echar mano del derecho material del modo que lo estimó correcto, cuando para ello debió acudir a presupuestos fácticos y jurídicos que no habían sido propuestos y que no hubo ninguna posibilidad de que fueran debatidos. (Cnfr. Cámara de Casaci{on Penal, en Autos: “**ARRIETA, Carlos Mariano – LESIONES GRAVES, AGRAV. POR EL USO DE ARMA DE FUEGO Y SER CONEXAS A OTRO DELITO s/RECURSO DE CASACIÓN**”, Expte. Nº244/15. Sentencia del 24 de junio de 2.015).-*

b.-) PRECLUSIÓN DE PLANTEOS.

Jurisprudencia Vinculada

“...La Defensa cuestiona, además, la legitimidad de dos medidas de prueba: el reconocimiento en rueda de personas, y el acta de secuestro de una zapatilla.-

*Vale consignar, en primer término, que estos dos cuestionamientos ya fueron desarrollados por el Letrado en oportunidad de efectuar el alegato final, siendo ellos analizados y refutados por el Juzgador con precisos fundamentos (confr. fs 41 vto, 42, 42 vto y 43), con los cuales coincido.- Pero además, las críticas hacia las dos referidas diligencias probatorias -el reconocimiento en rueda de personas y el acta de secuestro de una zapatilla- **YA FUERON expresadas por el Sr. Defensor en el momento de realizarse la Audiencia de remisión a juicio (ver fs 1/2) articulando en aquella instancia la nulidad de los referidos***

actos procesales, siendo DESESTIMADOS por el Sr. Juez de Garantías sin que el Sr. Defensor interponga allí recurso alguno o efectúe reserva de impugnación ulterior.-

De modo que la introducción de tales cuestionamientos, en esta instancia casatoria, no resulta ser más que la reedición de críticas ya efectuadas en otros momentos del proceso, habiendo tenido oportuna y cabal respuesta jurisdiccional, implicando ahora tan sólo una discrepancia con lo ya decidido de manera precisa y motivada, no pudiendo en consecuencia tener acogida favorable.-

A todo evento, reitero que voy a compartir los ajustados argumentos desplegados en su debido momento por el Juez de Garantías como por el Juez sentenciante, habida cuenta que en la realización de dichas diligencias de prueba (evidencias, en rigor de verdad) no se advierte que se hayan vulnerado derechos o garantías constitucionales del justiciable, teniéndose presente que en ambos actos procesales el imputado se encontró asistido por su abogado defensor de entonces, Dr. Luis LESCANO.-

*Este Tribunal de Casación ya se ha expedido respecto de estos puntos en los precedentes “BENITEZ – SALINAS” (del 13/10/2014) y “FARIAS, Cristian” (del 08/10/2014), resolviéndose en ambas ocasiones que -en el nuevo sistema acusatorio/adversarial que rige en nuestra Provincia- las decisiones sobre **pertinencia y legitimidad de la prueba son materia del Juez de Garantía** y, en su caso, del Tribunal de Apelaciones -si es que la decisión de aquél fuese impugnada- pero **no resultan susceptibles de ser revisadas por la vía del recurso de casación**. En la misma tónica se inscriben los Fallos “BLANCO” y “ZARAGOZA”. En todos estos casos se citó, como guía señera, lo resuelto por la Sala Penal del Sup. Trib. de Justicia en los casos “FARIAS-LUCERO” y “GARCIA”. (Cnfr. Cámara Casación Penal, en Autos “ FLORES, Eduardo Daniel – MARTINEZ, Maximiliano N. – Robo Agravado (Art.166 Inc 1 y 2 del CP) S/ Recurso de Casación (Legajo Nº 337/15). Sentencia del 18 de febrero de 2.016).-*

b.- 1) Necesidad de Resolverlos en Audiencia.

Jurisprudencia Vinculada (2)

"... Sin perjuicio de ello, quisiera señalar en punto a la suspensión de la audiencia de remisión de la causa a juicio a propósito de dar cabida al acto impugnatorio tal como lo hiciera el señor Juez de Garantías de Chajarí, y como lo he sostenido en autos "URICH" -C. Uruguay, 09/06/14- que el Magistrado debió culminar el acto y resolver todos los temas propuestos para luego, una vez verificadas las circunstancias del caso y la normativa aplicable, tratar lo relativo al remedio intentado según estime corresponder. En punto a ello, por juego armónico de los artículos 198, 199 y 405 del CPP, más allá de que la remisión a juicio resulta irrecurrible, como lo es lo resuelto en materia de prueba, la admisión o rechazo de un planteo de nulidad -exclusión- constituye la excepción a esa regla y resulta recurrible siempre que cause un gravamen irreparable.-

En esa faena, con la simple lectura del acta que refleja la audiencia celebrada y lo allí resuelto se puede observar que el Magistrado, ante el planteo recursivo esbozado por el señor Defensor, **decidió suspender el trámite y elevar el legajo aguardando el tratamiento que en definitiva hiciera este Tribunal sobre el particular lo que a mi entender resulta erróneo toda vez que en ningún caso y por ningún motivo la continuidad de la audiencia puede quedar supeditada a una actividad procesal posterior y distinta, inherente a la competencia de otro Tribunal que pueda refrendar o invalidar lo allí resuelto por cuanto las audiencias deben desarrollarse íntegra y cabalmente, sin perjuicio de las eventuales impugnaciones que se formulen en ese ámbito, las que entiendo deben ser tenidas presente para luego ser concedidas o denegadas al tiempo de cerrar el acto, una vez resuelta la totalidad de temas propuestos.-**

Así, la decisión ha dejado trunco el acto para el cual fueran convocadas las partes; su continuidad y posterior concreción quedó supeditada a lo que en definitiva resuelva un tribunal distinto en grado de apelación lo que resulta improcedente. Es que bajo esa lógica, con ir apelando individualmente todas y cada una de las cuestiones que allí sean resueltas, cualquiera de las partes lograría postergar sine die la

culminación de las audiencias y siendo precisamente un sistema que avanza en función de ellas, es claro que nada podrá resolverse, impidiendo con ello el cumplimiento de toda actividad procesal.-

En otras palabras, con este tipo de decisiones jurisdiccionales los procesos quedarían eternamente paralizados a merced de la mayor o menor “voluntad” recursiva que las partes puedan esgrimir, algo imposible de admitir.-

*Basta recordar que el artículo 22 del Acuerdo 27/09 del STJER, tiene como objetivo establecer las Reglas Operativas de Actuación de los Órganos Jurisdiccionales y con ello transparentar dotando de mayor legitimidad y posibilidades de control público a la función jurisdiccional disponiendo -en sintonía con la Constitución Provincial y diversos Instrumentos Internacionales suscriptos por el Estado Nacional, art. 75 inc. 22 CN- que su actividad es indelegable, señalando especialmente que “**las cuestiones que se le presenten deberán resolverlas oralmente en audiencia con la presencia de las partes y en forma inmediata, garantizando el principio de contradicción, publicidad, concentración, simplicidad e intermediación**”, aspectos que evidentemente han sido omitidos al suspender, como se hiciera, el curso de la audiencia.-*

Por último, reafirmando los argumentos dados, no debemos perder de vista que estamos ante la concreción de una audiencia de “etapa intermedia” -o como se quiera llamar: “control de acusación”, “fase crítica”, “remisión a juicio”, “apertura de juicio”- y la finalidad del acto para el que fueran convocadas las partes es precisamente verificar críticamente si hay un “caso” y si ese “caso” reúne los requisitos formales para que pueda ser ventilado en juicio -o bien, que culmine por alguna salida alternativa-, propósito que se ve frustrado ante la decisión de suspender la audiencia para tratar en apelación uno de los tantos cuestionamientos que pueden derivarse de esa práctica lo que sin dudas atenta contra los principios de “concentración”, “celeridad” y “plazo razonable”.-

*En función de los argumentos expuestos, considero que el remedio intentado -esto es el recurso de apelación sustanciado durante la audiencia- debió ser declarado mal concedido. (Cnfr. Cámara Penal, en Autos: “**BLANCO NORBERTO -HOMICIDIO CULPOSO S/ RECURSO DE CASACIÓN**” Expte. Nº135/14 – Jurisd.: Tribunal de Juicio y Apelaciones de Concordia]. Sentencia del 18 de septiembre de 2.014).-*

b.2.-) Pedido de Sobreseimiento

"... Al respecto, en una mirada integral del proceso penal, de acuerdo al rol que competía antes al Sr. Juez de Instrucción y que en la actualidad desempeña el Sr. Juez de Garantías, estimo que no puede haber un ejercicio más auténtico y genuino de potestad jurisdiccional que el que le cabe a estos magistrados en oportunidad de analizar un pedido de sobreseimiento formulado por cualquiera de las partes y en la etapa oportuna, resolución esta que va a cerrar definitiva e irrevocablemente el proceso con relación al imputado, pudiendo adquirir el valor de cosa juzgada (art. 396 del C.P.P.), por lo que sin duda alguna es la decisión más trascendente que pueden llegar a adoptar esos magistrados en esa etapa procesal.

En ese sentido, Raúl Torres Bas, en sus comentarios al antiguo Código Procesal Penal de la Nación y al analizar el sobreseimiento destacaba que por su necesidad e importancia constituye uno de los dos modos en que el debido proceso en materia penal puede tener fin en forma definitiva e irrevocable ya que conjuntamente con la sentencia son decisiones jurisdiccionales que finalizan, con esos caracteres, tal procedimiento (conf. autor citado – Código Procesal Penal de la Nación – Tomo II – pags. 457 y sigtes. Edit. Marcos Lerner).

En ese orden de ideas, el art. 397 de nuestro actual código de rito enumera siete supuestos diferentes por los cuales procede el sobreseimiento y en modo alguno puede restringirse al Sr. Juez de Garantías la posibilidad de analizar la concurrencia de alguno de ellos ante un planteo concreto que formule la Defensa, pudiendo advertirse incluso que la actual norma procedimental va más allá del artículo al que reemplaza, en cuanto habilita al magistrado interviniente a la emisión de una declaración judicial en el sentido que el proceso que se ha seguido no afecta el buen nombre y honor de que hubiere gozado el imputado, para el caso de darse algunas de las hipótesis previstas en los incisos 1, 2, 3, 4 y 5 de esa norma, algo que nuestro antiguo código no preveía. Esto nos da al propio tiempo una pauta del nivel de análisis al que puede llegar el juzgador al punto de poder emitir una declaración de esa naturaleza, algo que, insisto, no poseía el antiguo juez de instrucción.

Es por todo esto que no puedo compartir a esta altura y en un

análisis mas profundo de la cuestión el criterio sustentado por este Superior Tribunal en los autos "Farías" en cuanto se afirma que la petición de sobreseimiento por la defensa solo resulta atendible cuando se esgrima la extinción de la acción penal y que el resto de los supuestos requieren una amplitud de debate propia del juicio que en modo alguno puede darse en punto a un control meramente formal de la acusación.

A mi juicio, este criterio, esta vulnerando severamente la legítima potestad jurisdiccional de que goza el Sr. Juez de Garantías, reduciendo su figura a la de un mero controlador de las formas que debe reunir la acusación, devaluando seriamente la jerarquía constitucional de la que goza todo magistrado de decidir en derecho lo que corresponde en el caso concreto, lo que me lleva a distanciarme de aquel temperamento a la hora de definir el rol que le cabe a ese juzgador, quien en mi opinión tiene no solo una potestad sino, además, el deber legal de analizar si concurre algunos de los supuestos de procedencia previstos en la norma antes citada y ante un planteo concreto de la parte para obrar en consecuencia.

Esa es la postura estimo adecuada adoptar de aquí en más, invitando a mis distinguidos colegas a reflexionar sobre los extremos aquí planteados y, si es posible, a arribar a una coincidencia sobre ello a fin de repotenciar la figura del Juez de Garantías y el rol que le cabe en el proceso, que no es mas ni menos el que le asigna el código de rito en su correcta interpretación y a la luz de las normas constitucionales vigentes.

Que, por todo lo expuesto, dejando así sentada mi opinión sobre las cuestiones tangenciales a las que hice alusión en los párrafos que anteceden, estimo que sin perjuicio de aquello corresponde rechazar en este estado la queja en examen.
Así voto.-

A LA MISMA CUESTIÓN, EL SEÑOR VOCAL, DR. CARUBIA, DIJO:

Coincido íntegramente con el voto del Dr. Giorgio, tanto en lo referido a la inviabilidad de la impugnación extraordinaria intentada por la falta de definitividad o inequivalencia con una definitiva de la originaria decisión cuestionada, cuanto en orden a precisar la plena vigencia de la total potestad del Juez de Garantías para el dictado de un sobreseimiento solicitado por el Ministerio Público Fiscal, el imputado o su defensa, después de producida la declaración del Imputado (cfme.: art. 395, Cód. Proc. Penal), frente a la constatación de cualesquiera de

las siete específicas causas de procedencia de tal medida consignadas en el art. 397 del código adjetivo, procediendo su dictado en cualquier estado del proceso , solo en caso de extinción de la acción penal, circunstancia ésta que autoriza, por excepción, el dictado del sobreseimiento por el Tribunal de Juicio.-

Nada impide en la ley de rito que el Juez de Garantías ejerza con toda amplitud esa elemental potestad jurisdiccional, sin tener que restringir su ejercicio solamente a los supuestos en que se verifique la extinción de la acción penal o la aplicación de criterio de oportunidad, mediación, conciliación o reparación, contemplados en el art. 397, incs. 6 y 7, del Cód. Proc. Penal, habida cuenta que esa medida desincriminante ha sido concebida por el legislador, precisamente, para su aplicación por parte del Juez de Garantías y en etapas procesales previas a la efectiva remisión de la causa a juicio; puntualizando expresamente en el párrafo final del citado art. 397 la declaración adicional que el Juez de Garantías hará en los casos de los incisos 1, 2, 3, 4 y 5, de lo cual no cabe interpretar más que se trata de una explícita -aunque, en mi criterio, innecesaria- consagración de la potestad de dicho magistrado para el dictado del sobreseimiento en todos los casos de la aludida norma procesal.-

No debe confundirse la recurribilidad de la denegación del sobreseimiento por extinción de la acción penal en razón de su equiparabilidad a una resolución definitiva -tal como expresamente lo concebía el art. 478, in fine, del anterior Código Procesal (Ley Nº 4843)- con el ejercicio de la potestad jurisdiccional del Juez de Garantías para el dictado del sobreseimiento en cualesquiera de los supuestos de procedencia previstos en la ley.-

Por lo demás, la instancia crítica del proceso donde el Juez de Garantías contaría con la mayor cantidad de elementos de convicción para el dictado de esta medida es la intermedia de Remisión de la Causa a Juicio; en ella, la ley autoriza expresamente al defensor del imputado a oponerse a la remisión a juicio instando el sobreseimiento (cftr.: art. 404, 2do. párr., Cód. Proc. Penal) y el órgano jurisdiccional ostenta allí plena potestad crítica, pudiendo oportunamente evitar innecesarias instancias de juicio, no erigiéndose en un mero órgano de admisión de pruebas y obediente homologador de la voluntad de la acusación, sino en analista crítico de la viabilidad de esta última para la apertura de la etapa de

Juicio; esta facultad judicial en el procedimiento intermedio es ponderada por Claus Roxin cuando se lleva a cabo -como en la Provincia de Entre Ríos- por un Juez distinto e independiente del órgano judicial de juicio, señalando que su importancia principal reside en su función de control negativa: discutiendo la admisibilidad y la necesidad de una persecución penal posterior & y, agrega, se pretende proporcionar otra posibilidad de evitar el juicio oral, que siempre es discriminatorio para el afectado& (cftr.: aut. cit., Derecho procesal penal, traduc. G. E. Córdoba y D. R. Pastor -revis. Por J. B. J. Maier-, pág. 347, Ed. del Puerto, Bs.As., 2000). (Confr. Autos " RODRIGUEZ, JORGE ABEL KEMERER, NESTOR ALBERTO- HEYDE, MARIO RICARDO s/ PECULADO – RECURSO DE QUEJA", Sala Penal del S.T.J.E.R, del 9 de mayo de 2.018).-

b.3) Planteo Nulificante.

"... Los planteos: Respecto de las nulidades, en primer lugar cuadra señalar que todos estos planteos resultan extemporáneos a tenor de lo dispuesto en el art. 173 inc. 1º) del CPP y lo reiteradamente resuelto por la Sala Penal del STJER por cuanto en virtud de los principios de "progresividad" y "preclusión" es imposible retrogradar el trámite a situaciones ya concluidas toda vez que las facultades de los sujetos procesales se extinguen si no son planteadas en la oportunidad respectiva, sin que sea posible reeditar los planteos en las etapas posteriores -cfr. "FARIAS – LUCERO", Sala Penal, STJER., 03/06/13.-

Por otra parte, el planteo nulificante ensayado por Velazquez, resulta reiteratorio del esgrimido durante la discusión final -ver alegato-, por lo tanto su reedición se revela como mera disconformidad con lo resuelto en la sentencia sin sumar argumentos novedosos o críticos al respecto.-

En definitiva, como complemento de lo señalado, quiero advertir que los planteos no indican cuál es el perjuicio ocasionado ni expresan de qué modo la incorporación y valoración de las pruebas puede conculcar el derecho de defensa de sus asistidos, lo que equivale a decir que carecen por completo de motivación, por cuanto el recurrente no tiene un interés procesal directo y concreto en la invalidación perseguida, siendo un pedido de "nulidad por la nulidad misma" -ver: "MARTIN" 13/07/89; "LUNGUEIRA" 19/10/89; "CASTILLO" 21/08/91; "ZUZENEGUI –

AGUIRRE – SABATTINI” 31/03/92; “RAMIREZ – BESTARD – VIÑA” 09/12/92; “CASENAVE” 25/02/93; “MARCHESSI” 11/12/98; “GORDILLO” 13/09/99; “AROSTEGUI” 08/11/99; entre otros- lo que amerita su rechazo...”(Cnfr. Cámara de C asación Penal, en Autos “VELAZQUEZ, Germán – ACOSTA, Federico P. s- Robo calif. por el uso de arma de fuego en gr. de tent. s/RECURSO DE CASACION”. Sentencia de 9 de septiembre de 2.014).-

c.-) Prisión Preventiva.-

Descuento para el Cómputo – Necesidad de Acumulación.-

“... A esos efectos, liminarmente recuerdo que la prisión preventiva tiene naturaleza procesal, cautelar y asegurativa de ciertos objetivos esenciales de un determinado proceso, cuando haya necesidad de prevenir la posible fuga del imputado y/o la producción genuina de medidas probatorias tendientes a la reconstrucción veraz del factum. De ningún modo posee características sustantivas, que permitan concebirla como un adelanto o sustituto de la pena a aplicar como corolario del debido proceso, máxime que es impuesta a quien goza de un estado o situación de inocencia aún no destruido, debiéndosela disponer y mantener de manera proporcional y razonable, mientras sea necesaria su vigencia y no pueda ser sustituido por otras medidas. Precisamente por ello se convertiría en inconstitucional si se le otorgaran semejantes alcances tendientes a parificarla con la sanción o respuesta punitiva del Estado.-

De ahí que el art. 24 del C. Penal, en relación con el sub exámine, sólo puede ser interpretado al computar -después de quedar firme la sentencia condenatoria- cada día de prisión preventiva por un día de prisión en el sentido de tener en cuenta únicamente la privación de libertad ambulatoria dispuesta y cumplida en el proceso donde se emitió la condena, sin abarcar el abanico de procesos seguidos o en trámite -ante el mismo o en diferentes tribunales- contra dicho

encausado, porque aunque tal norma no efectúe distinciones al respecto, la misma emerge nítida de la propia naturaleza de la más grave medida de coerción personal, concebida como instrumento excepcional y necesario, cuya fundamentación es exigible al dictarla y que es dable mantener en tanto permanezcan las condiciones justificantes en un proceso determinado (cfme. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, caso "Ortiz Taipe, Jorge, res. del 29/02/1996, La Ley 1997-E).-

No puede hablarse entonces de una suerte de crédito contra el estado, conseguido con la privación de libertad en cualquier proceso que no concluya en sentencia condenatoria donde pueda aquélla ser computada conforme al art. 24 del C. Penal, reconociéndole virtualidad a fin de hacerlo valer si hay uno nuevo en el cual se lo condene a pena efectiva de prisión, pues ello importaría consagrar una compensación entre institutos de diferente naturaleza, no autorizada específicamente por la ley de fondo (cfr. Corte Suprema de la Provincia de Tucumán, Sala Criminal y Penal, causa "Segovia, Manuel H. y otros", fallo del 30/10/96, La Ley 1997-F).-

*Después de lo expuesto, no se advierte cuál es el sustento legal que permita la transformación en pena de las privaciones de libertad que, con carácter preventivo, se hayan impuesto y cumplido en otros procesos distintos -sean o no de competencia provincial-, ya que el derecho cierto al respecto para el condenado emerge del art. 24 del C. Penal y alcanza únicamente a el o los procesos por los cuales fue juzgado y sentenciado. En ellos se incluye en el cómputo el plazo durante el cual el instituido permaneció detenido o con prisión preventiva, deduciéndolo del tiempo de prisión aplicado, abarcando también a la privación de libertad cautelar en los procesos que tramitan paralelamente **sólo si en los mismos hubiese recaído condena y fuese unificable en la causa**, de acuerdo a lo preceptuado en el art. 58 del C.P., lo que no se verifica en el sub exámine (cfme. Cám. Nac. de Casación Penal, Sala I, in re "Ortiz Taipe, Jorge...", res. del 20/02/96, ya citado; Núñez -Tratado de D. Penal Argentino, t. II, págs.375 y sgtes. y "Las disposiciones generales del C. Penal", Lerner, 1988, fs.85-, Vélez Mariconde -Derecho Procesal Penal, t. II, p.517-; Zaffaroni -Tratado de D. Penal, t. V, págs. 145 y sgts.-; Clariá*

Olmedo -Tratado de D. Procesal Penal, t. VII, fs. 342-; Ayan, Manuel N. -Ejecución penal de la sentencia, págs. 51/5-, entre otros).-

*En todo caso, los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la prisión impuesta en procesos que han concluido ratificando la inocencia del encartado a través del sobreseimiento o absolucón, pueden ser reclamados en las condiciones legalmente previstas (ver, por ejemplo, lo dispuesto en el art. 506 del C.P.E.R.), sin pretender esta suerte de crédito o compensación ilegítima que se postula como base de la pretensión casatoria...". (Cnfr. **"MONTALVO, Juan Carlos - Robo con Arma - Recurso de Casación". Sentencia del 31 de marzo del 2.004).**-*

d .-) Planteo de Inconstitucionalidad.

Jurisprudencia Vinculada

" ...Finalmente, dedicaré un breve párrafo al "quantum" punitivo consagrado en la sentencia, ya que fue tangencialmente criticado por la Defensa, al petitionar en la Audiencia casatoria que se "perfore el mínimo" de la pena fijada a sus discípulos.-

Digo que me expediré brevemente, ya que con razón apunta el Procurador General que este punto NO fue motivo de agravios al momento de interponer el recurso de casación (confr. fs 55/59). De allí que no corresponde que este Tribunal se expida al respecto, por quedar fuera del marco de discusión partiva.-

*No obstante lo recién dicho, y debido a la importancia del tema -en algunos supuestos, se ha llegado a plantear y **decidir la inconstitucionalidad de ciertos "mínimos" legales por considerárselos irrazonables o desproporcionados en relación a la culpabilidad del agente- voy a reiterar aquí mi opinión en la causa "KOBBER" de esta misma Cámara de Casación Penal (del 07/Abril/2015), donde expresé mi total coincidencia con el voto de la Dra. MIZAWAK sentado en el caso "JARA" de la Sala Penal.***

En tales oportunidades quedó sentado que: "... es el legislador quien no solamente establece los límites mínimos y máximos para las penas de cada delito, sino que es quien fija las pautas para la punición de cada hecho, lo que resulta vinculante para el Juzgador toda vez que no puede dejarlas de lado conforme sus propios criterios salvo, claro está, que la norma en cuestión repugne el orden constitucional".- Similar opinión que ya había insinuado la Dra. DAVITE al votar en la causa "ARRIETA" (de fecha 24/06/2015). (Cnfr. Cámara Casación Penal, en Autos " FLORES, Eduardo Daniel – MARTINEZ, Maximiliano N. – Robo Agravado (Art.166 Inc 1 y 2 del CP) S/ Recurso de Casación (Legajo N° 337/15). Sentencia del 18 de febrero de 2.016).-

e.-) CONCURSO DE DELITOS.

e.1.-) Portación de Armas.

Jurisprudencia Vinculada

Superposición material y temporal – Concurso Ideal.

"... Por otra parte entiendo que corresponde descartar el delito de portación ilegítima de arma de fuego de uso civil, art. 189 bis apartado 2 tercer párrafo del Código Penal por el que la Fiscalía también formula acusación.-

*Ello por cuanto, además de no haberse procedido hasta el presente a encontrar y secuestrar el arma de fuego, y consiguientemente con tal carencia no podemos determinar su tipo, marca ni modelo -solo sabemos que era de calibre 32 y de allí su encuadre como arma de uso civil-, ni antecedentes registrales, y si bien es evidente que Ibarrola la utilizó luego de llevarla consigo al domicilio de Durcach, **entiendo que la portación del arma que pretende atribuírsele como conducta o delito autónomo, en este caso donde se aprecia una superposición material y temporal entre los tipos penales, resulta consumida por el delito de robo calificado por el uso de arma de fuego apta en tanto resultó el medio empleado para la consumación de ese ilícito, máxime cuando, como en este caso, no***

existe evidencia alguna que el autor tenga la voluntad de mantenerse en la tenencia del arma.

Tal postura se sostiene además por considerar el carácter de peligro abstracto que importan los delitos de portación y tenencia de armas, ya que “portar” importa tanto la acción de blandir o exhibir el arma en un lugar público o de acceso público, como acarrearla o transportarla en la cintura, en un bolso u oculta entre la ropa, siendo requerido por la jurisprudencia que se encuentre cargada con municiones aptas para el disparo y en condiciones de uso inmediato, extremos que no se encuentran suficientemente acreditados en autos en tanto no se sabe en qué condiciones fue trasladada el arma por Ibarrola antes y después de cometido el hecho.-

Patricia Ziffer entiende que debe aplicarse el concurso aparente, ya que “el robo con armas de guerra representa la concreción de uno de los posibles peligros que quería evitar el art. 189 bis, tercer párrafo”, y “frente a la realización del riesgo, la norma que prohibía crearlo deja de tener sentido independiente, y nada agrega al injusto del tipo que prevé el caso en el que ese riesgo se haga efectivo”, por lo tanto, mediante la aplicación del principio de subsidiariedad tácito, la mencionada autora indica que “el delito de lesión siempre desplaza el delito de peligro”, entendiendo que “la punibilidad del acto preparatorio cede frente a la punibilidad del acto ejecutivo”. (Patricia Ziffer en “El concurso entre la tenencia de arma de guerra y el robo con arma”, Cuadernos de conferencias y artículos N° 5 de la Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho).-

*Así, entiendo que en casos como éste **donde existe coincidencia material y temporal entre ambas figuras, es decir, el robo agravado por el uso de armas y la portación de dicha arma sin la debida autorización legal, estaremos en presencia de un concurso aparente de tipos penales, en una relación de consunción, es decir, “cuando la realización de un tipo delictivo (más grave) incluye, al menos por regla general, la realización de otro (menos grave), casos en los que cabe suponer que el marco penal más grave ya tiene en cuenta esa constelación típica, por lo que queda excluida la otra norma, por lo que la figura de portación***

de arma -de uso civil o de guerra- queda subsumida a la del artículo 166 inciso 2º del Código Penal ya que cuando el contenido ilícito de un hecho punible ya está contenido en otro, el autor solo cometió una única lesión de la ley penal, y por lo tanto es aplicable sólo la pena del delito desplazante, en el caso robo con armas de fuego.

Así como en el caso del tipo penal de robo se entiende que queda subsumida la figura de la privación ilegítima de la libertad por el tiempo que insume el desapoderamiento, el tipo penal de robo calificado por haber sido cometido con arma requiere necesariamente como medio para su realización la utilización del arma, ya sea físicamente o blandiéndola como amenaza, lo que implica que el arma de fuego es un elemento objetivo del tipo, en el que se ha considerado una mayor protección del bien jurídico, con el correlato de una pena mayor (de seis años y ocho meses a veinte años de prisión) para el caso del robo cuando se utiliza un arma de fuego, debiendo por ello presumirse que se ha tenido en cuenta el hecho de que para realizar la conducta descrita por el tipo penal del artículo 166 inciso 2º es necesario e indispensable como requisito, portar un arma, hablando siempre en supuestos de coincidencia material y temporal entre ambos hechos, no a situaciones posteriores o anteriores, por lo que entiendo que en el presente caso no se configura el delito de portación ilegítima de arma de fuego de uso civil como pretende la Fiscalía. (Cnfr. Sala Penal de Concordia, en Autos “IBARROLA, JUAN CARLOS S/ HOMICIDIO AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA, ROBO DOBLEMENTE AGRAVADO y PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL, EN CONCURSO IDEAL”, Expte. Nº 3510. Sentencia del 24 de junio de 2.018).-

e.2.-) Privación Ilegítima de Libertad.

Jurisprudencia Vinculada

"... Ahora bien, en lo que respecta al concurso ideal resuelto es la decisión de mérito entre el robo calificado en grado de tentativa y el delito de privación ilegítima de la libertad– sin perjuicio de la suerte de “abstracción” que presenta la cuestión, tal como lo señaló el Procurador General de la Provincia en su dictamen-, tampoco se advierten en la resolución atacada yerros que justifiquen su casación.-

Es que surge del factum correctamente reconstruido que los incurso privaron ilegítimamente de la libertad a la víctima del ilícito por más de dos horas y la mantuvieron atada de pies y manos, mientras la amenazaban con sendos cuchillos, lo cual constituye una circunstancia que a todas luces excedió el propósito de consumir el delito contra la propiedad y sobrepasó los límites previsibles o necesarios para anular la resistencia física de la víctima, quien es una persona de edad avanzada y que se encontraba sola en su domicilio, por lo cual hubiese podido ser reducida sin ser necesaria la excesiva dosis de violencia utilizada por los acusados.-

Por ello, la privación de la libertad tiene un “plus” de disvalor cuando excede el propósito de consumir el apoderamiento ilegítimo de cosas ajenas, en virtud de su duración y de la inusitada violencia a la que fue sometida la víctima de autos, ya que existió un dolo diferente al inicial de los autores y dirigido a anular la libertad de movimiento de la Sra. Botta.- (Cnfr. Sala Penal del S.T.J.E.R. en Autos "BASSO, MATIAS EMANUEL - DIETZ, MARTIN ANSELMO - ROBO AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA Y PRIVACION ILEGITIMA DE LA LIBERTAD EN CONCURSO IDEAL - RECURSO DE CASACION". Sentencia del 6 de octubre de 2.010).-

f.-) Juicio Abreviado.

Jurisprudencia Vinculada

Facultad de las partes - Valor Probatoria de las Evidencias-

“... estamos frente a un procedimiento especial por medio del cual las partes renuncian a la producción en audiencia oral y pública de la prueba, dando por cierto los extremos de la acusación y crédito -en términos de validez- a las evidencias reunidas en la IPP.-

Así, y luego de cumplimentar determinados pasos que tienen que ver, fundamentalmente, con establecer la libertad en el consentimiento vertido en el acuerdo por parte del sospechado, el sentenciante esta en condición de definir el conflicto traído a su conocimiento por las partes.-

Ahora bien, liminarmente debe tenerse presente que las partes arribaron a un acuerdo no solo en cuanto a la existencia del hecho sino también respecto de considerar "prueba" a los diversos elementos reunidos durante la Investigación Preparatoria.-

Desde esta óptica, la "evidencia" reseñada en el escrito de fs. 1/4, para los hechos denominados "primero" y "segundo", dejan de ser simples anotaciones en un legajo unilateralmente llevado para convertirse, fruto del acuerdo incuestionado -y por tanto legítimo- de partes, en prueba, en el sentido cabal de la palabra.-

Establecido ello, cuadra señalar que del procedimiento abreviado previsto en el artículo 391 y cc. del CPP, y de los términos del convenio anejado emerge claramente que WOLFERT se declaró autor material de los hechos referenciados en la pieza con asiento en el material cargoso que las propias litigantes quisieron establecer como verosímiles, por lo que corresponde, con fundamento en ello, definir si resulta correcta la valoración efectuada al tiempo de dictar sentencia.-

Elo así, es dable resaltar que, en punto al primer hecho, el propio magistrado reconoce que "si bien puede darse por probada la materialidad del hecho en tanto se ha constatado" el forzamiento de la cerradura de la puerta delantera derecha y se ha acreditado el faltante del autoestéreo y el control remoto del automóvil, elementos que son hallados y secuestrados en la vía pública por el funcionario Policial Izaguirre, concluye que no existe prueba alguna

respecto de la autoría de WOLFERT en el evento, desconociendo que el oficial Lopez indicó haber visto al sospechado arrojar esos elementos, sin que resulte necesaria -a mi juicio- la testimonial del funcionario, puesto, que como lo advertí supra, esa evidencia ha sido conformada por las partes, convirtiéndose así en fuente de prueba y por tanto de convicción que, en toda su extensión debe ser valorada, máxime cuando se cuenta con un reconocimiento "expreso" del hecho.-

No caben dudas que las tareas investigativas complementarias que menciona la sentencia podrían resultar sumamente esclarecedoras y útiles, aspectos sobre los cuales el Ministerio Público Fiscal podría adoptar algún temperamento -especialmente de control y seguimiento de casos- dentro de su organización interna, pero reitero, estamos frente a un procedimiento especial que parte de la aceptación de la autoría material de un hecho, de una "verdad" que ha sido previamente consensuada y por ello, se ven trastocados los tradicionales parámetros para medir los alcances del material probatorio, que se apartan de la llamada "verdad material" o "real" para ir en búsqueda de fórmulas construidas a partir del diálogo -en especial del consenso- de partes, lo que difiere sustancialmente de las fórmulas tradicionales.-

Respecto del segundo hecho, resulta grave al menos para el sistema desformalizado y con asiento en un legajo que solo debería obtener fuentes de información para presentarlas en juicio, que se pretenda la "ratificación" de las declaraciones del funcionario policial Alvarez, vedando la omisión de dicho trámite, valorar sus dichos, en cuanto señalan que al constituirse en calle Colón y San Lorenzo, observa que un grupo de personas golpeaban a un masculino, siendo interiorizado por Alberto Miguel Maldonado sobre lo sucedido, quien le manifiesta que Wolfert había sustraído su moto Motomel 110 cc., que había dejado estacionada en la vereda de la casa de su hermana y que al advertirlo, ve que la llevaba de tiro y le grita que la devuelva, arrojándola en calles Colón y Tucumán, para darse a la fuga, momento en que es reducido y tirado al piso por vecinos.-

Esa manifestación, plasmada en un acta a la que las partes acordaron otorgale valor, se suma a la denuncia radicada

en sede policial por la víctima, quien reproduce prácticamente lo asentado en ese instrumento. También obra acta de inspección y croquis del lugar del hecho, elementos que sitúan geográficamente el hecho, además de un parte médico que informa sobre las lesiones presentadas por Wolfert.-

En definitiva, para este hecho también se contaba con cierto material que en **modo alguno requiere ser ratificado, toda vez que adquiere, por expresa convención de partes** -excepción al art. 222 del CPP., art. 11 c) Acuerdo 15/11 en concordancia con lo dispuesto en el último párrafo del art. 411 del digesto procesal-, carácter de prueba valuable en juicio. Ello sumado al reconocimiento expreso sobre la autoría del evento -art.480 CPP.- deja a la sentencia huérfana de argumentos, carente de fundamentación, por cuanto, **no puede válidamente pretender reeditar una instrucción formal al estilo del procedimiento mixto en una actuación especial, que parte de la base de una aceptación incondicional de los cargos y que cuenta con material idóneo, que debe ser meritado en toda su extensión para luego, arribar o no, a la culpabilidad material del encausado, sin que los aparentes defectos apuntados permitan descalificarla como elemento de cargo, tal cual se ha hecho.-**

Por otra parte, tal como expresamente lo prevé el art. 481 del CPP., si el tribunal considera que existe la necesidad de un mejor conocimiento de los hechos deberá proceder de conformidad a lo que señala dicha norma, esto es, devolver la causa y ordenar la destrucción del acuerdo celebrado por las partes, cuestión que evidentemente no hizo lo que implica un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso, sumado a una decisiva carencia de fundamentación habilitando la descalificación del fallo a tenor de la doctrina de la arbitrariedad -Fallos: 310:676, 1835, 2277 y 2376; 311:786, 904, 1191 y 1669; 312:173, 246 y 1859; 313:473 y 1045; 322:271 y 1690; 323:2196 y 2456; 324:3421; entre otros-, lo que así propicio se resuelva". (Cnfr. Cámara de Casación Penal, en Autos: "**WOLFERT, Cristian M S/robo en conc. real con hurto calif. en gr. de tentativa s/RECURSO DE CASACION**". (Expte. Nº 4231/2012 – Jurisd.: Trib. de Juicio y Apelac.de Concordia). Sentencia del 3 de diciembre de 2.012).-

NORMATIVA LEGAL VIGENTE

Título VI DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Capítulo I

Hurto

ARTICULO 162: Será reprimido con prisión de UN mes a DOS años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena.

Fuente: Texto original TO Decreto 3.992/84.

ARTICULO 163: Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes:

1º Cuando el hurto fuere de productos separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo o de productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares, dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de los cercos;

2º Cuando el hurto se cometiere con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín o aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado;

3º Cuando se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o de llave verdadera que hubiese sido sustraída, hallada o retenida;

4º Cuando se perpetrare con escalamiento.

5º Cuando el hurto fuese de mercaderías u otras cosas muebles transportadas por cualquier medio y se cometiere entre el momento de su carga y el de su destino o entrega, o durante las escalas que se realizaren.

6º Cuando el hurto fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público.

Fuente: Texto original TO Decreto 3.992/84 según Fe de erratas. Inciso 1º sustituido por Ley 25.890 art. 2º. Inciso 3º sustituido por Ley 24.721, art. 1º inc. 2.

Inciso 5º incorporado por Ley 23.468 art. 1º. Inciso 6º incorporado por Ley 24.721 art. 1º inc. 1.

ARTICULO 163 Bis: En los casos enunciados en el presente Capítulo, la pena se aumentará en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando quien ejecutare el delito fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

Fuente: Incorporado por Ley 25.816 art. 2º.

Capítulo II

Robo

ARTICULO 164. - Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad.

ARTICULO 165. - Se impondrá reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio.

ARTICULO 166. -Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años:

1. Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.

2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda.

Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo.

Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de TRES a DIEZ años de reclusión o prisión.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.882 B.O. 26/4/2004)

ARTICULO 167. - Se aplicará reclusión o prisión de tres a diez años:

1º. Si se cometiere el robo en despoblado;

2º. Si se cometiere en lugares poblados y en banda;

3º. Si se perpetrare el robo con perforación o fractura de pared, cerco, techo o piso, puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas;

4º. Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 163.

ARTICULO 167 bis — En los casos enunciados en el presente Capítulo, la pena se aumentará en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando quien ejecutare el delito fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.816 B.O.9/12/2003)

Capítulo 2 bis: Abigeato

(Capítulo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

ARTICULO 167 ter.- Será reprimido con prisión de DOS (2) a SEIS (6) años el que se apoderare ilegítimamente de UNA (1) o más cabezas de ganado mayor o menor, total o parcialmente ajeno, que se encontrare en establecimientos rurales o, en ocasión de su transporte, desde el momento de su carga hasta el de su destino o entrega, incluyendo las escalas que se realicen durante el trayecto.

La pena será de TRES (3) a OCHO (8) años de prisión si el abigeato fuere de CINCO (5) o más cabezas de ganado mayor o menor y se utilizare un medio motorizado para su transporte.

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

ARTICULO 167 quater.- Se aplicará reclusión o prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años cuando en el abigeato concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1.- El apoderamiento se realizare en las condiciones previstas en el artículo 164.

2.- Se alteraren, suprimieren o falsificaren marcas o señales utilizadas para la identificación del animal.

3.- Se falsificaren o se utilizaren certificados de adquisición, guías de tránsito, boletos de marca o señal, o documentación equivalente, falsos.

4.- Participare en el hecho una persona que se dedique a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de productos o subproductos de origen animal.

5.- Participare en el hecho un funcionario público quien, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, facilitare directa o indirectamente su comisión.

6.- Participaren en el hecho TRES (3) o más personas.

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

ARTICULO 167 quinque.- En caso de condena por un delito previsto en este Capítulo, el culpable, si fuere funcionario público o reuniere las condiciones personales descritas en el artículo 167 quater inciso 4, sufrirá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

En todos los casos antes previstos también se impondrá conjuntamente una multa equivalente de DOS (2) a DIEZ (10) veces del valor del ganado sustraído".

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

Realizado para
defensapublica.com



ROBO



-Autor-

Alejandro María Giorgio

-Ilustración-

Valentina Giorgio

-Diseño-

Fernando Saenz

-Material Jurídico-

Gaspar Reca

Luis Pedemonti

Lucrecia Sabella

defensapublica.com

Dr. Alejandro María Giorgio