

**TSJ, Sala Penal, Sent. n° 390, 26/12/2011, “Milanesio, Pablo Sebastián p.s.a robo seguido de lesiones leves –Recurso de Casación-” (Vocales: Blanc G. De Arabel, Cafure de Battistelli, Tarditti).**

**SENTENCIA: *FUNDAMENTACIÓN*: OBLIGACIÓN DE RESOLVER TODAS LAS CUESTIONES PLANTEADAS. RECURSO DE CASACIÓN: *MOTIVOS*: ERROR MATERIAL. ROBO CON LESIONES: *TENTATIVA*: ADMISIBILIDAD.**

### **SENTENCIA NUMERO: TRESCIENTOS NOVENTA**

En la ciudad de Córdoba, a los veintiséis días del mes de diciembre de dos mil once, siendo las nueve horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la doctora María Esther Cafure de Battistelli, con asistencia de las señoras Vocales doctoras Aída Tarditti y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos **“Milanesio, Pablo Sebastián p.s.a robo seguido de lesiones leves –Recurso de Casación-”** (Expte. “M”, 52/2009), con motivo del recurso de casación interpuesto por el Dr. Jorge Alberto Valverde, a favor del imputado Pablo Sebastián Milanesio, en contra de la Sentencia número ciento veintidós, del catorce de septiembre de dos mil nueve, dictada por la Cámara en lo Criminal y Correccional de Primera Nominación de la ciudad de Río Cuarto.

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

- 1)-. ¿Resulta incompleta la parte dispositiva del fallo en crisis en cuanto a elementos esenciales?
- 2)-. ¿Ha sido indebidamente fundada la conclusión sobre la existencia de la causal de inimputabilidad alegada por el imputado Pablo Sebastián Milanesio?
- 3)-. ¿Resulta erróneamente aplicado el art. 166 inc. 1 y 2 del CP?
- 4)-. ¿Qué resolución corresponde dictar?

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

**A LA PRIMERA Y SEGUNDA CUESTIÓN:**

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

I. Por Sentencia n° 122, del 14 de septiembre de 2009, la Cámara en lo Criminal y Correccional de Primera Nominación de la ciudad de Río Cuarto, resolvió: "*1.- Declarar a **Pablo Sebastián Milanesio**, de condiciones personales ya reseñadas, autor penalmente responsable de robo calificado por empleo de arma impropia y por resultado lesivo (art. 166 inc. 1° y 2° del CP), condenándolo a la pena de seis años y ocho meses de prisión, accesorias de ley y costas (arts. 5, 9, 12, 29 inc. 3, 40, 41 del CP, 412, 550 y ss del CPP).- 2.- Disponer como medida de seguridad curativa, el sometimiento del nombrado a un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación por dependencia psicofísica a los estupefacientes, terapéutica que estará a cargo de personal profesional del arte de curar del Servicio Penitenciario de Córdoba y/o de nosocomio público, de cuyos avances deberá informarse al Tribunal con frecuencia bimensual, o la que a su turno disponga el Sr. Juez de Ejecución Penal (arts. 16 y 19 de la Ley 23737)" (fs. 205).*

**II.** El Dr. Jorge Alberto Valverde, defensor del imputado Pablo Sebastián Milanesio, interpone recurso de casación en contra de la citada decisión y desarrolla argumentos que sustentan el motivo formal de casación (CPP, art. 468 inc. 2).

En concreto, entiende que la sentencia resulta incompleta en los elementos esenciales de su parte dispositiva (CPP, art. 413 inc. 5), por cuanto omitió resolver el expreso pedido de declaración de inimputabilidad expuesto por esta parte (CP, art. 34, inc. 1).

Aclara que ha quedado firme la existencia material e histórica del hecho y de la participación del imputado. Sin embargo, controvierte lo relativo a la comprensión del mismo por parte del imputado.

Recuerda que en los alegatos sostuvo que al momento de realizar la conducta, el acusado presentaba alteraciones morbosas suficientes que le impidieron comprender la criminalidad de sus actos y la dirección de sus acciones. Justifica dicho extremo fáctico en la pericia psiquiátrica practicada a Milanesio y del informe médico policial (fs. 6 y 95).

Añade a dichas probanzas que incluso el propio sentenciante consideró que el objetivo furtivo del imputado consistió en obtener dinero para adquirir droga. Refiere que se constató su adicción con los sucesivos tratamientos de rehabilitación

con intervención del médico Alberto Logiúdice (fs. 164), de la licenciada en psicología Anabella Gonel (fs. 193), del Hospital de Río Cuarto (fs. 166/185) y últimamente, hasta el 11 de enero de 2009, de la Fundación Reto a la Vida (fs. 160).

Señala que no sólo se omitió la ponderación de dichas pruebas, sino que además fueron parcialmente valoradas. Es que existe un único párrafo de la sentencia que, de alguna manera, refiere a la inimputabilidad mencionada, en el cual arribó a una conclusión errónea y motivada en pruebas inexistentes.

Niega que el Dr. Gustavo Zanlungo haya señalado que las sustancias consumidas por el imputado no le impidieron que el día de comisión de los hechos pudiera comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones. Es que, a su criterio, el verbo "estimo" utilizado por el galeno no resulta concluyente, sino por el contrario, una mera probabilidad, que se justificaba porque en la entrevista el imputado se hallaba hacía 20 días alejado del consumo de sustancias a las que es adicto. Es mas, advierte, el perito sostuvo que era aplicable a su asistido la medida de seguridad curativa (art. 16 de la ley 23.767).

Recuerda que Milanesio declaró que no se acordaba de nada de lo ocurrido. Reitera que su defendido es un enfermo -droga dependiente- que presenta

trastornos por abusos de sustancias, que fracasó en los diferentes programas de recuperación enunciados.

Añade otros indicios que demuestran que actuó bajo el efecto de estupefacientes. Destaca que no se trató de un hecho esporádico de consumo, ni de una inimputabilidad inducida para ese solo acto, sino que se probó que se trata de un enfermo, que ha tratado -sin lograrlo- de curarse, realizando tratamientos ambulatorios e internaciones.

Considera que la ausencia de tratamiento de esta cuestión en el resolutorio impugnado, justifica la nulidad del mismo y así lo solicita (fs. 210/215).

**III.** El recurrente señala que en la sentencia se omitió resolver su planteo vinculado con la existencia de un estado de inimputabilidad del acusado, por hallarse al momento del hecho bajo los efectos de estupefacientes. Además, estima que las conclusiones relacionadas con este tópico han sido acreditadas en base a la valoración fragmentaria de la prueba. Dada la íntima relación entre ambos agravios, abordarlos conjuntamente.

**1.** En los alegatos, luego de dar por acreditado la existencia material del hecho y la participación del imputado en él, el defensor solicitó se lo absuelva por cuanto actuó en un estado de inimputabilidad (CP, art. 34 inc. 1) (fs. 195 vta.). Por su parte, el prevenido expuso que pedía disculpas a las damnificadas y a sus

familiares, y que no tenía más nada que agregar ya que no recordaba lo sucedido (fs. 196).

**2.a.** El Tribunal de mérito expuso en relación al estado del imputado que *"muestra de que su obrar fue con pleno gobierno comportamental y lucidez de conciencia, a mas de la aseveración del experto forense en ese sentido, es el despliegue de la argucia con la que el prevenido logró acceder al interior de la vivienda y la reacción que tuvo ante el policía Rivero expresando estar en ese trance solo por droga y conciente del mal que había causado con aquéllo de que "la vieja está tirada en el pasillo". En efecto, el **Dr. Gustavo Zanlungo**, médico psiquiatra de los Tribunales dijo paciente de "un trastorno por Abuso de Sustancia Psicoactivas", dejando en claro que ello no impidió "...que el día de comisión de los hechos pudiera comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones" (fs. 201 y vta.).*

**b.** Finalmente, en la parte dispositiva, según ya se ha consignado en el punto **I**, el juzgador no ha efectuado referencia alguna a este planteo, limitándose a disponer como medida de seguridad curativa, el sometimiento de Milanesio a un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación por dependencia psicofísica a los estupefacientes, terapéutica que estará a cargo de personal profesional del arte de curar del Servicio Penitenciario de Córdoba y/o nosocomio público, de cuyos

avances deberá informarse al Tribunal con frecuencia bimensual, o la que a su turno disponga el Sr. Juez de Ejecución Penal (arts. 16 y 19 de la ley 23737) (ver fs. 357).

**IV.1.** Entrando al análisis de la cuestión, cabe señalar que **la omisión material es el silencio respecto de un concepto que la parte dispositiva debió consignar** (Cfr. NÚÑEZ, Ricardo, "*Código Procesal Penal Anotado*", Nota (4), al art. 133) (TSJ, Sala Penal, "Cesarín", A. N° 414, 29/10/01).

Además, esta Sala tiene dicho que, si el agravio del recurrente resulta fundado en un mero *lapsus calami* no susceptible de afectar garantía constitucional alguna, no resulta admisible como motivo de casación. *A contrario sensu*, deviene en un motivo de casación, el error material que lesiona una garantía constitucional (TSJ, Sala Penal, "Ferrero", S. n° 324, 15/12/2009).

Por otra parte, el artículo 406 del CPP dispone que en la deliberación el Tribunal "*resolverá todas las cuestiones que hubieran sido objeto del juicio...*". Congruentemente, el inciso 2° del artículo 408 exige que la sentencia contenga "*el voto de los jueces y jurados sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen...*", y el inciso 4° obliga a consignar "*la parte resolutive*". Por último, el artículo 413, en su inciso 5° dispone sanción de nulidad absoluta a la sentencia

"cuando faltare o fuere incompleta en sus elementos esenciales la parte dispositiva".

De las normas reseñadas surge el siguiente correlato: planteada una cuestión por las partes, debe ser abordada por el Tribunal en la deliberación, y luego consignada en su resolución, tanto en los considerandos de los votos respectivos como en el capítulo dispositivo (TSJ, Sala Penal, "Müller", S. n° 86, 20/09/2004, Ferrero, cit.).

2. En autos, el impugnante denuncia, principalmente, que el sentenciante si bien ha tratado la existencia del estado de imputabilidad de Milanesio al momento de cometer el hecho, no ha consignado dicha respuesta en la parte dispositiva del fallo.

A mi juicio, el referido yerro material denunciado por el quejoso surge, tal como ha sido descrito *supra*, a partir de la lectura de las constancias del fallo reseñadas en el punto **III**.

Entiendo que lo anterior constituye un claro "error material", pues la decisión de rechazar dicha cuestión (que se omitió consignar en la parte resolutive) surge prístino a partir de los considerandos del decisorio.

3. En relación con la indebida fundamentación relativa a que el imputado obró de modo inimputable a causa del uso de sustancias psicotrópicas, cobra relevancia lo expuesto por el sentenciante reseñado en el punto **III.2.a.**

En efecto, la Cámara allí valoró el *planeamiento* evidenciado por el imputado que engañó a Elda Amanda Mondino para lograr ingresar en su domicilio, reduciendo en esa oportunidad a ella y a Francisca Susana de Debernardis, que de casualidad se introdujo en la vivienda por la puerta del garage que estaba abierta. A continuación, las trasladó, a una sujetándola del brazo y a la otra del cuello, no pudiendo éstas desembarazarse del muchacho que finalmente las hizo caer y en el piso continuó golpeándolas a puntapiés. En ese momento, Mondino le indicó que en un cajón del ropero había dinero y algunas joyas, pero el acusado intensificó la golpiza, que en el caso de Debernardis incluyó un golpe en el rostro con un pesado pedestal que la dejó inconsciente (fs. 199 y vta.).

En esos momentos, un transeúnte, José Miguel Bueno, llamó a la policía, interviniendo en el operativo los oficiales Cristián Hugo Bottino y Cristián Gastón Rivero; este último, ingresó por la puerta de la cochera donde se dio de frente con Milanesio quien le expresó que al darle la voz de alto, que había ido por dinero para la "merca" -droga- y que "la vieja estaba tirada en el pasillo".

Refuerza tales consideraciones, que el imputado luego de ser apresado procuró evadirse de la acción de los policías cuando una vez esposado y puesto sobre el coche patrullero, aprovechando que Rivero se dirigió a auxiliar a las damnificadas, emprendió su fuga siendo atrapado nuevamente por Bottino a un par de cuadras del lugar (fs. 200 y vta.).

Además, el Tribunal refirió que el imputado había dejado casi al frente del domicilio de Mondino su vehículo afectado al servicio de remis, dándole aviso a la central cerca de las 19.00 que cesaba su tarea, lo que impediría ser rastreado como unidad móvil en actividad (fs. 201).

Todas estas circunstancias son demostrativas del plan pergeñado por Milanesio, quien aprovechando la edad de su víctima y que ésta lo conocía, consiguió ingresar a su morada, reduciéndola a ella y a su vecina que de casualidad se encontraba en allí, sustrayéndole finalmente objetos de valor (dinero y joyas). Además, una vez arrestado por los policías, procuró -fallidamente- escapar, lo cual también demuestra la plena conciencia de la situación en la que se hallaba.

Como corolario de lo anterior, el sentenciante ponderó los dichos del perito psiquiatra, Dr. Zanlungo, que expresamente sostuvo que Milanesio, "*el día de la comisión de los hechos que se imputan, pudo comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones*" (fs. 95), tergiversando el recurrente el verbo "estimo"

utilizado por el galeno en su dictamen, subrayando que aquél se expidió asertivamente sobre dicha circunstancia.

De este modo, cabe concluir que ha sido debidamente fundamentada la conclusión acerca de la concurrencia de un estado de imputabilidad al momento que Milanesio realizó su conducta criminal.

V. Por ello, a la presente cuestión planteada, respondo negativamente.

Así voto.

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

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

**La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:**

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

**A LA TERCERA CUESTIÓN:**

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

I. El recurrente al amparo del motivo sustancial de casación (CPP, art. 468 inc. 1), sostiene que ha sido erróneamente aplicado el art. 166 incs. 1 y 2 del CP.

En concreto, sostiene que el robo no se consumó por razones ajenas a la voluntad del autor, porque su asistido fue detenido por personal de la policía mientras se encontraba en la vivienda.

Señala que la interpretación propiciada por el sentenciante implicaría desconocer los institutos de la tentativa y el desistimiento voluntario (CP, art. 42 y 43). Advierte que la misma supone que todo delito de robo con el uso de armas propias o impropias debería tenerse como consumado ya que la utilización de ésta tiende a la consecución del fin delictivo. Refiere que el arma ha sido empleada antes de la consumación

En base a dicha intelección, muestra que el hecho debió encuadrarse en las figuras de robo calificado por el resultado lesivo -consumado- y robo calificado por el uso de arma impropia en grado de tentativa, lo cual es absurdo.

Niega que el delito contemplado en el art. 166 inc. 1 establezca una excepción a lo reglado en materia de tentativa y desistimiento voluntario, y que basta con acreditar la voluntad del autor, para darlo por consumado luego de producir las lesiones.

Estima que no debe modificarse la ley mediante una interpretación forzada de la misma, mucho menos si es perjudicial para el imputado.

Solicita que se case la sentencia, disponiéndose para el caso la aplicación de lo dispuesto en el art. 166 inc. 1 y 2, y 42 del CP, que regulan el delito de robo calificado por las lesiones y el uso de armas en grado de tentativa (fs. 215 vta./218 vta.).

**II.** En razón del planteo efectuado por la defensa, corresponde reseñar el hecho atribuido al imputado, el cual consistió en lo siguiente:

*"El veinticinco de marzo de dos mil nueve, alrededor de las veintiuna, Pablo Sebastián Milanesio mediante argumentos falsos, logró que Elda Amanda Mondino, de ochenta y un años de edad le franqueara la entrada a su domicilio sito en calle Mitre n° 1268 de esta ciudad. Tras él y de visita, ingresó al inmueble por la misma puerta del garage Susana Cuenca de Debernardi, de sesenta y nueve años de edad. Encontrándose todos en la cocina, sorpresivamente Milanesio, en tren de cumplir con su objetivo de sustraer dinero y objetos de valor con lo cual hacerse de alcaloides que habitualmente consume, atacó a las mujeres, a las que sometió a golpes de puño y empujones hasta hacerlas caer. En el suelo, Mondino fue presionada en el cuello y Cuenca de Debernardi golpeada en el rostro con un pie de maceta conformado por una columna cilíndrica y dos cubos en los extremos de material sintético en imitación mármol. Con diversas piezas de oro, bijouterie y una menguada suma de dinero*

*en su poder, Milanesio procuró irse pero en la misma vía por la que había entrado, pero fue apresado por personal policial que había sido advertido de lo que estaba ocurriendo. Parte de lo habido, guardado en bolsillos del pantalón, fue recuperado cuando Milanesio ya en local policial fue sometido a una requisa personal. Las lesiones provocadas a ambas mujeres mayores distribuidas por todo el cuerpo pero fundamentalmente las ubicadas en la cabeza provocaron peligro de muerte y la inhibición para todo tipo de tareas por más de un mes"(fs. 202 y vta.).*

**III.1.** Sobre el tópico que es traído a examen a esta sede, tuve oportunidad de expedirme en los autos "Loyola" (S. n° 28, 20/04/2006), por lo que las consideraciones allí sostenidas resultan de suma utilidad.

En el referido precedente se destacó que esta Sala Penal en los autos "Herrera" (s. n° 97, 30/7/1999), "González" (s. n° 66, 27/7/2001), "Ponce Godoy" (s. n° 1, 13/2/2003) y "Olea" (s. n° 9, 21/2/2005) -voto del Señor Vocal Doctor Luis Enrique Rubio-, señaló que la norma contenida en el art. 166, inc. 1ro. CP., tipifica una circunstancia **agravante** del delito de robo, contemplado en el art. 164 del mismo digesto: la causación de lesiones graves o gravísimas (CP, 90 y 91), mediante "las violencias ejercidas para realizar el robo".

La figura penal del **robo con lesiones** -como ha venido a denominarse generalizadamente en la doctrina- encuentra como fundamento del mayor reproche penal al atentado contra la propiedad allí contenido (Título VI, Libro Segundo, Código Penal), por el resultado ilícito producido; precisamente, un menoscabo de la incolumidad material de las personas.

El tipo del art. 166 inc. 1ro. comprende tanto las **lesiones accidentales** y las preordenadas respecto del robo, las que pueden ser ejercidas por el ladrón en cualquiera de los momentos y con los fines a que se refiere el art. 164, pues todas ellas son violencias que realizan el robo (Cfr.: Núñez, Ricardo C., "Derecho Penal Argentino", Parte Especial V, Ed. Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1967, pág. 232).

De esa suerte, la ilicitud resultante viene a materializar un **tipo penal de ofensa compleja**, toda vez que las objetividades jurídicas que la conducta incriminada ofende son plurales: el patrimonio y, como se señaló, la integridad física de las personas. La situación es similar a lo que acontece en el marco del art. 165 del CP, en que el atentado contra la integridad física de las personas produce la muerte.

De otro costado, la figura penal en examen contiene un **tipo penal complejo** (cfr.: SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Segunda Edición, TEA, T. II, p. 200), consistente en la unificación de dos infracciones "cuya fusión da

nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen, tomadas aisladamente" (SOLER, Sebastián, ob. cit.). Las descripciones típicas tanto de la figura penal básica -robo- como del resultado agravante -lesiones graves o gravísimas- se hallan, pues, contenidas en el delito resultante de la fusión de ambos.

2. En razón de la última característica apuntada, y profundizando más aún en el examen de este particular tipo delictivo, y atento a la disparidad de criterios existente tanto en doctrina como en la jurisprudencia de este Tribunal, es necesario reparar en la admisibilidad de las reglas de la tentativa (art. 42 CP).

En el primero de los precedentes mencionados ("Herrera", supra cit.), se ha aludido a las distintas posiciones doctrinarias existentes y se señaló que:

\* Núñez ha sostenido que "agravando ya el delito las violencias ejercidas para facilitar el robo, la calificante no exige la consumación de este delito y, por ende, el tipo del art. 166, inc. 1º, se estructura tanto con la consumación de la ofensa a la propiedad, como con su tentativa. Esto excluye la posibilidad de la aplicación de las reglas de la tentativa" (Núñez, Ricardo, Derecho Penal Argentino, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967, Tomo V, p. 233). En igual sentido se expiden Creus (Derecho Penal, Parte Especial, Ed. Astrea, T. I, p. 431) y Laje Anaya (Comentarios al Código penal, Ed. Depalma, T. II, p. 69; Laje

Anaya y Gavier, Notas al Código Penal Argentino, Marcos Lerner Editora Córdoba, T. II., p. 314).

\* Por el contrario, han sostenido la tesis opuesta, esto es, aquélla que admite la aplicación de la regla de la tentativa en este delito complejo, Carrera Daniel Pablo ("La tentativa de los robos calificados de los arts. 165 y 166, inc. 1º del Código Penal", publicado en "Revista de la Facultad", N° 1, Volumen I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Año 1993, ps. 153 y 154) y Tarditti, Aída ("La aplicabilidad de la regla de la tentativa al robo con lesiones (art. 166 inc. 1º, CP)", publicado en "Semanario Jurídico", N° 943, p. 34), en donde concluye que: "...se advierte que entre el robo y las lesiones existe un concurso aparente de normas (consunción por la estructura o subsidiariedad tácita), relación que no altera la estructura de los tipos unidos por el legislador y de los cuales el preeminente,... es el robo. En consecuencia, mal puede considerarse consumado el delito, si no se ha completado su proceso ejecutivo. La consumación del tipo absorbido no la implica puesto que se trata de un caso de tentativa calificada".

\* La doctrina judicial de esta Sala, por otra parte, ha receptado igualmente la diversidad interpretativa.

En efecto, se ha expedido la Sala, con distinta integración y siguiendo la postura de Ricardo Núñez, *in re* "**Bassola, Ricardo Delfín**" (s. n° 17, del 16/8/78), en favor de la inadmisibilidad de las reglas de la tentativa para el delito de robo con lesiones. Allí se señaló: "Como esas violencias [a las que alude el art. 166, inc. 1º, CP], según surge del art. 164 CP, son también las que se ejercen antes del robo para facilitararlo, debe admitirse que aquella figura no exige, de modo indefectible, que además de la consumación de las lesiones graves se haya consumado, asimismo, un ilegítimo apoderamiento. Le basta con que aquéllas se hayan producido como consecuencia de las violencias empleadas para robar o sea, que su autor haya obrado persiguiendo un fin furtivo aunque, en definitiva, por circunstancias ajenas a su voluntad no lo haya alcanzado".

Esta posición se mantuvo por esta Sala, con diferentes integraciones, hasta la sentencia dictada en autos "**Rodríguez, Julio Julián**", de fecha 7 de mayo de 1993, en donde el Sr. Vocal de Primer Voto, Dr. Daniel Pablo Carrera, sostuvo: "...me inclino por aconsejar que la comisión del "delito complejo" del caso, sea resuelta con ajuste dogmático al tipo delictivo que respete su unidad (cfr. Ricardo C. Núñez, "Delitos contra la propiedad", Buenos Aires, 1951, p. 217, nota 20) y respete, también el límite de la ejecución delictiva resultante de lo que, en verdad, se ha acreditado que hizo el sentenciado, quien no logró quebrantar la tenencia de

cosas muebles ajenas. Por tanto: Julio Julián Rodríguez, debe ser declarado coautor responsable de tentativa de "robo con lesiones" (arts. 42, 45 y 166, inc. 1º, CP)...". A este voto adhieren los otros Vocales integrantes de la Sala. Ello no obstante, en ese fallo se reconoce como postura "científicamente correcta" la opuesta, según la cual respecto de los delitos complejos está "aceptado que sus disposiciones adelantan el momento consumativo del delito, centrándolo en el ataque a las personas, aunque no haya todavía acto alguno contra la propiedad" (BUSTOS RAMIREZ, Juan, "Manual de Derecho Penal", Ed. Ariel, Barcelona, 1986, p. 214).

Se agrega también en el fallo que esa es la posición establecida por la legislación comparada (art. 512, CP. español, Civitas, Madrid, 1986). La desaprobación doctrinal a esta posición se centra en que se consagra una excepción a las reglas generales sobre consumación en los delitos complejos (RODRIGUEZ DEVESA, José María, "Derecho Penal Español-PE", Ed. Dykinson, Madrid, 1987, p. 444).

Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en sentencia plenaria del 29/8/1967, *in re* "**Salvini o Gómez, J.C. - Robo, etc.**", concluye: "Si por las violencias ejercidas para realizar un robo, que queda en grado de tentativa, se causan algunas de las lesiones previstas en los arts.

90 y 91 del CP, la calificación legal correspondiente es la que prescribe el art. 166, inc. 1º, del C. Penal, consumada". En igual sentido, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala 3, con fecha 15/9/1995, *in re* "**Guarda, Hugo Carlos y otros**".

La Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, por mayoría, sostiene una posición distinta, con los siguientes argumentos: "Las lesiones del art. 166 inc. 1º del CP. (elemento normativo del tipo) pueden satisfacerse en cualquiera de los momentos de la realización del robo, ya que son violencias que "realizan" el robo, pero a condición de que éste se perfeccione, pues tales "violencias" no satisfacen por sí mismas el concepto legal de robo consumado. El proceso ejecutivo del robo es otra cosa y, en consecuencia, admite la tentativa" (voto en autos "**Iglesias, Diego Alberto**", de fecha 29/12/1992).

3. El sistema normativo-penal argentino sitúa en la cúspide de su protección, en tanto bienes jurídicamente protegidos, a la **vida y la incolumidad material** de las personas, como surge de la ubicación sistemática de las ilicitudes que atacan esas objetividades -Título II, del Libro Segundo, del Código Penal- y de las penalidades conminadas en abstracto para la punición de esas conductas.

La ubicación de la figura del robo con lesiones (CP, 166, inc. 1º), al igual que la de robo con homicidio (CP, 165), en el título destinado a los delitos contra la propiedad (CP, Título VI, del Libro Segundo), obedece a que -parafraseando el

argumento de Sebastián Soler para el delito del art. 165, CP.- la acción de la misma, tanto objetiva como subjetivamente, **tiende al robo y no a la lesión** (SOLER, Sebastián, op. cit., IV, p. 259).

Lo apuntado, entendemos, no modifica la prevalencia acordada en el sistema del código al bien jurídico **vida e integridad física. La especial estructura del tipo complejo permite tener por consumado el delito si el elemento normativo que lo agrava, -en el caso, las lesiones graves- se han producido.** Aplicar la regla de la tentativa porque el robo no se ha consumado es modificar esta norma de preeminencia. Esta alteración se torna evidente si se tiene presente que la pena a aplicarse resultaría menor a la prevista para la consumación de las lesiones gravísimas o del homicidio, en el caso del art. 165, CP, cuya interpretación es de igual criterio. La no consumación del robo constituye un aspecto de la comisión delictiva que debe ser valorada al momento de la aplicación de la pena en el marco fijado por los arts. 40 y 41, CP. La interpretación que sostenemos mantiene la funcionalidad del sistema en cuanto a las penas, sin lesionar los derechos del justiciable, pues al momento de la individualización se tendrá en cuenta la extensión del daño causado.

4. Bajo este marco conceptual, y teniendo en cuenta el hecho acreditado, considero que el Tribunal *a quo* ha observado el artículo 42 CP, puesto que los

datos fácticos establecidos en el hecho acreditado demuestran que la conducta desplegada por el encartado Milanesio encuadra en la figura del artículo 166 inc. 1° del CP.

Las circunstancias que conforman la plataforma fáctica fijada por el juzgador revelan que el accionar desplegado por el acusado se dirigió a menoscabar el patrimonio de la Sra. Mondino, para lo cual redujo a ella y a su vecina, la Sra. de Debernardis, mediante golpes de puño, puntapiés y estrellando un pie de maceta sobre la cabeza de la segunda de las nombradas, provocando que ésta se desmayara; a continuación, la dueña de casa le indicó dónde podía obtener dinero y joyas, que el imputado recogió para concretar sus fines ilícitos. Minutos después, el incoado fue detenido por personal policial que ingresó a la morada motivado por el llamado de un transeúnte, Bueno, que oyó los gritos de las mujeres desde dentro de la casa.

De ello se colige que las lesiones ocasionadas devinieron de las violencias empleadas para desapoderar a las víctimas, vale decir, persiguiendo un fin furtivo, aún cuando por circunstancias ajenas a su voluntad no lo hubiera alcanzado.

Surge así, que en el análisis de este tramo de los hechos cometido por Milanesio concurren dos tipos delictivos perfectamente identificados, no obstante ello la subsunción de estos sucesos me coloca frente al llamado "concurso de

leyes" o "concurso aparente de leyes". Ello es así, por cuanto si bien la acción puede ser enjuiciada según diversos tipos penales, basta empero uno de tales tipos por sí sólo para agotar el pleno contenido del ilícito del hecho" (cfr. Maurach, Gössel, Zipf, "Derecho Penal", Parte General, t. 2, Astrea, 1995, pág. 551). Por tanto, la esencia del concurso de leyes radica en que el hecho sólo puede ser enjuiciado de acuerdo con un tipo delictivo.

Voto, pues, negativamente.

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

I. Adhiero a las consideraciones vertidas en el voto de la señora Vocal preopinante, pues ya he emitido opinión acerca de la estructura y naturaleza del delito complejo, *in re* "Bustos, Ramón p.s.a. homicidio en ocasión de robo - Recurso de Casación-" (s. n° 29, del 25/6/96).

En efecto, si bien en el precedente señalado se analiza la figura del art. 165 del CP, idénticas razones me llevan a considerar al robo con lesiones (art. 166 inc. 1° ib.) como un delito complejo o compuesto.

Esta unidad delictiva que ofende a dos bienes jurídicos: la propiedad y la integridad material de las personas, no autoriza a afirmar que se trate de la mera concurrencia de dos tipos delictivos, el robo y las lesiones culposas o dolosas graves o gravísimas. Se trata de un tipo penal diferente, cuyo aspecto subjetivo se

distingue de las situaciones de concurrencia de los delitos, pues son delitos agravados por el resultado, por lo que aparece merecedora de una pena especial no equivalente a la que juega en caso de concurso real.

El art. 166 inc. 1º CP se encuentra en el título de los delitos contra la propiedad, el que resulta de aplicación porque la intención inicial del sujeto fue atentar contra ese bien jurídico. Ello no importa dar mayor preeminencia al bien jurídico propiedad sobre el bien jurídico vida. El autor o coautores del robo, se pusieron de acuerdo en llevar a cabo el apoderamiento. La intervención de los partícipes debe acordarse y efectuarse respecto del atentado violento contra la propiedad ajena y su propósito va encaminado hacia dicha finalidad. Las lesiones, en consecuencia, constituyen un suceso eventual que altera el designio inicial del autor, que excede así sus previsiones y resulta de las violencias ejercidas sobre las personas, para lograr el desapoderamiento. Quedan atrapadas en el tipo penal tanto las lesiones culposas como las dolosas, siempre que éstas no caigan en el marco previsto por el art. 80 inc. 7º *ibid.*.

En síntesis, constituye un delito indivisible (Cuello Calón, Eugenio, "Derecho Penal" Parte Especial, Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1940, T.II, pg. 134 y nota 17) que se consuma cuando el resultado lesivo se ha producido, o sea cuando uno de los bienes jurídicos ya ha sido lesionado.

Basta pues que el robo haya sido tentado o frustrado para aplicar la pena correspondiente al robo con lesiones consumado (Núñez, Ricardo, "Delitos contra la propiedad", ed. Editorial Bibliográfica Argentina, 1951, pág, 217/218 y 223). Esta circunstancia -tal como lo expresa la Sra. Vocal que me precede- deberá ser debidamente ponderada al momento de la imposición de la pena (arts. 40 y 41 CP).

Por el contrario, es preciso destacar que el robo consumado o tentado con una actividad del agente finalmente encaminada a lesionar, pero sin que la lesión se haya concretado, no constituye un supuesto del art. 166, pues falta el resultado de la violencia querido por la norma legal (Creus, Carlos, "Derecho Penal", Parte Especial Tomo I, Editorial Astrea, 1983, pág. 441).

Las lesiones deben reprocharse subjetivamente al autor, a título de culpa o dolo, quedando excluidas del reproche los resultados puramente fortuitos, al no resultar previsibles.

**II.** Por lo expuesto, y conforme la plataforma fáctica incommoviblemente fijada por el Tribunal de Juicio, la sentencia en crisis resulta ajustada a derecho.

Así me pronuncio.

**La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:**

**I.** Comparto en un todo la relación de causa efectuada por la Sra. Vocal del primer voto -apartados I y II-, por lo que allí me remito en homenaje a la brevedad.

Otro es, sin embargo, el sentido en que voy a expedirme.

**II.1.** Con respecto a la cuestión traída por el recurrente a conocimiento de esta Sala, he tenido ya oportunidad de analizarla con anterioridad (TSJ, Sala Penal, “Herrera”, s. n° 97, 30/7/1999; "González", s. n° 66, 27/7/2001; "Ponce Godoy", s. n° 1, 13/2/2003; y "Olea", s. n° 9, 21/2/2005), por lo que he de traer a colación aquí las consideraciones que entonces efectuara.

**2.** El art. 166 inc. 1° del Código Penal califica el tipo básico del robo, si de las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.

En cuanto al momento consumativo de esta figura y mirado en el plano de su relación con el tipo básico o simple del robo (art. 164), resulta claro que el aquí analizado constituye un **tipo especial**.

Contemplado en orden al bien jurídico tutelado, puede calificárselo con un **tipo de ofensa compleja**, atendiendo a la pluralidad de bienes jurídicos afectados (Núñez, Ricardo C., “Manual de Derecho Penal”, Parte General, 4° ed. actualizada por Roberto Spinka y Félix González, Lerner, 1999). Ello así porque resulta afectada la incolumidad de las personas, además de la propiedad, que es sin embargo el **bien** al cual atendió el legislador para ubicarlo en el **Título VI** de los **Delitos contra la propiedad**, como una de las agravaciones del robo. Se señala

que en tales tipos, la ubicación sistemática implica la prioridad en la conducción dogmática del bien donde han sido situados por la ley, aún cuando se trate de bienes "no equivalentes", como acontece en otros delitos pluriofensivos, por ejemplo el robo, la extorsión -predominio de la propiedad frente a la libertad- (Maurach-Zipf, "Derecho Penal - Parte General", Astrea, trad. de la 7ma. edición alemana 1994, p. 340, 341).

Analizado con relación a su estructura, el tipo del robo con lesiones graves o gravísimas, puede ser calificado como un **tipo complejo** o **compuesto**. Utiliza la primera expresión Soler, quien considera al tipo que unifica dos infracciones "cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen, tomadas aisladamente" ("Derecho Penal Argentino", 2da. ed., TEA, T. II, p. 200). Emplea la segunda expresión Núñez, quien expone que los tipos se dicen compuestos "si de la unión de dos o más tipos se forma uno nuevo" (Manual... cit., p. 147). El robo con lesiones resulta un tipo complejo o compuesto, toda vez que su estructura reúne en una unidad la descripción que efectúan tanto el tipo del robo básico o simple, como los de las lesiones graves o gravísimas.

Atendiendo a estas conceptualizaciones, la **consumación** del robo con lesiones -tratándose de un delito de **lesión-**, requiere de la efectivización de las plurales ofensas que se encuentran incluidas en su unificada estructura. De tal modo, cuando

se ha consumado la ofensa a la incolumidad de las personas (por medio de la lesión grave o gravísima), pero no se ha logrado la consumación de la ofensa relacionada con la propiedad, el proceso ejecutivo del delito no ha sido completado y, por tanto, corresponde la aplicación de la regla de la tentativa.

**3.** La conclusión a la que se ha arribado configura un punto discutido en la doctrina y la jurisprudencia.

En el ámbito de la doctrina jurídica, Núñez se pronuncia en contra de nuestra concepción. Para este jurista, "agravando ya el delito las violencias ejercidas para facilitar el robo, la calificante no exige la consumación de este delito y, por ende, el tipo del art. 166 inc. 1º, se estructura tanto con la consumación de la ofensa a la propiedad, como con su tentativa" (**Tratado...** cit., p. 233). Lo siguen Creus ("Derecho Penal, Parte Especial", Astrea, T. I, p. 431) y Laje Anaya ("Comentarios al Código penal", Depalma, T. II, p. 69; "Notas al Código Penal Argentino", Marcos Lerner Editora Córdoba, T. II., p. 314).

En la jurisprudencia, con el apuntado respaldo doctrinario se pronunció la Sala en el precedente "**Bassola, Ricardo Delfín**" (s. n° 17, 16/8/78), interpretando que el tipo del robo con lesiones "no exige, de modo indefectible, que además de la consumación de las lesiones graves se haya consumado, asimismo un ilegítimo apoderamiento. Le basta con que aquéllas se hayan producido como consecuencia

de las violencias empleadas para robar o sea, que su autor haya obrado persiguiendo un fin furtivo aunque, en definitiva, por circunstancias ajenas a su voluntad, no lo haya alcanzado". Siguen asimismo esa intelección, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (en el plenario "**Salvini ó Gómez**", 29/8/67; Sala 1, "**Campos, Néstor**", 31/12/91; Sala 2, "**Medina, Héctor**", 12/4/91).

Entre los autores, sostienen la aplicación de la regla de la tentativa en este delito complejo, Carrera Daniel Pablo ("La tentativa de los robos calificados de los arts. 165 y 166, inc. 1º del Código Penal", publicado en "Revista de la Facultad", Nº 1, Volumen I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Año 1993, ps. 153 y 154, en donde afirma: "Desentender la aplicación de la regla de la tentativa (art. 42) establecida sin ninguna limitación, como no sea que por sus caracteres las particulares figuras delictivas no la admitan, tiene un efecto chocante, pues deja de lado lo que objetiva y subjetivamente corresponde reprochar al acusado, con indeseable resultado: a menor criminalidad, mayor pena").

En la doctrina judicial de la Sala, el precedente ("**Rodríguez, Julio Julián**", s. nº 10, 7/5/93), participa de esa inteligencia. Se expone en el fallo la discusión doctrinaria en torno a una disposición similar del Código Penal español -relevante

en tanto fue una de las fuentes extranjeras citadas en el Proyecto de 1891- y con arreglo al principio **in dubio** que se considera aplicable también al derecho en cuestiones opinables, se concluye que la comisión del delito complejo debe ser resuelta con ajuste al tipo delictivo que respete su unidad y, por tanto, que respete "el límite de la ejecución delictiva resultante de lo que, en verdad, se ha acreditado que hizo el sentenciado, quien no logró quebrantar la tenencia de cosas ajenas".

Participan de la aplicación de la regla de la tentativa cuando no se ha consumado la ofensa a la propiedad la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires ("**Iglesias, Diego Alberto**", por mayoría, 29/12/92), toda vez que considera a las lesiones graves o gravísimas como un elemento normativo insuficiente por sí sólo para la consumación. Así también la Cámara Nacional de Casación Penal (Sala 3, "**Guardia, Hugo Carlos**", 15/9/95), en la inteligencia de que tales violencias no satisfacen por sí mismas el concepto legal de robo consumado, cuyo proceso ejecutivo admite la tentativa.

4. Se advirtió, además, que la admisión de la aplicación de la regla de la tentativa puede llevar a pensar que en algún supuesto (lesión gravísima) implica una inconsecuencia en torno al **máximo** de la escala penal aplicable. Ello así porque la del tipo complejo reducido conforme con la aludida disposición (7 años y

seis meses), resulta **inferior** al del máximo del tipo de la lesión gravísima que fue consumada (10 años).

Sin embargo, la inconsecuencia también se verifica en cuanto se repara que aún consumadas **ambas ofensas**, la escala penal, en su máximo, resulta **inferior** a la que se conformaría aplicando las reglas del **concurso real de delitos** (art. 55). En efecto, el legislador no construyó el máximo con la **suma** de los tipos que unificó (16 años, resultante de la adición de los topes de las penas para la lesión gravísima y el robo simple) y en contrapartida tampoco utilizó ese criterio para el mínimo (3 años, de la lesión gravísima que resulta el mínimo mayor).

Tal desajuste (advertido entre nosotros por Sánchez Freytes, Alejandro, "Estudio de las figuras delictivas", Delitos contra la propiedad, Advocatus, T. II-A, 1994, ps. 72 y 75), ha llevado a propiciar la supresión legislativa de los delitos complejos, toda vez que la aplicación de las reglas del concurso de delitos evitarían tales consecuencias (Bacigalupo, Enrique, "Manual de Derecho Penal", Parte General, Temis-Ilanud, 1984, 251 y 252).

En los proyectos de reforma del Código Penal Argentino, el Proyecto de 1960 participa de esa tesitura al no incluir dentro de las agravantes del robo la prevista por el inc. 1º del art. 167, por lo cual la concurrencia se regía por la regla del concurso real de delitos. La ley de reforma nº 17.567 -que rigió desde el 1/4/68

hasta que fue privada de eficacia por la ley n° 20.509-, siguiendo esa orientación, suprimió también la figura.

5. Por último, y en favor de la aplicación de la regla de la tentativa, no debe dejarse de lado que "se reconoce como un principio inconcuso, que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando, como verdadero, el que las concilie, y deje a todas con valor y efecto" (CSJN, Fallos 1:300). Por tanto, la inaplicabilidad de dicha disposición tendría que tener como fundamento la imposibilidad en razón del rechazo por la estructura del tipo (como ocurre en relación a los de simple conducta y los de pura omisión) o una regla expresa (por ej. la contemplada por el art. 872, del Código aduanero, texto según ley n° 22.415).

6. Con arreglo al desarrollo conceptual esgrimido y teniendo en cuenta el hecho acreditado, arribo a la conclusión de que la conducta del imputado Pablo Sebastián Milanesio configura los delitos de tentativa de robo calificado por lesiones graves, y por el uso de armas, ambos en concurso ideal (arts. 42, y 166 incs. 1ro. y 2do. -1er. sup.- y 54 CP).

Así voto.

**ALA CUARTA CUESTIÓN:**

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

Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso de casación deducido por el Dr. Jorge Alberto Valverde, a favor del imputado Pablo Sebastián Milanesio, por unanimidad en relación a la primera y segunda cuestión y por mayoría la tercera. Con costas (CPP, 550/551).

Así voto.

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

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

**La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:**

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;

**RESUELVE:** Rechazar el recurso de casación deducido por el Dr. Jorge Alberto Valverde, a favor del imputado Pablo Sebastián Milanesio, por unanimidad en

relación a la primera y segunda cuestión y por mayoría la tercera. Con costas (CPP, 550/551).

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

**Dra. María Esther CAFURE DE BATTISTELLI**  
Presidenta de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia

**Dra. Aída TARDITTI**  
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

**Dra. M. de las Mercedes BLANC G. DE ARABEL**  
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

**Dr. Luis María SOSA LANZA CASTELLI**  
Secretario del Tribunal Superior de Justicia