

Tipo Tribunal Fuero: **de Emisor:** **Fallo:** SENTENCIA SUPERIOR PENAL
TRIBUNAL

Título Principal: RECURSO DE CASACIÓN PENAL - JUICIO ABREVIADO - PROCEDENCIA DEL RECURSO - ROBO CON ARMAS - ARMA DE FUEGO - ARMA DEFECTUOSA - AGRAVANTES DE LA PENAL.

PARTES INTERVINIENTES EN EL FALLO
Actor: MUÑOZ, LUCIANO
Demandado:
Objeto: P.S.A. ROBO CALIFICADO POR 41 QUARTER - RECURSO DE CASACIÓN

Firmantes:
TARDITTI CAFURE BLANC DE DE BATTISTELLI ARABEL

Materias:
PROCESAL PENAL PENAL

REFERENCIAS

- **Referencias Jurisprudenciales:** -----
- **Referencias Normativas:** CP 000000 0000 0000 000 , CPP 000000 0000 415 000

Sumario: 1- En un juicio abreviado, sólo es procedente el recurso de casación por el motivo sustancial, pues la calificación jurídica aplicable a la imputación, no forma parte del acuerdo que viabiliza el trámite instituido por el artículo 415 de la ley ritual. 2- Los imputados se valieron de un arma de fuego no operativa por lo que el hecho debe encuadrarse dentro de la órbita del artículo 166 inc. 2 último párrafo del C.P. Desde la reforma de la ley 25.882, en el art. 164 del C.P. el autor del robo no debe haber utilizado armas al cometer el hecho delictivo. La circunstancia agravante de utilizar arma de fuego para cometer el ilícito impide ingresar en esa norma. A más de ello, en razón de la subsidiariedad establecida en el segundo párrafo del art. 41 bis, dicha agravante genérica ya no puede ser de aplicación al delito de robo, toda vez que excluye de su órbita a los delitos en los que "la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate", condición que no puede predicarse respecto del robo atento a lo dispuesto por el art. 166 inc. 2 del C.P. La razón de ser de la agravante recae en la mayor intimidación que la utilización de éstos elementos -arma de fuego- generan en la víctima y no en la peligrosidad reflejada en el autor del hecho.

Texto: SENTENCIA NÚMERO: DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE En la Ciudad de Córdoba, a los cuatro días del mes de noviembre de dos mil ocho, siendo las diez horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos "MUÑOZ, Luciano p.s.a. robo calificado por 41 quarter -Recurso de Casación-" (Expte. "M", 46/2006), con

motivo del recurso de casación interpuesto por los defensores del imputado Luciano Muñoz, Dres. Jorge Eduardo Helal y Griselda Noemí Ortiz, en contra de la Sentencia número cuarenta y dos, dictada el cinco de octubre de dos mil seis, por la Cámara en lo Criminal de Décima Nominación de la Ciudad de Córdoba, en Sala Unipersonal integrada por el Sr. Vocal Dr. Juan José Rojas Moresi. Abierto el acto por la Sra. Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes: 1º) ¿Ha sido erróneamente aplicado el art. 166 inc. 2, último párrafo del C.P.? 2º) ¿Qué resolución corresponde adoptar?. Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. María Esther Cafure de Battistelli, Aída Tarditti y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel. A LA PRIMERA CUESTIÓN La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo: I. Por sentencia n° 42, del 5 de octubre de 2006, la Cámara en lo Criminal de Décima Nominación de la Ciudad de Córdoba, en Sala Unipersonal integrada por el Sr. Vocal Dr. Juan José Rojas Moresi, resolvió declarar -en lo que aquí interesa- a Luciano MUÑOZ, ya filiado, coautor penalmente responsable del delito de robo calificado agravado (arts. 45, 166 inc. 2, último párrafo y 41 quarter C.P.), hecho contenido en la requisitoria fiscal de fs. 85/88 e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de cuatro años de prisión, adicionales de ley y costas (arts. 5, 9, 12, 29 inc. 3, 40 y 41 C.P. y 550 y 551 del C.P.P.) (ver fs. 112 vta.). II. En contra del decisorio aludido deducen recurso de casación los Dres. Jorge Eduardo Helal y Griselda Noemí Ortiz, defensores del imputado Luciano Muñoz, invocando el motivo sustancial de casación (art.468 inc. 1 C.P.) por entender que en el caso se ha aplicado erróneamente el art. 166, inc. 2 último párrafo del C.P. (fs. 114/118). Al comienzo de su libelo recursivo, los impugnantes reproducen el hecho que el tribunal tuvo por acreditado en la sentencia. Luego de ello, expresan su disconformidad con la calificación legal establecida por el a quo, en este sentido refieren "...Si bien se considera como figura agravante o calificante, una conducta reprochable por el uso de un arma de fuego, y en consecuencia podrá determinarse un incremento en la punición por ser expresiva de una mayor peligrosidad del autor; o bien la utilización de un arma de fuego para cometer un robo resulta integrar una descripción fáctica de la conducta, circunstancia que impide su "doble valoración". El tipo penal seleccionado para penar a Muñoz, es el previsto en el art. 164 del C.P. -robo- destaca un apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble total o parcialmente ajena, cometido con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas. No obstante ello, dos son las razones que se relacionan para intensificar la pena que pudiere corresponder al tipo básico del robo; a) el peligro real y concreto que crea para el sujeto pasivo la utilización de un arma de fuego por parte del sujeto activo, y b) el mayor poder intimidante que experimente el sujeto pasivo". A posteriori continúan; "No debemos perder de vista que en el art. 41 del C.P. se enumeran las circunstancias o accidentes generales que si bien no pertenecen al tipo penal, son sin embargo aspecto que lo integran, toda vez que se comprende atribuirlos cuando uno de esos accidentes aparece constituyendo el tipo penal y su uso o manejo en el proceso ejecutivo del hecho ocurrido en la realidad -v.gr. el medio empleado-. La peligrosidad a la que hace referencia el artículo mencionado, debe ser entendida como un juicio sobre las características del individuo en su accionar delictivo y el medio o instrumento utilizado para su perpetración. Es por ello que la postura sostenida por el tribunal pone de manifiesto, una imprecisión consistente en la pretensión de coimputar la peligrosidad como agravante de la culpabilidad, esto es la que subyace (oculta) por la actuación del autor en el caso concreto y aquella que surge de la construcción del tipo penal. Son dos cosas diferentes: uno pertenece al campo valorativo del juicio de reproche; el otro al terreno axiológico o juicio de valor de la figura que no siempre coinciden". Continuando con su análisis exponen que: "Consecuentemente, cuando se plantea como circunstancia de agravación la

utilización de un arma de fuego, se trata de establecer un incremento en la punición, que se toma en consideración por el solo hecho de la utilización de un instrumento ya objetivado en el tipo penal, pero al mismo tiempo es constituyente de una descripción del comportamiento del sujeto activo, esto es se encuentra dentro de la estructura del tipo (art. 164 en función del 166 inc. 2 del C.P.) circunstancia o accidente éste que prohíbe su doble valoración, es decir, agravar dos veces por la misma circunstancia en la elección del tipo penal y en la graduación de la pena. Si bien nuestra ley penal no incluye un enunciado expreso sobre el principio de prohibición de la doble valoración, con la entrada en vigencia de ley 25.297 si se lo acoge en un enunciado específico para el caso de la utilización de arma de fuego, y éste es el art. 41 bis., segundo párrafo del C.P. el que expresa "Esta agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella -arma de fuego- ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate". Luego de citar doctrina, los impetrantes refieren; "Somos partidarios de aquellos que consideran que dicha norma afecta el principio de razonabilidad de las penas porque ese aumento tanto del mínimo como del máximo, no siempre guarda proporción con la gravedad del delito cometido. El principio de razonabilidad y proporcionalidad encierra el núcleo mismo del juicio de ponderación al momento de individualizar la pena. Se insiste en que "no puede afirmarse, sin serios reparos constitucionales que exista siempre y forzosamente un mayor contenido de injusto" que justifique el aumento de la respuesta represiva, en vinculación con el bien jurídico afectado. Ello viola la "prohibición de exceso" lo que justifica el restablecimiento del principio constitucional de lesividad en juego, por lo que se considera procedente la declaración aún de oficio, de la inconstitucional de la norma prevista en el art. 166 inc. 2º, en virtud que se ve lesionado el principio de igualdad (art. 18 C.N)". Entienden que, de lo expuesto, surge claramente la importancia del principio de culpabilidad en punto a sus requisitos y fines, dentro de los cuales está obviamente la relación entre los bienes jurídicos afectados que están en la consideración de la norma penal y la respuesta que debe concretarse respecto de aquel que los ha afectado. Citan jurisprudencia en este sentido. Finalmente, solicitan que se califique al caso bajo análisis dentro de la figura prevista en el art. 164 del C.P. -robo simple- con la agravante genérica del art. 41 bis. De no someterse a esta conclusión consecuentemente se deriva la inconstitucionalidad del art. 166 inc. 2. III. En primer lugar, cabe destacar que habiendo recaído la presente resolución en un juicio abreviado, sólo es procedente el recurso de casación por el motivo sustancial, pues la calificación jurídica aplicable a la imputación, no forma parte del acuerdo que viabiliza el trámite instituido por el artículo 415 de la ley ritual (T.S.J., Sala Penal, "Arias", S. Nº 27, 14/6/96; "Nápoli", A. Nº 224, 17/11/97; "Ceballos", A. Nº 516, 19/12/01). Con acierto, entonces, los impugnantes han deducido su pretensión conforme la única vía que habilita la revisión de la sentencia que los agravia y corresponde ingresar sin más al análisis de corrección sustantiva que solicitan. IV.1. En el fallo "Tinirello" (S. nº 100 del 7/09/2006), esta Sala Penal analiza distintos precedentes sobre la interpretación de la exigencia de la aptitud funcional del arma que se emplea en el robo; así reseña: Con anterioridad a la incorporación del artículo 41 bis, en la hermenéutica adoptada para la redacción del artículo 166 inc. 2º, primer supuesto, del C. Penal (según ley 20.642), se requería que aquel extremo -aptitud funcional del arma- fuera concretamente acreditado en el caso; en cambio, para los supuestos en los que la operatividad no podía probarse, la calificación legal recalaba en la figura básica del robo (art. 164 del C.Penal). En este estado de cosas, el marco normativo fue alterado por la sanción de la ley 25.297 (B.O. 22/09/2000), que introdujo una agravante genérica por el empleo violento o intimidatorio de armas de fuego (41 bis). Consecuentemente, en su

integración anterior y por mayoría, la Sala sostuvo que dichas armas, si eran aptas y se encontraban cargadas, se mantenía en el ámbito del artículo 166 inc. 2º, primer supuesto, del C. Penal, mientras que si se trataba de armas verdaderas pero cuya operatividad no se probó, ya no caían en la figura base, sino en el estrato intermedio con esta calificante genérica, que eleva en un tercio la escala penal del artículo 164 del Código de fondo, fijando así una sanción más gravosa para estos supuestos (un mes y diez días de prisión de mínimo, ocho años de prisión de máximo). Un nuevo escenario se generó a partir de la última modificación del inciso 2º artículo 166, por obra de la ley nº 25.882 (B.O. 26/04/2004). En lo atinente a la materia bajo análisis, se interpretó que esta norma eleva la pena por sobre los antiguos cinco a quince años de reclusión o prisión –aumentándolos respectivamente en un tercio- si lo que se emplea es un arma de fuego verdadera y operativa; ahora bien, si se esgrime una de utilería o una verdadera pero cuya “aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada”, la pena es significativamente menor –tres a diez años de reclusión o prisión- (T.S.J. “Ramírez”, S. nº 303, /07).

2. El escalonamiento gradual de puniciones que ha efectuado el legislador, enfatiza que el fundamento en que reposa la mayor entidad penal de la conducta de quien utiliza un arma para delinquir, tiene su razón de ser no sólo en la intimidación de la víctima, sino también en el mayor peligro real que ella corre ante un objeto que tiene capacidad ofensora (T.S.J.; “Villarruel”, S. nº 58, 31/7/2002, “Toledo”, S. nº 10, 10/3/2003; “Rodríguez”, S. nº 119, 11/11/2004; más recientemente “Martínez”, S. nº 283, 25/10/07, entre otros).

3. A partir de dicha hermenéutica y pasando al análisis concreto del supuesto traído a estudio, adelanto mi opinión en el sentido de que la pretensión deducida debe ser rechazada. Doy razones de ello: Del examen de la sentencia emergen las siguientes circunstancias de hecho relevantes para la solución jurídica del caso: a.- El hecho que se le imputa a Luciano Muñoz sucedió el día 26/06/06, fecha a en la que ya se encontraba vigente la última modificación del inciso 2º artículo 166, por obra de la ley nº 25.882 (B.O. 26/04/2004). b.- Los imputados Muñoz y Stolavai –menor de 14 años- utilizaron para desahuciar a la víctima un arma de fuego, corta o de puño, de carga múltiple, tipo revolver calibre 32”, de origen español, la cual fue secuestrada al costado del lugar donde se aprehendió al encartado Muñoz (Acta de Secuestro fs.5) c.- Conforme las conclusiones del informe balístico el a quo extrajo que el arma empleada no es un arma en condiciones operativas para el disparo. De lo expuesto surge claramente que, conforme a la reforma operada por la ley 25.882 –vigente al momento del hecho bajo estudio- y demás circunstancias de la causa –que los imputados se valieron de un arma de fuego no operativa-, el hecho debe encuadrarse, tal como calificara el a quo y contrariamente a lo pretendido por los impugnantes, dentro de la órbita del artículo 166 inc. 2 último párrafo del C.P. Ello es así, ya que luego de operada la reforma de la ley 25.882, para poder encuadrar una conducta en el art. 164 del C.P. el autor del robo no debe haber utilizado armas al cometer el hecho delictivo. La circunstancia agravante de utilizar arma de fuego para cometer el ilícito impide ingresar en la norma o figura básica pretendida por la defensa. A más de ello, en razón de la subsidiariedad establecida en el segundo párrafo del art. 41 bis, dicha agravante genérica ya no puede ser de aplicación al delito de robo, toda vez que excluye de su órbita a los delitos en los que “la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate”, condición que no puede predicarse respecto del robo atento a lo dispuesto por el art. 166 inc. 2 del C.P. Como se observa, la pretensión propugnada por los impugnantes postula desconocer la normativa vigente, la cual claramente adopta un criterio de especialidad con distintas hipótesis con escala punitiva progresiva, estableciendo así, una relación de

género a especie entre el art. 164 –tipo básico– y el 166 inc. 2 del C.P. Lo pretendido por los impugnantes sólo podría haber sido de aplicación antes de la reforma operada por la ley mencionada. Respecto a los argumentos traídos por los recurrentes en cuanto al aplicar el art. 166 inc. 2 último párrafo, se estaría realizando una doble valoración, no resultan de recibo toda vez que como ya se adelantara la razón de ser de la agravante recae en la mayor intimidación que la utilización de éstos elementos –arma de fuego– generan en la víctima y no en la peligrosidad reflejada en el autor del hecho. De otro costado, no puedo dejar de advertir que en el caso que nos ocupa el a quo al momento de mensurar la pena que correspondía aplicar al encartado Muñoz en base a las pautas establecidas en el art. 40 y 41 del C.P. en ningún momento valoró como circunstancia agravante la utilización del arma de fuego, tal como pretenden hacer ver los impetrantes (ver fs. 112 vta). Bajo estos parámetros, pues, estimo correcta la calificación que la Cámara ha dado al hecho, debiendo desecharse el recurso de casación intentado. Voto, pues, negativamente a la cuestión planteada. La señora Vocal doctora Aída Tarditti, 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 María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo: Estimo correcta la solución que da la señora Vocal María Esther Cafure de Battistelli, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de idéntica forma. A LA SEGUNDA CUESTIÓN: La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo: Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso de casación deducido por los Dres. Jorge Eduardo Helal y Griselda Noemí Ortiz, en su carácter de defensores del imputado Luciano Muñoz, con costas (arts. 550 y 551, C.P.P.). Así voto. La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo: La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido. La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo: Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. María Esther Cafure de Battistelli, 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 interpuesto por los Dres. Jorge Eduardo Helal y Griselda Noemí Ortiz, en su carácter de defensores del imputado Luciano Muñoz, 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.

Fallo N° 299 de fecha 04/11/2008