

ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (Art. 166, inciso 2º, tercer párrafo del C. Penal). Relación con la figura de robo simple. Concurso aparente de leyes: Regla de especialidad. Fundamento de la agravante. Constitucionalidad de la calificante. INTERPRETACIÓN DE LA LEY: Alcances.

I. Existe una la relación de género a especie entre el art. 164 (tipo básico) y el 166 inciso 2º del CP. La modificación efectuada por la ley 25882 adopta un criterio de especialidad con distintas hipótesis con escala punitiva progresiva. De este modo, se superó la discrepancia jurisprudencial previa respecto a cuál era la razón de la agravante, el peligro para la vida de la víctima o la intimidación mediante un arma de fuego cierta o simulada en el tipo penal anterior (art. 166 inc. 2).

II. El art. 164 del CP se aparta de la figura del hurto debido al empleo de fuerza en las cosas o violencia física en las personas de parte del autor y luego el art. 166, segundo inciso, atiende a una intensificación paulatina de riesgos en virtud del arma que se escoja para cometer el robo. Así, el primer párrafo agrava la pena del robo que se comete con armas y el segundo incrementa aún más el castigo si el arma utilizada fuera de fuego, disminuyéndose notablemente la escala punitiva prevista cuando no puede acreditarse la aptitud para el disparo del arma de fuego utilizada, graduación que configura un claro caso de lo que desde antaño se ha denominado concurso aparente de leyes.

III. En las disposiciones contenidas en el artículo 166 del CP, el agravamiento está dado por el mayor contenido de injusto que encierra el empleo de un arma, frente a la sola utilización de fuerza o violencia (figura básica de robo del art. 164 del CP) y luego, la utilización de un arma de fuego en relación a otro tipo de armas -por cuanto el legislador ha considerado razonablemente que su empleo encierra un peligro mayor al que pueden suscitar otros instrumentos que se utilicen en el ilícito. Peligro efectivo que se reduce si el arma utilizada es de utilería, o no puede probarse su operatividad, disminuyéndose la escala penal de 3 a 10 años (art. 166 inc. 2º tercer supuesto).

IV. El escalonamiento gradual de punitivos que ha efectuado el legislador, en el artículo 166 del CPP 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. A partir de dicha hermenéutica, se advierte que el tercer párrafo –al aludir a armas no operativas y armas simuladas- alberga situaciones de pura intimidación.

V. En los casos en que no se pueda determinar si el arma utilizada para cometer el robo es operativa o no, si era verdadera o de utilería, y en virtud de ello no sea

posible afirmar con certeza cuál fue el grado de peligro concreto que en el caso esa utilización representó para la víctima, lo cierto es que, como mínimo, la acreditación de su utilización es demostrativa *per se* de un mayor poder intimidante con relación a la víctima, siendo éste el fundamento de la regulación prevista en el tercer párrafo del inciso segundo del art. 166 CP.

VI. La expresión contenida en el art. 166 inc. 2º, último párrafo del C.P. (no pudiere tenerse de ningún modo por acreditada), se vincula directamente con la conformación del tipo objetivo de la figura del robo agravado con arma, compuesto por elementos descriptivos y normativos. El alcance asignado a dicha expresión no se contenta con atrapar únicamente al caso en que la operatividad del arma no fuera demostrada en el juicio, sino que ésta configura un supuesto de máxima previsto por el legislador; *a fortiori* la norma también incluye hechos en donde esta falta de capacidad de uso ha sido efectivamente comprobada. Tal interpretación se condice con el fundamento asignado a la norma (el empleo de un arma que se demuestra inoperativa intimidada a la víctima), y también con el sistema dispuesto en el art. 166 inc. 2 del CP en orden al grupo de casos del robo con armas.

VII. La completa descripción del medio empleado por el autor para cometer el hecho (especie de arma cuya aptitud para el disparo no ha podido tenerse de ningún modo por acreditada) constituye un elemento aclaratorio de la figura, pues su detalle y precisa determinación son necesarios a los fines de la perfecta configuración de la situación de hecho en cuestión, y a los efectos de subsumir la conducta del sujeto dentro de alguna de las distintas hipótesis del art. 166 del CP.

VIII. El legislador ya ha resuelto la situación de duda que puede presentarse respecto a la acreditación de la aptitud para el disparo de las armas de fuego utilizadas para cometer el robo, justamente a partir de lo previsto en el tercer párrafo del inciso 2º del art. 166 del CP, el que claramente sortea toda duda o imposibilidad de acreditar de algún modo esa circunstancia, brindando una solución claramente favorable al acusado, desde que evita que ante este tipo de supuestos la conducta sea encuadrada en el inciso 2º -segundo supuesto- de la norma, estableciendo, en cambio, una clara disminución en la escala penal en el tercer párrafo. Invocar, entonces, el principio del *in dubio pro reo* (respecto a la duda o imposibilidad de acreditar de algún modo la circunstancia antes aludida), para ubicar el comportamiento en el art. 164 del CP supone un claro yerro respecto del elemento sobre el cual debe recaer la duda. Para poder encuadrar una conducta en el art. 164 del CP, la duda debe centrarse, pues, en si se empleó o no un arma de fuego inoperativa o no verdadera, y no, en cambio, sobre la operatividad del arma de fuego cuya utilización se ha tenido por cierta.

IX. La potestad judicial de interpretar el derecho vigente no habilita al juzgador a decidir discrecionalmente la aplicación o no de una norma al caso concreto que

ésta regula por no compartir el contenido o la política legislativa en virtud de la cual se instauró esa norma. Lo único que autoriza a los jueces a no aplicar una norma, es la verificación de una manifiesta tensión entre la misma y una norma constitucional, supuesto en el cual necesariamente debe declarar su inconstitucionalidad en el caso concreto.

TSJ, Sala Penal, Sent. n° 01, 07/02/2013, "GAGLIARDINI, Leonardo Daniel y otros p.ss.aa. robo calificado – Recurso de Casación”, Vocales: Tarditti, Cafure de Battistelli, Blanc G. de Arabel.

SENTENCIA NUMERO: UNO

En la Ciudad de Córdoba, a los siete días del mes de febrero de dos mil trece, siendo las diez horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la doctora 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 caratulados "**GAGLIARDINI, Leonardo Daniel y otros p.ss.aa. robo calificado –Recurso de Casación-**" (Expte. "G", 68/2010), con motivo del recurso de casación interpuesto por el Dr. Manuel Fernando Sánchez, Fiscal de Cámara, en contra de la sentencia número veinticinco del veinticuatro de noviembre de dos mil diez, dictada por la Cámara en lo Criminal de Sexta Nominación de esta ciudad.

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

1º) ¿Se ha aplicado erróneamente el art. 164 CP?

2º) ¿Qué solución corresponde dictar?

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

A LA PRIMERA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por sentencia n° 25 del veinticuatro de noviembre de dos mil diez, la Cámara en lo Criminal de Sexta nominación de esta ciudad, en Sala Unipersonal, dispuso: “...II. Declarar a Leonardo Daniel Gagliardini coautor responsable de robo simple (arts. 45 y 164) e imponerle la pena de diez meses de prisión, la que se da por compurgada atento el tiempo que el mismo lleva detenido, y ordenar su libertad, con costas (arts. 5, 9, 29, inc. 3 y 550 y 551 del CP.P.) III. Declarar a Rodrigo Andrés Rojas coautor responsable de robo simple (arts. 45 y 164) e imponerle la pena de diez meses de prisión, la que se da por compurgada atento el tiempo que el mismo lleva detenido, y ordenar su libertad, con costas (arts. 5, 9, 29, inc. 3 y 550 y 551 del CP.P.)...”.

II. El Dr. Manuel Fernando Sánchez, Fiscal de Cámara, interpone recurso de casación contra dicha resolución, fundándolo en el inc. 1° del art. 468 CPP (fs. 305/307).

Invoca el motivo sustancial de casación, cuestionando una errónea aplicación del art. 164 CP (robo simple) con relación al hecho acreditado respecto de los imputados Leonardo Daniel Gagliardini y Rodrigo Andrés Rojas, por el que se les impuso la pena de diez meses de prisión.

Considera, en cambio, que el encuadramiento adecuado es en el delito de robo calificado por el empleo de arma de utilería (art. 166 inc. 2° -tercer supuesto- Cp), solicitando la imposición del mínimo legal de la pena prevista para el delito, es decir, tres años de prisión.

Explica al respecto, que al encontrarse probada la utilización de un arma para cometer el robo, pero no poder acreditarse si la misma era verdadera y menos aún si era apta y estaba cargada con munición de iguales características, dado que no hubo secuestro al respecto que permita conocer tales circunstancias, corresponde encuadrar el hecho en el tercer párrafo del inciso segundo del art. 166, y dentro de éste en la hipótesis más beneficiosa para el imputado.

De este modo, entiende que debió encuadrarse el caso en la hipótesis que refiere al uso de un arma de utilería, por ser ésta la situación más beneficiosa para el imputado, dado que, no obstante ser pasible este supuesto de la misma escala penal que el primero (arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada), el uso de un arma de utilería es indicativo de un menor peligro efectivo en la comisión del hecho, lo que al momento de individualizar la pena a imponer supondrá una sanción menor.

Peticiona, en definitiva, que el hecho sea reencuadrado legalmente en el delito de robo calificado conforme lo dispuesto en el art. 166 inciso segundo – tercer párrafo- del C.P.

III. El Sr. Fiscal Adjunto de la provincia ha mantenido el recurso de casación deducido por el Fiscal de Cámara, Dr. Manuel Fernández Sánchez, en su Dictamen P-11 de fecha 04.02.2011 (fs. 318/320), conforme lo dispuesto en el art. 464 del CPP.

IV. El hecho cuya calificación legal resiste el recurrente ha sido fijado de la siguiente manera: *“En fecha diez de enero de dos mil diez siendo*

aproximadamente las 5:40 hs. en oportunidad en que Laura Melina Carballo, Maribel Fiorino y Antonella Carla Fiorino circulaban por calle Agustín Garzón esquina Lola Mora de Barrio Miralta de esta Ciudad, se hicieron presentes de común acuerdo y con fines furtivos los imputados Rodrigo Andrés Rojas (de 19 años de edad), Leonardo Daniel Gagliardini (de 22 años de edad) y Martín Maximiliano Gómez, de 16 años de edad, y el prevenido Rodrigo Andrés Rojas, munido de un arma de fuego, procedió a apuntar con la misma a Maribel Fiorino en la cabeza a la que le solicitaba que le diera el dinero, mientras que el prevenido Leonardo Daniel Gagliardini, también munido de un arma de fuego, le revisaba a Maribel Fiorino los bolsillos traseros, le levantó la remera abajo del corpiño, descubriéndole de esa manera el abdomen y se apoderó ilegítimamente de un par de zapatillas de color negra número 40 con vivos de color gris y posteriormente Gagliardini le revisó los bolsillos del pantalón a Antonella Fiorino, le sacó el calzado, apoderándose ilegítimamente de un par de sandalias azul con botón plateado y de la suma de pesos diez (\$10) de propiedad de ésta; mientras tanto, el menor Martín Maximiliano Gómez, de dieciséis años de edad, se apoderó ilegítimamente de un par de sandalias de color blanco de propiedad de Laura Carballo, para luego de esto, darse a la fuga los tres sujetos, siendo aprehendidos a las pocas horas de ocurrido el hecho en las inmediaciones del lugar por personal policial Gagliardini y Gómez y por Cristian Casalengo, tío de Laura Carballo, el imputado Rojas, luego de que los

mismos fueran sindicados por las víctimas, no secuestrándoles armas alguna” (fs. 298/298 vta.).

V. El Tribunal de juicio ha considerado que el relato contenido en la requisitoria fiscal es la verdad en cuanto a cómo ocurrió el hecho (fs. 299 vta.), considerando que el encuadramiento legal que corresponde dar al mismo es en la figura penal de robo simple, de acuerdo a las consideraciones que se transcriben a continuación: *“...corresponde calificar legalmente el accionar delictivo desplegado por los acusados Leonardo Daniel Gagliardini y Rodrigo Andrés Rojas, como coautor responsable de robo simple (arts. 45 y 164 del C.P.) Como se observa, he mutado la calificación legal del hecho contenido en el auto de elevación a juicio de fs. 167/177 de robo calificado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada (arts. 45, 166 inc. 2 último párrafo en función del art. 164 C .P.) a robo simple (art. 164 C.P.); en razón que he sostenido (...) que “No aplico la figura delictiva tipificada y penada en el art. 166 inc. 2, 3º párrafo, 1º parte del C.P., porque es correcto sostener que “Este nuevo tipo penal, cuya redacción es de las más extravagantes del código penal...” y nota (285) “Lo particular de este caso es que se ha pretendido hacer pasar por elemento descriptivo –inaptitud para el disparo- a una problemática meramente probatoria –por lo tanto de derecho procesal (...) Si sostengo que el objetivo del proceso penal, no es otro que la búsqueda de una verdad formalizada, de una verdad forense: no una verdad histórico – empírica sino una verdad construida con base en principios*

estrictamente normativos y si el dolo no lo busco como realidad psíquica en la cabeza del sujeto, sino que debo analizar la verdadera naturaleza de la prueba, para así demostrar la decisión de la actuación delictiva; la sola fórmula normativa (uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada), hace que desconozca absoluta y definitivamente esta especial forma de acreditar el dolo: Los testigos –dignos de crédito-, solo bastan para afirmar que existió “un arma de fuego” y esa cuestión de hecho (la operatividad o no operatividad) no puede transformarse en una presunción “jure et de jure” para aumentar la escala penal. Debe aquí regir en su máxima expresión el principio “in dubio pro reo”, de raigambre constitucional. Es decir, lo probado –en estos casos- es que hubo violencia y al no ser completa la prueba; por aplicación del aludido principio, jurídicamente debe reconducirse la actuación –solo y únicamente en estos casos- a la figura penal general (art. 164 CP)”.

VI. Esta Sala Penal describe el delito de robo con armas a partir de sus distintos niveles de agravamiento. Desde la última modificación del inciso 2º del artículo 166 CP, por obra de la ley nº 25.882 (BO 26/04/2004), en lo atinente a la materia bajo análisis, se interpretó que esta norma eleva la pena que se emplea 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 (TSJ, “Laxi”, S. nº 302, 13/11/2009).

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 (TSJ, Sala Penal, “Laxi” cit, entre otros). A partir de dicha hermenéutica, se advierte que el tercer párrafo –al aludir a armas no operativas y armas simuladas- alberga situaciones de **pura intimidación**.

En el caso concreto, la expresión en crisis “no pudiere tenerse de ningún modo por acreditada”, se vincula directamente con la conformación del tipo objetivo de la figura del robo agravado con arma –compuesto por elementos descriptivos y normativos-.

La completa descripción del medio empleado por el autor para cometer el hecho (especie de arma cuya aptitud para el disparo no ha podido tenerse de ningún modo por acreditada) constituye un elemento aclaratorio de la figura, pues su detalle y precisa determinación son necesarios a los fines de la perfecta configuración de la situación de hecho en cuestión, y a los efectos de subsumir la conducta del sujeto dentro de alguna de las distintas hipótesis del art. 166 del CP.

El alcance asignado a dicha expresión no se contenta con atrapar únicamente al caso en que la operatividad del arma no fuera demostrada en el juicio, sino que ésta configura un supuesto de máxima previsto por el legislador; *a fortiori* la norma también incluye hechos en donde esta falta de capacidad de

uso ha sido efectivamente comprobada. Es que tal interpretación se condice con el fundamento asignado a la norma (el empleo de un arma que se demuestra inoperativa intimida a la víctima), y también con el sistema dispuesto en el art. 166 inc. 2 del CP en orden al grupo de casos del robo con armas.

Asimismo, en doctrina se comparte esta línea de pensamiento (MARUM, ELIZABETH A., *"Código Penal y normas complementarias- Análisis doctrinal y jurisprudencial"*, dirigido por Zaffaroni-Baigún, t. 6, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 312/313; SAYAGO, MARCELO J., *"Nuevo Régimen legal del Robo con Armas. Ley 25.882"* Ed. Advocatus, Córdoba, 2005, p. 144/148, TRABALLINI DE AZCONA, MÓNICA A., "El nuevo robo con armas (art. 166 inc. 2 CP) Las formas agravadas de la ley 25882. El arma de utilería", *Pensamiento Penal y Criminológico*, año V, n° 9, 2004, p. 259; FÍGARI, ENRIQUE RUBÉN, *"Robo análisis doctrinario y jurisprudencial"* Ed. Mediterránea, Córdoba, 2006, p. 197/198; REINALDI, VÍCTOR FÉLIX, *"Delincuencia armada"*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2004, p. 46; CREUS CARLOS Y BOUMPADRE JORGE EDUARDO, "Derecho Penal. Parte especial" t. 1, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 465/466).

Visto ello, e ingresando al análisis del caso concreto traído a estudio, se observa que la cuestión a resolver finca en determinar si el sentenciante aplicó correctamente la ley penal sustantiva al subsumir el hecho de marras, previamente transcrito en el pto. III, en el delito de robo simple (CP., art. 164) o si, por el contrario, incurrió en un error jurídico al dar este encuadramiento legal.

Se adelanta opinión en el sentido que corresponde rectificar el razonamiento del *a quo* en este aspecto, en cuanto el hecho, tal como se ha considerado acreditado, reúne las condiciones necesarias para ser encuadrado en la figura de robo agravado en los términos del tercer párrafo del inciso segundo del art. 166 del C.P.

Esta última norma no ha sido aplicada por el juzgador por una cuestión estrictamente interpretativa, tal como puede observarse de la lectura de los fundamentos del fallo recurrido con relación a este punto que han sido transcriptos supra (pto. IV).

Pero cabe advertir que el sentenciante no puede eludir la aplicación del art. 166, 2° inc., 3° párrafo del CP sin declarar su inconstitucionalidad, tal como ya lo indicó esta Sala a ese mismo tribunal en otro precedente (TSJ, “Contreras”, S. 275, 19/10/2010).

Pues el juzgador no puede soslayar la aplicación de una norma penal vigente que abarca en forma específica el supuesto de autos, simplemente por no compartir el contenido o la política legislativa en virtud de la cual se instauró esa norma. Ello resulta claramente violatorio de los principios de legalidad, igualdad ante la ley, división de poderes, taxatividad, certeza y seguridad jurídica.

Debe recordarse que la potestad judicial de interpretar el derecho vigente no habilita al juzgador a decidir discrecionalmente la aplicación o no de una norma al caso concreto que ésta regula por una cuestión de diferente criterio con relación a la política seguida por el legislador. Lo único que autoriza a los jueces

a no aplicar una norma, es la verificación de una manifiesta tensión entre la misma y una norma constitucional, supuesto en el cual necesariamente debe declarar su inconstitucionalidad en el caso concreto.

Es así que, si el tribunal no declaró la inconstitucionalidad del art. 166, inc. 2 –tercer párrafo- del CP, entonces debió aplicarlo, dado que el hecho que ha tenido por acreditado reúne las condiciones necesarias y suficientes para dar este encuadramiento y no otro.

Pues aún cuando no se haya podido determinar si las armas utilizadas por los encartados para cometer el robo eran operativas o no, si eran verdaderas o de utilería, y en virtud de ello no sea posible afirmar con certeza cuál fue el grado de peligro concreto que en el caso esa utilización representó para las víctimas, lo cierto es que, como mínimo, la acreditación de su utilización es demostrativa *per se* de un mayor poder intimidante con relación a las víctimas, siendo éste el fundamento de la regulación prevista en el tercer párrafo del inciso segundo del art. 166 CP.

También resulta errado el argumento del *a quo* por el que afirma que debe aplicarse al caso el art. 164 en virtud de la garantía constitucional del *in dubio pro reo*. Pues el legislador ya ha resuelto la situación de duda que puede presentarse respecto a la acreditación de la aptitud para el disparo de las armas de fuego utilizadas para cometer el robo, justamente a partir de lo previsto en el tercer párrafo del inciso 2º del art. 166 del CP, el que claramente sortea toda duda o imposibilidad de acreditar de algún modo esa circunstancia, brindando una

solución claramente favorable al acusado, desde que evita que ante este tipo de supuestos la conducta sea encuadrada en el inciso 2° -segundo supuesto- de la norma, estableciendo, en cambio, una clara disminución en la escala penal en el tercer párrafo.

De este modo, pretender, invocando el principio del *in dubio pro reo*, ubicar el comportamiento de los acusados en el art. 164 del CP supone un claro error respecto del elemento sobre el cual debe recaer la duda. Para poder encuadrar una conducta en el art. 164 del CP, la duda debe centrarse en si se empleó o no un arma de fuego inoperativa o no verdadera.

En cambio, la incertidumbre planteada en el supuesto legal en cuestión recae sobre la operatividad de las armas de fuego cuya utilización se ha tenido por cierta. Esta circunstancia agravante de utilizar un arma de fuego para cometer el ilícito impide ingresar en la norma o figura básica que aplicó el *a quo* (art. 164 del CP) que en el desapoderamiento no requiere el empleo de medio especial alguno.

Como se observa, el fundamento del sentenciante supone desconocer la relación de género a especie existente entre el art. 164 (tipo básico) y el 166 inciso 2° del CP -en el que necesariamente debemos ubicarnos. Recuérdese que la modificación efectuada por la ley 25882 adopta un criterio de especialidad con distintas hipótesis con escala punitiva progresiva. De este modo se superó la discrepancia jurisprudencial previa respecto a cuál era la razón de la agravante, el

peligro para la vida de la víctima o la intimidación mediante un arma de fuego cierta o simulada en el tipo penal anterior (art. 166 inc. 2).

El art. 164 del CP se aparta de la figura del hurto debido al empleo de fuerza en las cosas o violencia física en las personas de parte del autor y luego el art. 166, segundo inciso, atiende a una intensificación paulatina de riesgos en virtud del arma que se escoja para cometer el robo. Así, el primer párrafo agrava la pena del robo que se comete "*con armas*" y el segundo incrementa aún más el castigo "*si el arma utilizada fuera de fuego*", disminuyéndose notablemente la escala punitiva prevista cuando no puede acreditarse la aptitud para el disparo del arma de fuego utilizada –supuesto de autos-, graduación que configura un claro caso de lo que desde antaño se ha denominado concurso aparente de leyes (TSJ, Sala Penal, “Mercado”, S. n° 341, 20/12/2007).

En las disposiciones bajo análisis, el agravamiento está dado por el **mayor contenido de injusto que encierra el empleo de un arma, frente a la sola utilización de fuerza o violencia (figura básica de robo del art. 164 del CP) y luego, la utilización de un arma de fuego en relación a otro tipo de armas** - por cuanto el legislador ha considerado razonablemente que su empleo encierra un peligro mayor al que pueden suscitar otros instrumentos que se utilicen en el ilícito. *Peligro efectivo que se reduce si el arma utilizada es de utilería, o no puede probarse su operatividad, disminuyéndose la escala penal de 3 a 10 años (art. 166 inc. 2° tercer supuesto).*

Por lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por el Fiscal de Cámara, en tanto se advierte que el encuadramiento del hecho en el art. 164 del CP no resulta adecuado, debiendo aplicarse, en cambio, el art. 166, inc. 2, tercer párrafo del Código Penal.

A la primer cuestión, voto, pues, afirmativamente.

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

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

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

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde hacer lugar al recurso de casación deducido por el Dr. Manuel Fernando Sánchez, Fiscal de Cámara, y en consecuencia casar parcialmente la sentencia número veinticinco del veinticuatro de noviembre de dos mil diez, dictada por la Cámara en lo Criminal de Sexta Nominación de esta ciudad, en cuanto resolvió: “...II. *Declarar a Leonardo Daniel Gagliardini coautor responsable de robo simple (arts. 45 y 164) e imponerle la pena de diez meses de prisión, la que se da por compurgada atento el tiempo que el mismo lleva detenido, y ordenar su libertad,*

con costas (arts. 5, 9, 29, inc. 3 y 550 y 551 del CP.P.) III. Declarar a Rodrigo Andrés Rojas coautor responsable de robo simple (arts. 45 y 164) e imponerle la pena de diez meses de prisión, la que se da por compurgada atento el tiempo que el mismo lleva detenido, y ordenar su libertad, con costas (arts. 5, 9, 29, inc. 3 y 550 y 551 del CP.P.)... ”.

En su lugar, corresponde disponer que los imputados deben responder como autores del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no ha podido tenerse de ningún modo por acreditada (art. 166, inc. 2º, tercer párrafo).

En mérito de lo antes expuesto, verificándose una importante variación en la escala penal que el juez ha tomado en consideración a los fines de individualizar la sanción impuesta a los imputados, corresponde también fijar nuevamente la pena, teniendo en cuenta que para esta nueva calificación legal debe considerarse sólo el marco punitivo previsto en el art. 166, inc. 2, tercer párrafo del CP.

Al respecto, debe repararse que en la sentencia de mérito, con relación a los imputado Leonardo Daniel Gagliardini y Rodrigo Andrés Rojas, se ha valorado en su favor: su condición social, su escasa instrucción, el escaso daño causado, que se trata de su primera condena, que reconocieron el consumo de drogas, y en su contra: la edad de las víctimas y la hora de ocurrencia del hecho, sumado a las demás pautas de valoración de la pena establecidas por los arts. 40 y 41 CP, lo que hace que se considere como legal y justo imponer a ambos

encartados la pena de tres años de prisión, con costas (Arts. 5, 9, 29 inc. 3, 40 y 41 del CP, 550 y 551 del CPP). Se trata del mínimo legal de la pena y así ha sido solicitado por el recurrente. Asimismo, teniendo en cuenta la nueva pena impuesta y atento a que los imputados fueron detenidos con fecha 10/1/2010 (fs. 3 y 5) permaneciendo privados de su libertad hasta el 10/11/2010 (fs. 296 y vta.) –esto es diez meses de prisión- Leonardo Daniel Gagliardini y Rodrigo Andrés Rojas, se encontrarían **temporalmente** en condiciones de que ese lapso de prisión ya sufrida sea considerado por el tribunal a quo a los fines de la aplicación del art. 13 del C.P., en caso de que los encartados reúnan los demás requisitos legales.

Por su parte, cabe efectuar una mención vinculada al formato del texto de la resolución recurrida, en tanto se ha hecho dificultosa su lectura en función de encontrarse la misma redactada en letra pequeña y sin interlineado en sus renglones, por lo que es preciso reiterar al Dr. Julio R. Guerrero Marín, tal como se indicó por Sentencia n° 275, dictada por este Tribunal con fecha diecinueve de octubre de dos mil diez, en autos "CONTRERAS, Hugo Omar p.s.a. estafa, etc. –Recurso de Casación-" (Expte. "C", n° 20/2008), que debe ajustarse, en la confección de la sentencia, a lo dispuesto por Ac. Regl. n° 355, Serie "A", del 11/03/97.

Así voto.

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

La señora Vocal del primer voto 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 del primer voto, 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: I) Hacer lugar al recurso de casación deducido por el Dr. Manuel Fernando Sánchez, Fiscal de Cámara, y en consecuencia casar parcialmente la sentencia número veinticinco del veinticuatro de noviembre de dos mil diez, dictada por la Cámara en lo Criminal de Sexta Nominación de esta ciudad, en cuanto resolvió: “...II. Declarar a Leonardo Daniel Gagliardini coautor responsable de robo simple (arts. 45 y 164) e imponerle la pena de diez meses de prisión, la que se da por compurgada atento el tiempo que el mismo lleva detenido, y ordenar su libertad, con costas (arts. 5, 9, 29, inc. 3 y 550 y 551 del CP.P.) III. Declarar a Rodrigo Andrés Rojas coautor responsable de robo simple (arts. 45 y 164) e imponerle la pena de diez meses de prisión, la que se da por compurgada atento el tiempo que el mismo lleva detenido, y ordenar su libertad, con costas (arts. 5, 9, 29, inc. 3 y 550 y 551 del CP.P.)...”

En su lugar, declarar a Leonardo Daniel Gagliardini y Rodrigo Andrés Rojas coautores responsables de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya

aptitud para el disparo no ha podido tenerse de ningún modo por acreditada (arts. 45 y 166, inc. 2º, tercer párrafo del C.P.) e imponerles la pena de tres años de prisión, con costas (arts. 5, 9, 29, inc. 3 y 550 y 551 del CP.P.). Asimismo, teniendo en cuenta la nueva pena impuesta y atento a que los imputados fueron detenidos con fecha 10/1/2010 (fs. 3 y 5) permaneciendo privados de su libertad hasta el 10/11/2010 (fs. 296 y vta.) –esto es diez meses de prisión- Leonardo Daniel Gagliardini y Rodrigo Andrés Rojas, se encontrarían **temporalmente** en condiciones de que ese lapso de prisión ya sufrida sea considerado por el tribunal a quo a los fines de la aplicación del art. 13 del C.P., en caso de que los encartados reúnan los demás requisitos legales.

II) Recomendar al Dr. Julio R. Guerrero Marín que se ajuste, en la confección de la sentencia, a lo dispuesto por Ac. Regl. n° 355, Serie "A", del 11/03/97, recomendación que ya le ha sido formulada en oportunidades anteriores.

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 todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

Dra. Aída TARDITTI
Presidenta de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia

Dra. María Esther CAFURE DE BATTISTELLI
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

