

SEGUNDO CONGRESO DE JÓVENES PENALISTAS

-Problemas actuales de Derecho Penal y Criminología-

Análisis jurisprudencial del art. 166 inc. 2º, 3º párrafo, 1º supuesto del C.P. argentino.

Virginia LIENDO.

DNI: 30.469.280.

Por Virginia Liendo.¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes Legislativos y Jurisprudenciales. III. La reforma. IV. El caso. IV.a Una cuestión procesal. IV.b. In dubio pro reo. IV.c. Concurso aparente de leyes. IV.d. Principio de taxatividad. V. Una cuestión terminológica. VI. Palabras Finales. VII. Bibliografía.

I. Introducción

El objetivo principal de esta ponencia es presentar las diferentes interpretaciones jurisprudenciales que se le otorga a la expresión gramatical del término legal “*no pudiere tenerse de ningún modo por acreditada*” contemplada en el art. 166 inc. 2, 3º párrafo, 1º supuesto.

El punto de partida estará dado por las implicancias sociales y demás motivos que llevaron al legislador a modificar el art. 166 del C.P.(ley 25.882). Seguidamente, se procurará analizar la resolución de la Excma Cámara Segunda del Crimen de esta ciudad en los autos “Gonzáles” y concluir si el mencionado tipo penal conculca el principio constitucional “in dubio pro reo” y la presunción de inocencia tal como lo viene sosteniendo la mencionada Cámara, o si por el contrario se trata de un concurso aparente de leyes como lo sostuvo el Superior Tribunal de Córdoba en autos “Nieto”.

Por último, se intentará establecer si los fundamentos del voto en disidencia del Ministro de la CSJN, Dr Fayt, en el caso “Antiñir” resultan aplicables para fundamentar la inconstitucionalidad del art. 166 inc 2º, 3º párrafo, 1º Supuesto.

II. Antecedentes Legislativos y Jurisprudenciales.

Una de las últimas reformas que sufrió nuestro Código Penal fue la sanción de la ley 25.882, que modificó –entre otras normas- el tipo penal previsto en el art.166 inc 2º. El antiguo texto establecía que cuando el robo fuera perpetrado con armas, o en despoblado y banda se debía imponer reclusión o prisión de cinco a quince años. Teniendo en cuenta este marco legal, tanto la doctrina como la jurisprudencia discutieron incansablemente donde debían quedar encuadrados aquellos hechos en el que se utilizaba, para lograr el desapoderamiento, un arma que no era operativa o apta para el disparo, o por lo menos tal

1-Abogada (UNC) Adscripta a la cátedra de Derecho Penal II, e-mail: vir_liendo@hotmail.com.

circunstancia no podía ser demostrada. Para dar respuesta a la cuestión los jueces y juristas recurrieron a dos teorías que intentaban explicar la naturaleza jurídica de la agravante.

En primer lugar, la tesis subjetiva afirma que lo importante es el mayor poder intimidante que genera el uso de un arma de fuego y el estado de indefensión en que se coloca a la víctima. Por el contrario, no se debe tener en cuenta el poder ofensivo real del instrumento; esto es si el arma es operativa y se encuentra apta para ser disparada. Para esta postura, para aplicar la agravante del antiguo texto bastaba que el victimario esgrimiera un arma -sea operativa, defectuosa o de utilería- siempre que con la misma se haya intimidado al sujeto. En este sentido la Excelentísima Cámara Tercera del Crimen de Córdoba consideró que el art. 166 inc 2 hacía referencia a que el *"arma sea de cualquier tipo o peligrosidad, revólver cargado o descargado, apto o no para disparar, que se use en tono amenazante"*...porque *"la idoneidad del arma no aparece legalmente impuesta como condición de validez de un juicio afirmativo, a los fines de la configuración del supuesto del art. 166, inc 2°, CP"*². Siguiendo estas ideas la Corte Suprema de Buenos Aires expresó que carecía de *"significación que el elemento "arma" sea o no idóneo para producir disparos, ya que no existen en el tipo penal del art. 166, 2° del CP elementos normativos que autoricen a interpretar que no constituye verdadera "arma" la que se encuentra en circunstancial incapacidad funcional. Al agravar la ley el delito de robo por el uso de "armas" dice sencillamente "si se cometiera con armas, no con armas cargadas o idóneas para disparar"*³.

Esta postura no fue aceptada pacíficamente por una gran parte de la jurisprudencia y la doctrina, quienes por el contrario eran adeptos a la tesis objetiva. Esta última, parte de la idea que la razón de ser de la calificante radica en el peligro real y concreto al que se somete al sujeto pasivo cuando se le esgrime un arma de fuego. Así, en el caso "Sicioscia" el Dr. Almeyra manifestó que *"un arma descargada apta para disparar" (...) no es, en su estricta valoración jurídica, conceptualmente (...) un arma; podrá continuar siéndole en el lenguaje coloquial o profano; pero no es ciertamente ese el sentido que nos interesa, pues la tarea del intérprete de la ley no puede satisfacerse con miras tan restringidas.*"⁴ En este sentido, ya se había expedido el TSJ de Córdoba, en la causa "Jaime".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación no fue ajena a tal discusión y en el caso "Aranda" estableció que si durante la investigación no se lograba secuestrar el arma, la prueba testimonial resultaba ser suficiente para tener por acreditada que la misma fue disparada. De lo contrario, se les exigía a los testigos opiniones científicas o técnicas, cuando su función en el proceso es simplemente declarar acerca de los hechos que han caído directamente bajo la

² CCrim. 3ª. Nom. de Córdoba, "Arce y otros", LA LEY, 1999-F, 737; LLCórdoba, 1999-1046.

³ SCBA, 02.05.02: "Manso", Lexis-Nexis Argentina, 2002, III, fasc. 5 del 31/7/2002, ps. 53 y sigtes.

⁴ CNCC en pleno, 10.12.76, "Scioscia", JA, 1977-I

acción de sus sentidos. Agregó el Máximo Tribunal de la nación que, no era razonable exigirle a la parte acusadora que pruebe, además de la existencia del arma, la idoneidad de la misma. De lo contrario la agravante sólo podía ser aplicada en los casos de flagrancia o cuando se hubiesen efectuado disparos, lo que desvirtuaba el sentido de la figura del artículo 166 inc. 2º del Código Penal.⁵

III. La reforma.

Con el fin de terminar con la larga discusión de si el desapoderamiento llevado a cabo esgrimiendo un arma de fuego –cuya operatividad no pudo ser demostrada- debía encuadrarse en la figura del robo simple (art. 164 del CP) o por el tipo agravado (art. 166 2º supuesto del CP), el poder ejecutivo nacional con fecha 03.12.03 envió un proyecto al Congreso para definir la cuestión. Finalmente se modificó –entre otras normas- el art. 166 del C.P., agregándose a la antigua redacción el siguiente texto: "*...si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo. Si se cometiere con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión*".

Haremos referencia a dos cuestiones fundamentales. Por un lado, se terminó con la mentada discusión respecto a cual era la naturaleza jurídica de la agravante del robo calificado con armas. En el nuevo texto legal, el legislador sancionó gravemente cuando el sujeto activo utilizaba un arma de fuego operativa y apta para el disparo, en virtud del peligro real al que se había expuesto a la víctima, receptado de esta forma la tesis objetiva. Pero además, en el tercer párrafo se tuvo en cuenta la mayor intimidación que sufre la víctima cuando el autor del robo utiliza un arma aunque su operatividad no se haya demostrado, acogiendo así los argumentos de la tesis subjetiva.

Los fundamentos de la reforma eran claros, el Poder Ejecutivo manifestó que se buscaba establecer un criterio progresivo, con el que se intentaba atacar una nueva metodología delictiva que atentaba contra la vida y la integridad física de las personas. Además se pretendía superar los problemas probatorios considerados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Aranda” y “Sánchez”. En el primer caso se trató de un robo mediante la utilización de un objeto que parecía un arma pero que no logró ser secuestrado, mientras que el segundo fue un robo donde se secuestró el arma utilizada con dos proyectiles, pero éstos últimos no fueron peritados. El nuevo texto contemplaba las dos hipótesis mencionadas, terminando con las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales.

⁵ CSJN, 12.03.96, Aranda, Martín y López, Oscar Gabriel s/ robo calificado. Lexis N° 04_319v1t051.

El tratamiento en la Cámara de Senadores concluyó que la reforma, al establecer una mayor escala penal cuando el robo era cometido con armas, respondía a la moderna interpretación que había hecho la Corte. La gran mayoría de los senadores dijeron que el tercer párrafo tenía en cuenta que la víctima no podía saber si se encontraba, o no, frente a un arma de fuego real.

Argumentos similares se escucharon en la Honorable Cámara de Diputados. Sin embargo, el legislador Fayad expresamente se opuso al tercer párrafo alejando que *"Las consecuencias judiciales a lo mejor harán que en alguna facultad de Derecho se estudie cómo en este caso se advirtió que una norma podía acarrear inconstitucionalidades y sin embargo se aprobó..."*. Más adelante agregó: *"...existe un requerimiento que sostiene unánimemente la doctrina de diversos autores como Soler, Godoy Lemos y Estrella. Se refiere al doble componente del arma en el hecho de la intimidación en el robo; el efecto paralizante, intimidatorio, letalidad del arma y riesgo cierto de vida de lesión o pérdida de vida que tenga la víctima..."*.

Es dable hacer mención, que en el debate parlamentario los legisladores procuraron dejar en claro que el aumento de la punición a aquellos tipos delictivos en el que se utilizaran armas de fuego nada tenía que ver con el homicidio de Axel Blumberg y su consecuente repercusión social. Aún así, tanto para la sociedad y el ámbito académico la reforma se apoyó en esa contingencia momentánea que lamentablemente no vino acompañada de un debate parlamentario serio en el que se les diera participación a nuestros juristas más renombrados.

Las críticas no se hicieron esperar, se dice que la pena prevista para el robo calificado con el uso de un arma de fuego operativa es desproporcionada y que el art. 189 bis inc.2 es inconstitucional. Además se atacó la reforma al afirmar que el aumento de las escalas penales no debe ser utilizado por el estado como instrumento jurídico para combatir la delincuencia.

IV. El caso.

IV.a Una cuestión procesal.

El fallo que se trae a estudio fue dictado por la Excelentísima Cámara Segunda del Crimen de la ciudad de Córdoba en el caso "González"⁶. Al analizar la aplicación del nuevo texto el Dr. Valdés puso en tela de juicio el término legal *"cuya operatividad no pudiere tenerse de ningún modo por acreditada"*. El magistrado cuestionó si tal expresión guardaba alguna relación con la tipificación de la conducta, o si se estaba al frente de una disposición procesal. Dijo que tal expresión gramatical no permite vincularlo a la conducta del autor, ni al resultado provocado, descartándola así de la descripción objetiva y subjetiva del autor.

⁶ Cámara Segunda del Crimen de la ciudad de Córdoba, 22.09.05, "Gonzales".

Además al no hacer referencia a ninguna valoración cultural o social, que integre la conducta, no puede ser considerado un elemento normativo del tipo. Tampoco se presenta como una circunstancia tipificadora, pues no tiene por función precisar el hecho, al margen de su proceso ejecutivo, ya sea como referencia a la modalidad ejecución, calidades del autor, ni a la ocasión ni condiciones fácticas, previas o posteriores al hecho. Entonces si dicha expresión legal no puede ser considerada como un elemento del tipo, ni como una circunstancia tipificadora, resulta ser ajena a la teoría del delito y a la calificación legal del hecho. Por exclusión, el magistrado concluyó que se está ante una disposición procesal dentro de un código de fondo.

Agrega Valdés que el poder legislativo, al sancionar el nuevo texto legal, le concedió efectos a un problema probatorio invadiendo la actividad y competencia exclusiva del Poder Judicial (arts. 1, 18 y 116 de la C.N.; 2, 153 y 155 de la Constitución Provincial), alterando así el principio de división de poderes (art.1 de la C.N). Tal disposición afecta la facultad del juez de conocer el hecho particular y decidir el derecho en el caso concreto, ya que de aplicarse la norma es el legislador quien decide ante la duda. Si bien a veces es difícil establecer límites precisos entre las cuestiones de hecho y de derecho, ésta dificultad –dentro de nuestro sistema constitucional- debe ser resuelta por el juez en cada caso concreto.

Asimismo, el vocal cuestionó si el texto legal no contrariaba el principio de inocencia y la máxima in dubio pro reo, posicionándose finalmente por la afirmativa. El art. 166, inc.2º, 3º párrafo, 1º supuesto agrava la figura básica del robo simple pero supedita la aplicación de una pena menor, a la imposibilidad probatoria (duda sobre la operatividad del arma de fuego empleada) de un delito de mayor gravedad. Al hacer esto, el legislador está introduciendo disposiciones procesales a la ley de fondo, que impiden una adecuada coordinación entre los fines del derecho penal y las garantías propias del derecho procesal. La duda no puede legitimar ni la descripción legal de un supuesto de hecho al cual se le conmine una pena, ni la fijación judicial de un hecho en la sentencia a la que se le asigne un efecto agravante. Dice el magistrado que la contradicción es parcial ya que su aplicación presupone la existencia de certeza en relación a los extremos básicos de la imputación, esto es la existencia de un hecho de robo, y los afectan en relación a la circunstancia agravante, la que al no haberse probado, debe seguir cubierta por la presunción de inocencia y por el “in dubio pro reo”, ambos de rango superior.

Por otra parte, agrega que también se lesionan las garantías procesales antes mencionadas, a partir de lo que no está bajo discusión probatoria, esto es la existencia de un hecho de robo (art. 164 del C.P.). Ello acontece cuando se agrava la situación del acusado de robo simple previendo una pena mayor, la que se funda en una presunción legal de mayor

culpabilidad, que a su vez se construye desde la duda sobre la existencia de un hecho de robo cometidos con armas de fuego operativas. En fin tal disposición, no solo lesiona la presunción de inocencia, el in dubio pro reo sino también el debido proceso, pues proponen una respuesta punitiva, no acorde con la culpabilidad apreciada con arreglo a las pruebas producidas y apreciadas por el Tribunal. También resulta difícil imaginar la actividad defensiva frente a una imputación en donde uno de sus aspectos se presenta sustentado en la duda sobre la existencia de una circunstancia que funda una imputación más grave.

Dicha postura fue aprovechada y utilizada por diferentes letrados con el afán de mejorar la situación procesal de sus defendidos, sin sumar nuevos argumentos. En este sentido, en la causa Rodríguez⁷, el Juez de Control N° 3, Dr. Luis Miguel Nazis, trató la cuestión en forma minuciosa cuando el abogado defensor del imputado se opuso al decreto que ordenaba la prisión preventiva, pretendiendo una modificación en la calificación legal que pesaba sobre su defendido y para ello solicitaba se declarara la inconstitucionalidad de la mencionada norma penal sustantiva. El magistrado luego de analizar los fundamentos de la reforma y los argumentos de la Cámara Segunda, manifestó con respecto al robo agravado por la utilización de armas de fuego en la práctica jurídica se dan las siguientes hipótesis; que se esgrima un arma de fuego útil para el disparo, cargada con municiones no idóneas para su fin específico; que se utilice un arma de fuego apta para el disparo, descargada; que se emplee un arma de fuego no apta para su fin específico, por defectos de estructura o funcionamiento; que se use un objeto que aparentaba ser un arma de fuego, pero que no era tal; que se esgrima un arma de fuego de juguete o que se utilice un objeto que aparentaba ser un arma de fuego, y no se encuentre probado qué es lo que en realidad era. Al respecto dijo que si bien la mayoría de los autores y tribunales del país estiman que tales situaciones quedan comprendidas en el art. 166, inc. 2°, 3° párrafo, 1° supuesto del CP, no es la única solución que propone tanto la doctrina como la jurisprudencia.

Así Justo Laje Anaya sostiene que en la hipótesis del robo cometido con un arma de fuego descargada, configura el tipo previsto en el art. 166, inc. 2, 2° párrafo del C.P. Por su parte, Mario Alberto Juliano y Claudia Neira afirman que son atípicos los supuestos en que el arma de fuego se encuentra descargada o es inepta para el disparo, debiendo remitirse a la figura básica del robo. Por último, están quienes declaran la inconstitucionalidad de la norma, como es el caso de la Excelentísima Cámara Segunda del Crimen de Córdoba. Ésta fue la posición que asumió el Juez de Control N° 3.

El magistrado al resolver la cuestión se inclinó por declarar la inconstitucionalidad del artículo. Para ello, compartió los fundamentos de la Cámara Segunda y agregó que; no debe

⁷ Juzgado de Control N°3, 18.10.06, Rodrigues, Roque.

olvidarse que la duda y la certeza son estados intelectuales del juez frente a la verdad y los métodos para valorar la prueba queda reservados a los poderes legislativos provinciales, por tratarse de una cuestión procesal y no de fondo. Agregó que el poder legisferante nacional, al codificar los efectos de la duda (respecto de la operatividad del arma), equiparándolos a los de la certeza (único admisible para fundar una condena), asumió facultades propias del poder judicial y de los estados que la conforman, atentando contra el sistema republicano y federal de gobierno, pilar de la organización constitucional argentina (art. 1, CN). La valoración de la prueba respecto del hecho cometido por el autor es, por definición, algo totalmente ajeno a ese hecho: es una etapa de la actividad probatoria (las otras son la producción y la recepción probatorias), que sólo se da en el marco de una investigación penal. Advierte, entonces, que el legislador ha incrustado en la determinación de la figura punible, una actividad propia del proceso penal.

IV.b. In dubio pro reo.

La cuestión también fue considerada por la Excelentísima Cámara de Acusación de Córdoba, que en la causa Caballero⁸ concluyó que no existía inconstitucionalidad alguna en la norma que agrava el robo cuando es cometido con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por ningún modo por acreditada. En este sentido, argumentó que el legislador nacional en el art. 166, 2º inc., 3º párrafo, 1º supuesto no se le está indicando al juez como proceder procesalmente frente a un determinado resultado probatorio. Por el contrario se establece cómo encuadrar penalmente un hecho a partir de un determinado resultado probatorio –el que se caracteriza por una duda insuperable respecto de la operatividad del arma-. Explica la Cámara que durante la investigación penal preparatoria uno de los posibles resultados probatorios es la duda, y a la misma se arriba siguiendo las reglas previstas por el legislador provincial en el CPP, sin alguna indicación del legislador provincial. El legislador nacional sólo determina un encuadramiento atenuado –respetando la máxima del in dubio pro reo- para una situación de duda que no permite un encuadramiento legal más gravoso y la comparación de la pena con las demás sanciones penales debe hacerse con respecto a las hipótesis contempladas en el art. 166 inc.2 y no con la pena propia del robo simple. Conforme la redacción de este inciso, la sola utilización de un arma impide el encuadramiento del hecho en el tipo de robo simple. Remarca la Cámara que tal indicación no significa en modo alguno que el legislador de fondo se haya inmiscuido en una cuestión procesal. Por el contrario, establece el encuadre jurídico-penal que le corresponde a una conducta según el resultado del procedimiento, lo que constituye una actividad estándar del legislador penal.

⁸ Cámara de Acusación de Córdoba, 06.03.2008, Caballero Franco D.

IV.c. Concurso aparente de leyes.

Finalmente la cuestión llegó al Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba y en la causa “Nieto”⁹ se expidió –compartiendo la postura expresada por el Fiscal General- por la constitucionalidad de la norma. La Cámara Segundo al declarar la inconstitucionalidad de la norma utilizó tres argumentos bien definidos: que la expresión legal utilizada no constituye un elemento objetivo, subjetivo o normativo del tipo, que el poder legislativo nacional irrumpió la esfera del poder judicial al reglar una cuestión procesal y que la misma ataca el principio de in dubio pro reo y el principio de inocencia.

En primer lugar, podemos decir que el TSJ para salvar los achaques de que la expresión legal no guarda relación con la teoría del tipo, expresó que en realidad se encuentra relacionada con el tipo objetivo del robo agravado. La frase en cuestión integra la descripción legal del hecho pues contempla la descripción del medio empleado para su comisión (especie de arma). Para darle sustento a dicha tesis trajo a colación las enseñanzas de Bacigalupo quien nos enseña que; *“La configuración de la situación de hecho puede no ser completa con la descripción de la acción, de su resultado o, inclusive, del autor de la acción. En ese caso los tipos penales contienen referencias a otras circunstancias: a los medios, al lugar, al momento de la acción o al objeto de la acción”*, y al referirse a los medios, el citado autor expresa *“...el carácter criminal de una acción puede depender de que el autor haya utilizado un medio determinado para la comisión del delito... por ejemplo: el hurto en el que se utilizare ganzúa”*. Entonces la completa descripción del medio empleado es un elemento aclaratorio.

Con respecto a la supuesta invasión del legislador sobre competencias exclusivas del poder judicial, el máximo tribunal interpretó que en realidad no se le impone al juzgador ninguna regla de valoración sino que; conmina con una pena distinta aquellos desapoderamientos en que se utiliza un arma de fuego cuya operatividad no se puede acreditar.

Por último, expresó que la citada norma no vulnera ninguna norma de carácter constitucional. En este sentido advirtió que no se debe confundir el elemento típico donde recae la duda. Si la duda recae sobre la utilización de un arma de fuego, tal conducta queda subsumida por la figura del robo simple, pero es irrazonable que existiendo certeza positiva respecto a la utilización de un arma de fuego se aplique la figura básica. La norma atacada genera incertidumbre con respecto a la operatividad del arma de fuego, no respecto a su existencia, que debe ser probada por el juzgador por cualquier medio de prueba.

⁹ T.S.J. de la Provincia de Córdoba, 09.06.08, Nieto, Raúl Alberto.

Profundizando la cuestión, el TSJ dijo –tomando las ideas de la Cámara de Acusación- que más que vulnerar el principio de inocencia el mismo se mantiene incólume y es la propia norma la que resuelve que ante la duda (sobre la operatividad del arma) se debe resolver en favor del reo, aminorando notablemente la pena agravada.

El TSJ aclara que la reforma adopta un criterio de especialidad estableciendo una escala punitiva progresiva para las distintas hipótesis delictivas que crea. Tal graduación la encontramos en el propio art 166; 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", disminuyendo finalmente la escala punitiva prevista cuando no puede acreditarse la aptitud para el disparo del arma de fuego utilizada. Concluye el tribunal que tal graduación es un claro ejemplo de un concurso aparente de leyes que se rige por la especialidad conforme la cual "cuando se relacionan dos o más tipos, uno de ellos excluye al otro... si abarca las mismas características que el otro, agregando, además, alguna nota complementaria que toma en cuenta otro punto de vista en cuanto a lesividad" (ZAFFARONI, Eugenio R. -ALAGIA, Alejandro -Slokar, Alejandro, Derecho Penal -Parte General, Ediar, Bs.As., 2º ed., pág. 868). La nota especial que tiene en cuenta el legislador es el fundamento de la punibilidad que hace nacer un tipo delictivo nuevo. La tacha de inconstitucionalidad que se postula supone desconocer la relación de género a especie existente entre el art. 164 (tipo básico) y el 166 inciso 2º del C.P.

Pese a los respetables y elocuentes fundamentos sostenidos por el TSJ la Cámara Segunda del Crimen no sólo no abandonó su postura, sino que la reafirmó añadiendo nuevos fundamentos. De esta forma, en el caso "Burgos"¹⁰ la Cámara nuevamente trató la cuestión y al respecto dijo que el TSJ abordó en forma parcial los cuestionamientos que se le efectuaron a la norma. Además puso en duda que una misma disposición legal pueda cumplir correlativamente una función descriptiva –como elemento normativo- y a la vez sembrar la duda –propio de una norma procesal-. Así, procuró buscar "nuevos" cimientos que dieran reparos a los achaques formulados por el máximo tribunal.

La Cámara Segunda, en esta nueva oportunidad, no explicó porqué la expresión utilizada por el legislador no era un elemento normativo del tipo. Siguió afirmando que la misma era de carácter procesal y por lo tanto no debía ser parte integrante de la descripción legal, ni relevadas al formularse el juicio de adecuación típica de la conducta. El mayor esfuerzo estuvo en insistir que se trataba de una norma procesal dentro del código penal. Para dar mayor sustento, la Cámara utilizó los argumentos utilizados por el Dr. Fayt en el caso

¹⁰ Cámara Segunda Del Crimen de la Ciudad de Córdoba, 03.03.09, Burgos Marcos Maximiliano y otros p.ss.aa. Robo, etc...".

“Antiñir”¹¹ quien, en minoría, hizo suyas las enseñanzas de Núñez. Al explicar la atenuación que existe para las figuras del homicidio y las lesiones en riña dijo que la misma se asienta en un criterio puramente procesal, relativo a la imposibilidad de establecer con certeza cuál de los que han reñido o agredido ha sido el autor material y directo de la muerte o de la lesión. Dicha solución compromete el principio de inocencia, el de responsabilidad penal personal y el de culpabilidad. Si bien esta era la postura minoritaria y la mayoría se pronunció por la constitucionalidad de la norma, alegando que en realidad el tipo de los arts. 95 y 96 del CP no se refieren a una situación de imposibilidad probatoria, sino a un aspecto constitutivo y material de la infracción caracterizado por su naturaleza tumultuaria. Este argumento toma la Cámara y lo compara con la norma bajo examen y concluye que si bien la CSJN avala la existencia de una norma procesal en un código de fondo, lo hace en virtud de la imposibilidad de establecer autorías y participaciones que deriva de la propia nota característica de la riña, circunstancia que no se ve reflejada en el robo agravado por el uso de un arma de fuego.

Culmina la Cámara diciendo que si se recurre a un análisis sistemático del art. 166 inc 2º, 3º párrafo, 1º supuesto con las otras figuras del mismo capítulo se llega a la conclusión que el legislador ha comprometido el principio de taxatividad legal. Explica que; por un lado el supuesto en cuestión agrava la figura básica (robo simple) y por otro lado atenúa la sanción penal prevista para el robo con armas, pero dicha atenuación no es autónoma sino que tiene un carácter subsidiario –al exigirse que no se haya probado la modalidad más grave-, sin describir en forma explícita la situación que se quiere agravar. Si bien reconoce que su postura trae como consecuencia disvaliosa que se imponga una mayor sanción penal a quien utilizó una “replica” con respecto a quien se hizo de un arma verdadera no operativa, pero finaliza diciendo que tal solución se debe a la defectuosa redacción de la norma.

IV.d. Principio de taxatividad.

Por último, resta decir que no existen tribunales nacionales que se hayan expedido por la inconstitucionalidad de la norma en estudio. Sólo podemos mencionar como antecedente – anterior al fallo de la Cámara Segunda del Crimen de Córdoba- el voto en disidencia formulado por la Dra. Garrigos de Rébori quien en la causa Escudero¹² se posicionó en favor de la inconstitucionalidad de la norma. Sus argumentos no tuvieron que ver con los esgrimidos por el tribunal cordobés, por el contrario partió de la idea que llamaba la atención que el objetivo de la reforma fuera llenar “un vacío legal” –como se proclamó en el Congreso-

¹¹ CSJN, 04.07.06, Antiñir Omar M y otros

¹² Cámara Nacional del Crimen y Corr., Sala IV, 22.09.04, Escudero, Javier A..

ya que en el derecho penal los supuestos vacíos no existen en función del principio de legalidad.

Al analizar la norma Garrigós de Rébora destacó que si la misma tiene en miras la mayor impresión que podrá provocar en la víctima la utilización de un arma de fuego no operativa sobre la real afectación del bien jurídico, el legislador no reparó que tal circunstancia ya fue contemplada en la figura base al hablar de la violencia sobre las personas. Para apoyar dicha tesis trae a colación la doctrina sentada en el plenario “Costas” donde se tuvo en cuenta que la violencia en las personas constituye una existencia típica de la figura simple por lo que la agravante del art.166 inc. 2 del CP necesariamente debía contemplar una diferencia. Para ello el legislador en la figura simple previó una amplia escala punitiva la que unida a las pautas de mensuración previstas en el art. 40 del CP permite aplicar una sanción de efectivo cumplimiento.

Agregó que la norma incurre en una descripción contradictoria ya que no es arma de fuego si la misma carece de la aptitud para el disparo. Esta circunstancia hace que la agravante carezca de contenido y por lo tanto resulte ser injustificada e irracional. En realidad con la misma se ha intentado eludir una cuestión de índole probatoria, zanjándola con una norma de fondo, pero atentando contra el sistema federal.

V. Una cuestión terminológica.

Creemos que la expresión utilizada por el legislador apareja cierta incertidumbre, pero aún así sostenemos que el legislador no tuvo otra alternativa para la situación de hecho que quería incluir en el tipo legal. La expresión “*acreditada*” según el diccionario de la Real Academia significa “*probado, comprobado, atestiguado*” y automáticamente uno lo relaciona con el ámbito procesal que según nuestra CN es atribución de las provincias reglarlo. Esa relación instintiva es la que hace dudar al juzgador, pero creemos que es imbatible el argumento del TSJ cuando afirma que la norma se aplica cuando la existencia del arma se encuentra probada y sólo existe duda respecto a su operatividad. El legislador no podía omitir la expresión cuando su operatividad no fuera acreditada, ya que si utilizaba la expresión “*arma no operativa u apta para el disparo*” dejaba fuera del tipo legal aquellos casos en que la operatividad y aptitud no podía ser demostrada, porque no se había logrado secuestrar el arma. Esta última hipótesis es la que se observa con mayor frecuencia en la práctica judicial y fue una de las razones principales que tuvo el poder legisferante al sancionar la norma.-

VI. Palabras Finales.

Del análisis jurisprudencial de la aplicación del artículo 166 inc 2º, 3º párrafo, 1º supuesto se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- Antes de la reforma legislativa se discutía si el desapoderamiento cometido con un arma cuya operatividad u aptitud no había sido demostrada durante la investigación debía ser encuadrado en la figura del art. 166 inc 2º primer supuesto, o si debía aplicarse la figura básica.

-Para explicar la naturaleza jurídica se recurría a la tesis objetiva en contraposición de la subjetiva. La reforma contempló ambas tesis con el fin de acabar con la discusión.

- En el debate parlamentario muy poco se dijo, fue el diputado Fayad quien se opuso a la incorporación del artículo e incluso dijo que eventualmente en alguna facultad de derecho se iba a discutir la inconstitucionalidad que podía acarrear la norma.

- Sólo una minoría se pronuncia por la inconstitucionalidad. Así, los Dres. Valdés, Barrigós De Rébora y Nazis argumentan que la expresión “*por ningún modo se pudiera tener por acreditada*” no puede ser considerada un elemento objetivo, subjetivo, normativo o una circunstancia tipificadora por lo que se trataría de una norma procesal. Argumentan que el poder legislativo nacional se excedió en sus atribuciones al reglar una situación de duda que debía ser tratada por las provincias, afectando la división de poderes propia de un sistema republicano. Además dicha norma atenta contra la máxima del in dubio pro reo y el debido proceso.

- La mayoría de la doctrina se pronuncia por la constitucionalidad de la norma. El TSJ explica que en realidad se trata la norma se encuentra relacionado con el tipo objetivo del robo agravado por armas. Agregar que la norma aporta un elemento aclaratorio y la duda no recae sobre la utilización del arma de fuego sino sobre la operatividad. La tacha de inconstitucionalidad que se postula supone desconocer la relación de género a especie existente entre el art. 164 (tipo básico) y el 166 inciso 2º del C.P. y en realidad se estaría frente a un concurso aparente de leyes.

-Creemos que el poder legislativo al discutir la reforma se preocupó más por dejar en claro que la misma no tenía su razón de ser en un hecho aislado, sino que por el contrario era un tema que se venía debatiendo hace tiempo. Sin embargo, se critica la reforma por haber carecido de un debate serio y creemos que el debate puesto en cuestión debiera haberse dado en el seno del congreso y no en los tribunales.

VII. Bibliografía.

- Arce y otros, CCrim. 3ª. Nom. de Córdoba, LA LEY, 1999-F, 737; LL Córdoba, 1999-1046.

- Manso, SCBA, 02.05.02, Lexis-Nexis Argentina, 2002, III, fasc. 5 del 31/7/2002, ps. 53 y sigtes.
- Scioscia, JA, 1977-I, CNCC en pleno, 10.12.76.
- Aranda, Martín y López, Oscar Gabriel s/ robo calificado. CSJN, 12.03.96, Lexis N° 04_319v1t051.
- Gonzales Cámara Segunda del Crimen de la ciudad de Córdoba, 22.09.05.
- Rodrigues, Roque, Juzgado de Control N°3, 18.10.06.
- Caballero Franco D, Cámara de Acusación de Córdoba, 06.03.2008.
- Nieto, Raúl Alberto, T.S.J. de la Provincia de Córdoba, 09.06.08,
- Burgos Marcos Maximiliano y otros p.ss.aa. Robo, etc...”, Cámara Segunda Del Crimen de la Ciudad de Córdoba, 03.03.09,
- Antiñir Omar M y otros, CSJN, 04.07.06.
- Escudero, Javier A., Cámara Nacional del Crimen y Corr., Sala IV, 22.09.04, Lexis N° 0003/010674 ó 0003/010682 ó 0003/010680
- Zurueta, Federico A. “Reformas legislativas a los delitos cometidos con armas”, JA 2004-III-751 - SJA 14/7/2004.
- Arocena, Gustavo A. “Actualidad en Derecho Penal” LNC 2006-6, LNC 2008-6-683.
- Reinaldi, Víctor Félix, “El robo con armas”, LLC 2004 (septiembre), 769.