

CONTROL DE INCONSTITUCIONALIDAD: Es la última ratio. ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMAS DE FUEGO (art. 166 inc. 2º, 3er. párrafo del C.P). Constitucionalidad de la calificante. Relación con la figura de robo simple. Fundamento de la mayor punición de la primera. CONCURSO APARENTE DE LEYES: Concepto. REGLA DE ESPECIALIDAD: noción.

I. La declaración de inconstitucionalidad de una norma implica un acto de suma gravedad institucional y por ello debe ser considerado como “última ratio” del orden jurídico. Dicha declaración debe reservarse sólo para aquellos casos en que la “repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable”.

II. La expresión contenida en el art. 166 inc. 2º, último párrafo del C.P. “no pudiese 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-, tema propio del derecho de fondo y ajeno al derecho procesal.

III. 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 es necesaria a los efectos de la perfecta configuración de la situación de hecho en cuestión y a los fines de subsumir la conducta del sujeto dentro de alguna de las distintas hipótesis del art. 166 del C.P.

IV. La situación de duda prevista en el tercer párrafo del inciso 2º del art. 166 del C.P. es resuelta por el legislador en favor del acusado, evitando encuadrar su conducta en el inciso 2º, segundo supuesto de dicha norma, con una clara disminución en la escala penal, sin vulneración alguna al *in dubio pro reo*. Pretender ubicar el comportamiento en el art. 164 del C.P. supone un claro yerro respecto del elemento sobre el cual debe recaer esa duda. Para poder encuadrar una conducta en el art. 164 del C.P. el autor del robo no debe utilizar armas en el hecho, bastando con el ejercicio de fuerza en las cosas o violencia física en las personas.

V. La incertidumbre planteada en el supuesto legal en cuestión recae sobre la operatividad del arma de fuego existente, 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 (art. 164 del C.P.) que en el desapoderamiento no requiere el empleo de medio especial alguno.

VI. La modificación efectuada por la ley 25882 adopta un criterio de especialidad con distintas hipótesis con escala punitiva progresiva.

El art. 164 del C.P. 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.

VII. El concurso aparente de leyes se presenta cuando “...respecto a una misma situación de hecho aparecen dos o más disposiciones legales que pretenden regirla simultáneamente, siendo que, en realidad, debido a la relación que media entre ellas, la aplicabilidad de una determina la inaplicabilidad de las otras”. Ello es así, porque si bien la acción puede ser enjuiciada según diversos tipos penales, basta uno de tales tipos por sí sólo para agotar el pleno contenido del ilícito del hecho.

VIII. Dentro del concurso aparente encontramos la especialidad *-lex specialis derogat legi generale-* conforme a 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”; ella permite adicionar a un tipo penal “algún elemento que demuestra un fundamento especial de la punibilidad”, dando así nacimiento a un tipo nuevo.

IX. 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 C.P.) 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).*

X. El empleo de *violencia en las personas* que configura el robo simple denota ya en el tipo básico del artículo 164 una consideración del peligro para la vida o la integridad física de la víctima -y su correlato intimidante- que se encuentra ausente en el hurto, el empleo de un arma (art. 166, inc. 2º, 1º párrafo, C.P.) constituye un segundo *plus* lesivo, que puede finalmente ascender a un superior nivel de peligro por la utilización del arma que el legislador ha entendido que entraña singular riesgo: el arma de fuego (art. 166, inc. 2º, 2º párrafo, C.P.). Luego, encontramos las agravantes de menor entidad que se sitúan entre el tipo base (art. 164 C.P.) y el robo con armas -impropias- (art. 166 inc. 2º, primer párrafo, C.P.) y el empleo de armas de utilería o de armas de fuego cuya operatividad no ha sido demostrada (art. 166, inc. 2º, tercer párrafo, C.P.).

XI. El peligro que ya entraña el empleo de cualquier arma recrudece significativamente cuando ésta es de fuego, razonablemente considerada por la norma como un instrumento de elevada potencialidad lesiva, en su comparación con las restantes. El peligro no sería tal si el arma es de utilería, equiparando a dicha ausencia, los supuestos en los que no es posible determinar la aptitud del arma de fuego utilizada, haciendo jugar la duda a favor del reo pero no pretendiendo que esa incertidumbre -en virtud el principio de inocencia y el *in dubio pro reo-* conduzca a sacar la conducta del autor del art. 166 del C.P. para ubicarla en el tipo básico regulado por el art. 164 del C.P.

T.S.J., Sala Penal, Sent. n° 143, 09/06/2008, "*NIETO, Raúl Alberto p.s.a. robo calificado con armas - Recurso de Inconstitucionalidad-*" (Vocales: Dres. Tarditti, Cafure de Battistelli, Rubio, Sesin, Blanc G. de Arabel, García Allocco y Caeiro).

SENTENCIA NUMERO: CIENTO CUARENTA Y TRES

En la Ciudad de Córdoba, a los nueve días del mes de junio de dos mil ocho, siendo las diez y treinta horas, se constituyó en audiencia pública el Tribunal Superior de Justicia, en pleno, presidido por la Dra. María Esther Cafure de Battistelli, con la asistencia de los señores Vocales doctores Aída Tarditti, Luis Enrique Rubio, Domingo Juan Sesin, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Carlos Francisco García Allocco y Eduardo Caeiro a los fines de dictar sentencia en los autos "*NIETO, Raúl Alberto p.s.a. robo calificado con armas -Recurso de Casación e Inconstitucionalidad-*" (Expte. "N", 7/06), con motivo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Dr. Alejandro R. Dragotto, en su condición de defensor del imputado Raúl Alberto Nieto, en contra de la sentencia número treinta y ocho, de fecha veintiuno de setiembre de dos mil seis, dictada por la Cámara en lo Criminal de Primera Nominación de esta Ciudad.

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

1°) ¿Es inconstitucional el artículo 166 inc. 2°, tercer párrafo, del Código Penal?

2°) ¿Qué solución corresponde dictar?

Los señores Vocales emitirán sus votos de manera conjunta.

A LA PRIMERA CUESTION:

Los señores Vocales Dres. María Esther Cafure de Battistelli, Aída Tarditti, Luis Enrique Rubio, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Domingo Juan Sesin, Carlos Francisco García Allocco y Eduardo Caeiro, dijeron:

I. Por Sentencia N° 38, del 21 de setiembre de 2006, la Cámara Primera en lo Criminal de esta ciudad de Córdoba, resolvió, en lo que aquí interesa: "I) Declarar a Raúl Alberto Nieto, ya filiado, co-autor penalmente responsable del ilícito de robo calificado por el uso de armas, en los términos de los arts. 45, 166 inc. 2° -tercer párrafo- del C.P. e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de cinco años de prisión, con declaración de reincidencia, accesorias de ley y costas (arts. 5, 9, 12, 29 inc. 3ero., 40, 41 y 50 del C.Penal, 550/551 del C.P.P.)..." (fs. 352/362).

II. Contra dicha resolución, deduce recurso de inconstitucionalidad el Dr. Alejandro R. Dragotto, en su condición de defensor del imputado Raúl Alberto Nieto (fs. 379/390).

En este punto, el recurrente plantea la inconstitucionalidad de la figura penal prevista en el art. 166 inc. 2°, tercer párrafo, del C.P., agregado por ley 25.882, remitiéndose principalmente a los argumentos expuestos por el Sr. Vocal a cargo de la Sala Unipersonal de la Excma. Cámara 2° del Crimen, Dr. Eduardo Valdez, en autos "González, Gustavo Daniel" (sentencia del 22/11/05).

En primer término expresa que se impone determinar qué tipo de disposición constituye el término legal "no pudiere tenerse de ningún modo por acreditada", si tiene relación con la tipificación de la conducta

o se trata de una disposición procesal. Destaca que dicha precisión resulta relevante pues sólo tratándose de una disposición de fondo, su aplicación deviene obligatoria como parte de la calificación legal del hecho.

Agrega que la interpretación gramatical del término legal “no pudiere tenerse de ningún modo por acreditada”, no permite relacionarlo a la conducta del autor ni al resultado provocado, quedando por lo tanto fuera de la descripción objetiva y subjetiva de la conducta. Tampoco puede ser considerado un elemento normativo del tipo -pues con él no se hace referencia a ninguna valoración social o cultural que integre la conducta, presupuesto de la pena-; ni una circunstancia tipificadora -pues no tiene por función precisar el hecho al margen de su proceso ejecutivo ya sea como referencia a la modalidad fáctica, previa o posterior al hecho-. De allí, concluye que, ubicada esta expresión fuera de la descripción legal de la conducta (elementos conceptuales del tipo y circunstancias tipificadoras) los aspectos por ella referidos no resultan susceptibles de ser revelados al formular los juicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad propuestos por la dogmática penal, y por lo tanto resultan ajenos a la teoría del delito y a la calificación del hecho.

Como corolario de lo expuesto, el recurrente expresa que de ello se deriva, por exclusión, que se está frente a una disposición procesal que plantea problemas probatorios del hecho y que, ante su verificación, decide una pena distinta a la prevista para la figura del robo simple y a la del robo calificado con armas de fuego, en otras palabras, se está frente a una disposición del Código Penal que regula aspectos procesales y que por lo tanto no responde a una técnica legislativa conocida.

Seguidamente se plantea los siguientes interrogantes: 1) asignar efectos a dificultades probatorias, ¿resulta compatible con la actividad propia de poder legislativo o se está invadiendo la actividad del Poder Judicial?, 2) ¿resultan compatibles con los principios de rango constitucional que rigen la actividad de los jueces, esto es el principio de inocencia y el *in dubio pro reo*?

Respondiendo al primero de ellos, sostiene que la disposición analizada hace referencia a una situación de duda sobre la prueba de una circunstancia agravante del hecho imputado (cuando no se pueda probar si el arma utilizada era operativa o no lo era), asignándole una pena menor que la prevista para la figura agravada y una mayor que la prevista para el robo simple. De allí que el legislador altera el principio de división de poderes consagrado por el sistema republicano de gobierno (art. 1 C.N).

Luego, el recurrente, precisando el interrogante planteado, vuelve a preguntarse retóricamente, si está facultado el legislador para reglamentar los efectos de la duda, siendo la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* garantías de aplicación estrictamente judiciales; decidiéndose por la respuesta negativa y agregando que la disposición cuestionada no sólo regula con alcance general dificultades probatorias relacionadas con el estado de duda sobre un aspecto parcial de la imputación delictiva, sino que además establece una pena para dicha situación. Insiste aquí con que disposiciones de tal naturaleza afectan directamente la jurisdicción como facultad de conocer el hecho particular y decidir el derecho en el caso concreto, pues producen la sustitución parcial del juez, al ser el legislador el que decide ante la duda.

Arguye finalmente que el análisis de los propósitos explícitos de la reforma, corrobora su postura, ya que -con relación al último párrafo del inc. 2do. del art. 166- la nota de remisión del proyecto de la Ley 25.882 expresaba que, entre otros fines, lo que se buscó fue superar los problemas probatorios considerados

por la C.S.J.N. en “Sánchez” y “Aranda”. En definitiva, concluye, el legislador al incluir el último párrafo del art. 166, obró condicionado por los precedentes citados, pretendiendo solucionar las consecuencias de un problema probatorio, y lo hizo de un modo para el cual no está facultado constitucionalmente pues avanzó sobre exclusivas funciones judiciales.

Con relación a la violación de las garantías constitucionales aludidas *supra*, expresa que 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.

Explica que -según su criterio- la cláusula normativa que estudiamos colisiona “parcialmente” con la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, pues si bien su aplicación presupone la existencia de certeza con relación a los extremos básicos de la imputación, esto es la existencia de un hecho de robo; las mencionadas garantías se ven afectadas con relación a la circunstancia agravante la que, al no haberse probado, debiera seguir cubierta por la presunción de inocencia y por el *in dubio pro reo*, lo que en este caso no ocurre. Agrega finalmente que también se lesionan garantías procesales, ya que se agrava la situación del acusado de robo simple presumiéndose una mayor culpabilidad en base a un estado de duda (la utilización de armas operativas en un hecho de robo).

Por todo lo relatado, y atento a lo dispuesto por el art. 161 de la Constitución Pcial. y 31 de la CN, que establecen el deber imperativo para los Tribunales de aplicar en el ejercicio de sus funciones la CN y la Provincial, sostiene que corresponde declarar la inconstitucionalidad parcial del art. 166 texto ley 25.882, específicamente del último párrafo del inc. 2do, por resultar contradictorio con los principios de división de poderes, al invadir funciones estrictamente judiciales (arts. 1, 18 y 116 de la C.N; 2, 153 y 155 de la CDDH, art. 8.2 de la CADH, 14.2 PIDCP, y art. 41 de la Constitución Provincial), los principios de inocencia e *in dubio pro reo*, como las garantías del debido proceso y de defensa; debiendo en consecuencia subsumirse la conducta del encartado Nieto en las previsiones de la figura básica del robo.

III. El Tribunal de Mérito se pronunció negativamente sobre la inconstitucionalidad de la norma en cuestión.

Al responder a la segunda cuestión resolvió el planteo efectuado por la defensa durante el debate (fs. 360 vta./361 vta.) destacando que la ley 25882 ha introducido como último párrafo del art. 166 inc. 2do. del C.P. que “...si se cometiere el hecho 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”, hipótesis distinta a la de un arma de fuego secuestrada y de la cual se haya demostrado su operatividad, pues en este caso corresponde la aplicación del art. 166 inc. 2do., con una pena superior.

No es posible considerar que el legislador ha menoscabado la competencia provincial para legislar sobre materia procesal porque el congreso de la Nación ha dictado una norma indispensable para lograr una eficacia en la instrumentación para la aplicación de una situación como la cuestionada y le incumbe a éste la sanción de normas formales que las estime necesarias para su inclusión en las leyes comunes. No se vulnera o restringe el principio de libertad probatoria desde que la nueva figura conduce a sustentar una presunción

de inaptitud ante la falta de secuestro o peritación del arma. La operatividad del arma de fuego es un extremo que debe ser probado durante el proceso por el tribunal de juicio.

En el caso, el arma no fue secuestrada por lo que se desconoce su funcionamiento y respetando la libertad probatoria es que el legislador contempló esta nueva hipótesis con una pena sensiblemente menor.

La última ratio del orden jurídico es la declaración de inconstitucionalidad de la norma la que debe violar preceptos contenidos en la misma Constitución Nacional y no advierte que en el caso ello ocurra.

Por último, señaló la ausencia de toda contradicción del tipo penal reformado y los principios y garantías contenidos en la Constitución nacional.

IV. Por Dictamen P-118, el Sr. Fiscal General de la Provincia concluyó que el recurso de inconstitucionalidad incoado por la defensa debe ser rechazado por ser formalmente inadmisibles, al no haberse interpuesto oportunamente la cuestión (fs. 396/403).

Señaló en primer lugar que el objeto en crisis es susceptible de ser atacado por esta vía, desde que el sentenciante trató el problema al responder a la segunda cuestión rechazando el mismo, existiendo en consecuencia un pronunciamiento contrario a las pretensiones del recurrente, tal como lo exige el art. 483 del C.P.P.

Advierte que la introducción del planteo constitucional fue efectuada por el defensor al momento de realizar sus conclusiones finales solicitando, subsidiariamente a la absolución del acusado, la declaración de inconstitucionalidad de la norma contenida en el art. 166, inc. 2, tercer párrafo del C.P. por lo que luce ausente el requisito de planteo oportuno de la cuestión, no obstante lo cual consideró conveniente expedirse sobre el tema de fondo planteado.

Su razonamiento, en forma sucinta, puede compendiarse como sigue:

1. No se observa que la expresión criticada “no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada” constituya una norma procesal pues su función se encuentra relacionada al tipo objetivo del robo agravado por arma y por ello constituye materia atinente al derecho penal de fondo.

El tipo objetivo abarca la conducta desplegada por el autor (acción en sí misma) y los demás elementos descriptivos y normativos que integran la figura penalmente típica así como la antijuridicidad del hecho (tipo de injusto). La faz subjetiva o “tipo subjetivo” refiere a la voluntad del autor dirigida a la realización del hecho prohibido (dolo o culpa). La frase cuestionada, en consecuencia, integra la descripción legal del hecho pues completa la descripción del medio empleado para su comisión (especie de arma).

La previsión legal aporta un elemento aclaratorio a la hora de subsumir legalmente la conducta a juzgar dentro de las diversas hipótesis previstas por el art. 166 del C.P..

La imposibilidad de acreditar la aptitud para el disparo del arma queda comprendida en el tipo objetivo del art. 166 inc. 2º, 3º párrafo como circunstancia típica. En dicho sentido, Enrique Bacigalupo, *“Lineamientos de la teoría del delito”*, Hammurabi, 3ra. Edición, 1994; *“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” (pág. 63).

2. No se considera que la reforma introducida por Ley 25882 al C.P. al insertar esta nueva modalidad típica del robo calificado haya invadido la órbita del poder judicial, al sustituir al juez en la valoración de la prueba. La descripción típica no impone regla alguna de valoración sino que se limita a conminar con una pena distinta los desapoderamientos en los que se haya utilizado un arma de fuego cuya operatividad no se hubiera acreditado. Los jueces de la república llegaran a su conclusión conforme a las reglas de valoración que le impongan las leyes de formas de sus respectivas provincias.

No es aceptable que la expresión legal contenida en el art. 166 inc. 2º, 3º supuesto constituya una norma procesal que invade la órbita del poder judicial contradiciendo el principio de división de poderes.

3. Tampoco es de recibo la crítica vinculada con la supuesta violación de las garantías constitucionales que hacen al principio de inocencia, in dubio pro reo, debido proceso y derecho de defensa, pues ante la imposibilidad de probarse la circunstancia agravante debería subsumirse la conducta en las previsiones de la figura básica del robo.

No debe confundirse el elemento típico sobre el que debe recaer la duda. Para que por imperio del principio de inocencia el robo quede subsumido en la figura básica del robo simple, la duda debe recaer sobre la utilización o no de armas de fuego en el hecho, circunstancia no prevista por el tercer párrafo del inc. 2º del art. 166 del C.P. donde la incertidumbre recae sobre la operatividad del arma de fuego. Para encuadrar la conducta en este sub tipo, el juez deberá probar la utilización de un arma (de fuego o de utilería) por cualquier medio de prueba (art. 192 del C.P.P.).

Acreditada con certeza positiva la utilización de un arma de fuego por parte de los imputados resulta imposible subsumir lo acontecido en el tipo básico del robo (art. 164 C.P.), pues la existencia de las armas ha desplazado inexorablemente la conducta hacia la figura del robo calificado por el empleo de armas de fuego.

4. Dentro de la categoría “armas de fuego” la norma cuestionada representa el tipo mas levemente penado. La sistemática seguida por el Código Penal como consecuencia de la reforma introducida por la Ley 25882 al art. 166 inc. 2º del C.P., adopta un criterio de especialidad y distingue distintas hipótesis delictivas para el robo cometido con armas, estableciendo una escala punitiva progresiva.

En su primer peldaño reprime el robo con utilización intimidante de una réplica de arma de fuego o con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no ha podido acreditarse en juicio (art. 166 inc. 2º primer supuesto, ultimo párrafo –tres a diez años-).

En segundo lugar con pena mayor, castiga el robo perpetrado con cualquier otro tipo de arma que no sea de fuego (art. 166, primer supuesto, -cinco a quince años).

Por último sanciona con pena mas severa el robo con arma de fuego operativa y cargada con proyectiles aptos (art. 166, inc. 2º primer supuesto apartado segundo, -eleva la escala prevista en el inc. 2º a un tercio en su máximo y en su mínimo).

La estructura dada a la norma del inciso 2º del art. 166 ha venido a evitar disímiles criterios interpretativos. Así lo ha establecido el legislador al explicar que “de esta manera se ratifica el criterio

progresivo para las agravantes del robo, quedando expresamente establecido que el uso de un arma de fuego implica una escala penal mas severa que la aparejada por la utilización de cualquier otro tipo de arma, resultante de una figura calificada específica en lugar de una confusa pauta genérica de agravamiento.

5. Contrariamente a lo que plantea el quejoso en la hipótesis prevista por el último párrafo del artículo 166 la ley resuelve la circunstancia de duda (sobre la operatividad del arma) en favor del reo, aminorando notablemente la pena. La razón de la mayor penalidad de esta modalidad comisiva en relación al robo simple, radica en que (aunque se descarte por la duda el peligro corrido por la víctima) queda subsistente el estado de mayor indefensión en la que ha sido colocada la víctima por haberse blandido en su contra el arma que con sobradas razones creyó real y operativa. Ello conlleva una mayor violencia e intimidación que cualquier hipótesis que encuadre en el art. 164 del C.P.

De todo lo argumentado se colige en consecuencia que ninguna vulneración al principio de inocencia se ha verificado en autos, pues en estricta aplicación de dicha garantía al no probarse la operatividad del arma utilizada se ha subsumido su conducta en la figura cuestionada, desechándose la supuesta vulneración del principio de culpabilidad y defensa en juicio.

V. La declaración de inconstitucionalidad de una norma implica un acto de suma gravedad institucional y por ello debe ser considerado como “última ratio” del orden jurídico. Dicha declaración debe reservarse sólo para aquellos casos en que la “repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable”.

Ahora bien, en orden al tema de fondo planteado, el completo dictamen del Sr. Fiscal General de la Provincia, cuyo contenido se ha reseñado *supra* (IV), contiene sólidos fundamentos que responden con precisión al interrogante traído a estudio por el impugnante, a los que adheriré.

* 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-, tema propio del derecho de fondo y ajeno al derecho procesal, como entiende la defensa.

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 es necesaria 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 C.P..

* El argumento vinculado con la vulneración de las garantías constitucionales del in dubio pro reo y el principio de inocencia, luce indemostrado desde que el legislador resuelve la situación de duda prevista en el tercer párrafo del inciso 2º del art. 166 del C.P. en favor del acusado, evitando encuadrar su conducta en el inciso 2º, segundo supuesto de dicha norma, con una clara disminución en la escala penal, lo que no advierte el defensor.

Pretender, invocando el principio del indubio pro reo, ubicar el comportamiento del acusado en el art. 164 del C.P. supone un claro yerro respecto del elemento sobre el cual debe recaer la duda.

Para poder encuadrar una conducta en el art. 164 del C.P. el autor del robo no debe utilizar armas en el hecho, bastando con el ejercicio de fuerza en las cosas o violencia física en las personas.

La incertidumbre planteada en el supuesto legal en cuestión recae sobre la operatividad del arma de fuego existente, 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 pretendida por la defensa (art. 164 del C.P.) que en el desapoderamiento no requiere el empleo de medio especial alguno.

Como se observa, 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. -en el que necesariamente debemos ubicarnos-. Recordemos que la modificación efectuada por la ley 25882 adopta un criterio de especialidad con distintas hipótesis con escala punitiva progresiva.

El art. 164 del C.P. 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 (T.S.J. Sala Penal, "Mercado", S. n° 341, 20/12/2007).

Este tipo de concurso de presenta cuando "*...respecto a una misma situación de hecho aparecen dos o más disposiciones legales que pretenden regirla simultáneamente, siendo que, en realidad, debido a la relación que media entre ellas, la aplicabilidad de una determina la inaplicabilidad de las otras*" (cfr. GAVIER Ernesto R., "Concurso de leyes", en *Enciclopedia Jurídica Omega*, t. III, Buenos Aires, p. 659). Ello es así, porque si bien la acción puede ser enjuiciada según diversos tipos penales, basta uno de tales tipos por sí sólo para agotar el pleno contenido del ilícito del hecho (cfr. MAURACH, Reinhart -GÖSSEL, Karl Heinz -ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte General*, Astrea, 1995, t. 2, p. 551; T.S.J., Sala Penal, "González", S. n° 66, 27/7/01; T.S.J., Sala Penal, S. n° 72, 1/08/06, "Mamóndez"; S. n° 89, 25/08/06, "González"; S. n° 115, 8/06/07, "Caro").

Dentro del concurso aparente encontramos la especialidad -*lex specialis derogat legi generalis*- 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); ella permite adicionar a un tipo penal "*algún elemento que demuestra un fundamento especial de la punibilidad*", dando así nacimiento a un tipo nuevo (BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal -Parte General*, Hammurabi, Bs.As., 1999, 2º ed., p. 572).

"*El legislador procede en muchos casos configurando los tipos delictivos en su forma más sencilla como delitos base o básicos y creando sin embargo, en conexión con ellos y añadiendo ulteriores elementos, derivaciones típicas o tipos derivados, que o bien agravan (tipos cualificados) o bien atenúan (tipos*

privilegiados) la consecuencia jurídica para el delito base" (ROXIN, Claus, Derecho Penal -Parte General, Thomson-Civitas, Madrid, 1997, T. I, p. 338). 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 C.P.) 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).

En síntesis, el empleo de *violencia en las personas* que configura el robo simple denota ya en el tipo básico del artículo 164 una consideración del peligro para la vida o la integridad física de la víctima -y su correlato intimidante- que se encuentra ausente en el hurto (art. 162, C.P.; SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T.E.A., Bs.As., 1970, T. IV, pág. 247; NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, Bibliográfica Omeba, Bs.As., 1976, T.V, págs. 222/224), el empleo de un arma (art. 166, inc. 2º, 1º párrafo, C.P.) constituye un segundo *plus* lesivo, que puede finalmente ascender a un superior nivel de peligro, dado por la utilización del arma que el legislador ha entendido que entraña singular riesgo: el arma de fuego (art. 166, inc. 2º, 2º párrafo, C.P.). Luego, encontramos las agravantes de menor entidad que se sitúan entre el tipo base (art. 164; C.P.) y el robo con armas -impropias- (art. 166 inc. 2º, primer párrafo, C.P.) y el empleo de armas de utilería o de armas de fuego cuya operatividad no ha sido demostrada (art. 166, inc. 2º, tercer párrafo, C.P.).

El peligro que ya entraña el empleo de cualquier arma recrudece significativamente cuando ésta es de fuego, razonablemente considerada por la norma como un instrumento de elevada potencialidad lesiva, en su comparación con las restantes. El peligro no sería tal si el arma es de utilería, equiparando a dicha ausencia, los supuestos en los que no es posible determinar la aptitud del arma de fuego utilizada, haciendo jugar la duda a favor del reo pero nunca -como intentaba el defensor-, pretender que esa incertidumbre -en virtud el principio de inocencia y el indubio pro reo- debe conducir a sacar la conducta del autor del art. 166 del C.P. para ubicarla en el tipo básico regulado por el art. 164 del C.P.

Votamos, pues, negativamente.

A LA SEGUNDA CUESTION:

Los señores Vocales Dres. María Esther Cafure de Battistelli, Aída Tarditti, Luis Enrique Rubio, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Domingo Juan Sesin, Carlos Francisco García Allocco y Eduardo Caeiro, dijeron:

Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso deducido, con costas (arts. 550 y 551, C.P.P.). Así votamos. En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, en pleno;

RESUELVE: Rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Dr. Alejandro R. Dragotto, en su condición de defensor del imputado Raúl Alberto Nieto, con costas (CPP, arts. 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 los señores Vocales del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí de lo que doy fe.