

ROBO. Robo calificado por escalamiento y efracción. Tentativa. ROBO CON ARMAS. Implicancias de la reforma operada por la ley 25.882. Declaración de inconstitucionalidad del art. 166 inc. 2º, 3º párrafo.

El caso. En respuesta a la acusación el imputado prestó declaración en la audiencia del debate aceptando su participación en los hechos tal cual le fueron intimados. Como consecuencia del reconocimiento liso y llano de responsabilidad su defensor técnico solicitó se imprima a este juicio el trámite abreviado previsto por el art. 415 del C.P.P., a lo que hizo lugar el Tribunal con la expresa conformidad del acusado - quien previamente fue impuesto de la naturaleza y alcances de dicho instituto procesal- y del Señor Fiscal de Cámara. Al emitir su alegato el Señor Fiscal de Cámara concluyó solicitando se declare al encartado, en relación al primer hecho, coautor de Robo Calificado por escalamiento, en grado de tentativa y en cuanto al segundo hecho, coautor de Robo Calificado por arma de fuego que no fue habida, en concurso real y se le imponga la pena de tres años y seis meses de prisión, adicionales de ley y costas. A su turno el defensor del acusado adhirió en un todo a los fundamentos dados por el Sr. Fiscal de Cámara y solicitó se le otorgue al acusado tratamiento de penado y que se le de la oportunidad de continuar sus estudios. El Tribunal, en sala unipersonal, resolvió declarar la inconstitucionalidad parcial del art. 166 inc. 2º, 3º párrafo primer supuesto del C. Penal y declarar al imputado coautor del delito de Robo Calificado por Escalamiento y Efracción en grado de tentativa (1º hecho), y coautor de Robo (2º hecho), en concurso real, en los términos de los arts. 45, 167 inc. 3º y 4º, en función del 163 inc. 4º, 45, 164 y 55 del C. Penal y en consecuencia imponerle la pena de tres años y seis meses de prisión, con adicionales de ley y costas. Tener formulada la opción prevista en el art. 11 de la ley 24.660 para su incorporación al régimen de penados la que deberá comunicarse al Servicio Penitenciario.

1. En relación al hecho nominado primero concurren la figura de robo calificado por escalamiento y efracción en grado de tentativa de conformidad a lo establecido por los arts. 167 inc 3 y 4 en función del art. 163 inc. 4, 44 y 45 del C.P. El ingreso al domicilio de noche con una barreta con la que rompieron la reja de una de las aberturas previo escalar a los techos de la vivienda portando uno de los sujetos un arma replica, constituyen actos inequívocos de que habían puesto en acción la finalidad delictiva de robar en la vivienda, sin poder consumarlos por la alerta dada por sus ocupantes al personal policial que arribó al lugar y detuvo a ambos sujetos.

2. Este Tribunal, tanto en la sala unipersonal como con la integración en colegio ha declarado la inconstitucionalidad del art. 166 inc. 2do, tercer párrafo del C. Penal (versión Ley 25.882) debido a que se consideró que las cuestiones probatorias son materia propia del derecho procesal y del Poder Judicial y ajenas al derecho de fondo y a la tarea del legislador; como también que la duda por mandato constitucional y legal, debe favorecer al acusado y no, como en el caso, ser fundamento para agravar la pena.

3. Debe analizarse la aplicación del nuevo texto del art. 166 inc. 2 último supuesto del C.P. introducido por ley 25.882, en especial el último párrafo, que dispone “**Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiere tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión.**” Particularmente interesa determinar que tipo de disposición constituye el término legal “**no pudiere tenerse de ningún modo por acreditada**” y si tiene relación con la tipificación de la conducta, o si se está frente a una disposición procesal.

4. Por exclusión arribamos a la conclusión de que se está frente a una disposición procesal, que plantea problemas probatorios del hecho y que ante su verificación decide una pena distinta a las previstas para la figura del robo simple y la del robo calificado con armas de fuego.

5. En cuanto al principio de legalidad, al analizar el art. 162 inc. 2do 3er supuesto, en forma sistemática en relación a las otras figuras del Capítulo 2 del Título 6 del C.P., se advierte que agrava la figura básica del robo simple previsto en el art. 164, y que atenúa la pena prevista para el robo con armas de fuego. Pero al

hacerlo, no lo ha hecho de una forma independiente y autónoma, pues la ha hecho depender de que no se pruebe la modalidad más grave— robo con arma de fuego- y se ha omitido su descripción explícita de la situación que se pretende agravar.

6. Si bien se podría argumentar que dicha omisión se encuentra subsanada porque se está refiriendo a una misma modalidad del robo, cuando emplean armas de fuego, al preverse una escala autónoma e independiente, que agrava el robo simple, surge la exigencia imperativa de la precisión explícita de la nueva y distinta situación agravante. Este proceder legislativo violenta el principio de legalidad en su manifestación de máxima taxatividad legal, pues este exige, que el legislador agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra

7. Crear una escala intermedia entre el robo simple y el robo con armas de fuego operativas, supeditado a la no prueba de este último, no sólo violenta la relación lógica entre los tipos básicos y especiales, sino que violenta las garantías procesales del principio de inocencia y el in dubio pro reo.

8. En cuanto a la facultad de declarar la inconstitucionalidad de oficio de las leyes, a partir del precedente de la C.S.J.N. conocido como “Mill de Pereyra” la mayoría de sus integrantes se han pronunciado por su procedencia. Para fundar dicha facultad se sostuvo que *“Es exacto -dicen- que los Tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución. Mas de ello no se sigue la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio iura novit curia- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, y desechando la de rango inferior”*. Descartada dicha agravante surge aplicable la figura básica del robo simple prevista en el art. 164 del CP pues el empleo de las armas no operativas constituyen un medio violento e intimidatorio dirigida contra las personas.

Cám. 2ª del Crimen Cba., 31/05/2010, “Alercia, Dante Gerardo p.s.a. Tentativa de Robo calificado, etc.”. (fallo seleccionado y reseñado por Marcela Meana).

Primera cuestión: ¿Existen los hechos y es autor responsable el imputado?

Segunda cuestión: En su caso, ¿qué calificación legal merecen los mismos?

Tercera cuestión: ¿Que pronunciamiento corresponde y procede la imposición de costas?

A la primera cuestión planteada, el Señor Vocal, Doctor Eduardo Rodolfo Valdés. Dijo:

D) en respuesta a la acusación precedentemente transcripta (art. 408 inc. 1º CPP), el imputado Dante Gerardo Alercia prestó declaración en la audiencia aceptando su participación en los hechos tal cual le fueron intimados. Como consecuencia del reconocimiento liso y llano de responsabilidad su defensor técnico solicitó se imprima a este juicio el trámite abreviado previsto por el art. 415 del C.P.P., a lo que hizo lugar el Tribunal con la expresa conformidad del acusado - quien previamente fue impuesto de la naturaleza y alcances de dicho instituto procesal- y del Señor Fiscal de Cámara. En consecuencia, y a solicitud expresa del Sr. Fiscal de Cámara se procedió a incorporar por lectura la prueba testimonial, documental e informativa ofrecida por el Ministerio Público, la que a continuación será materia de concreta valoración, a saber: **PRIMER HECHO Testimonial:** Jesús Cesar Calvo de s.f. 1, Estela Mary Lozza de fs. 7, Luís Eduardo Ross de fs. 8, Roque Gabriel Peralta de fs. 24, Raúl Alejandro Juncos de fs. 34, Marcelo Miguel Sosa de fs. 90, Jorge Honorio Páez de fs. 92/93, Juan Balastegui de fs. 94, **Documental, Pericial e Informativa:** Croquis de fs. 2-9-35, Acta de

aprehensión de fs. 3, Acta de inspección ocular y secuestro de fs. 4-10, Acta de aprehensión de fs. 11, Fotocopia DNI de fs. 15-17, Fotocopia acta de nacimiento de fs. 16, Acta de inspección ocular de fs. 36, Informe médico de fs. 28-29-31, Informe químico de fs. 119-128, Informe balístico de fs. 124/125, Informe del Renar de fs. 129; **SEGUNDO HECHO Testimonial:** Enrique Alejandro Moreno de fs. 130, Wang Liangkui de fs. 134, Matías Quiroga de fs. 136-194/195, Gustavo Leonardo Posse de fs. 159-161-164, Claudio Ariel Agüero de fs. 178/179, Luciano Marcos Ariel Charras de fs. 196, Carlos Guido Bazan de fs. 259, Chen Hong Zhu de fs. 272/275; **Documental, Pericial e Informativa:** Acta de inspección ocular de fs. 131, Croquis de fs. 132-162-165, Copia de fotografía de fs. 160-163-166, Acta de allanamiento y aprehensión de fs. 180, Acta de allanamiento y secuestro de fs. 181, Reconocimiento en rueda de personas de fs. 214, Fotografía de fs. 217/220, Informe técnico informático de fs. 139/146, Informe video legal de fs. 147/158, Informe médico de fs. 188, y demás constancias de autos.- Al emitir su alegato el Señor Fiscal de Cámara concluyó solicitando se declare al encartado Alercia, en relación al primer hecho, coautor de Robo Calificado por escalamiento, en grado de tentativa y en cuanto al segundo hecho, coautor de Robo Calificado por arma de fuego que no fue habida, en concurso real y se le imponga la pena de tres años y seis meses de prisión, adicionales de ley y costas.- A su turno el defensor del acusado adhirió en un todo a los fundamentos dados por el Sr. Fiscal de Cámara y solicitó se le otorgue a Alercia tratamiento de penado y que se le de la oportunidad de continuar sus estudios. **2.- Hecho nominado primero:** la confesión de Alercia se encuentra corroborada por la prueba incorporada dando cuenta de una aprehensión en situación de flagrancia de conformidad a lo dispuesto por el art. 276 del C.P.P. En efecto ante la instrucción prestó declaración el Cabo Jesús Cesar Calvo, quien a fs. 1 dijo que siendo alrededor de las 04:17 hs del día del hecho fue comisionado por la central de radio para constituirse en la calle 25 de mayo N° 2392 de B° Yapeyú, lugar en donde se encontrarían sujetos en el patio de una vivienda. Que con la premura del caso se constituyó en dicha dirección y golpeó la puerta siendo atendido por la Sra. Mari Loza de Páez, de 65 años quien le manifestó que sentía ruidos arriba de su techo, llegando otro móvil a cargo del Oficial Ross quien le grita que un sujeto se daba a la fuga siendo perseguido por dicho oficial. Que él ingresó rápidamente a la vivienda, la señora le abrió la puerta que da al patio y subió por una escalera a la terraza, y al mirar a la medianera colindante logró ver a un sujeto robusto con remera roja que trataba de darse a la fuga por los techos, que le dio la voz de alto y el sujeto se detuvo, lo hizo tirar al piso y procedió a su palpado y de la zona de sus genitales entre la ropa interior saco una replica de pistola 11.25 mm de material plástico, resultando ser el menor Eric Leonardo Fonseca, de 16 años domiciliado en calle Bailén 554 de B° Yapeyú. Que reviso la casa constatando que la reja que protege la puerta que da a la cocina, presenta uno de los barrotes arrancado en su totalidad y otro desoldado en la parte inferior, constatando que no logran sustraer ningún elemento de la propiedad de la damnificada. A fs. 8 presto declaración el Oficial Roos quien dijo que al llegar al lugar observó que el cabo Primero Calvo no había ingresado todavía a la casa por lo que frenó el móvil y al bajarse observó que, de los techos de la casa hacia la calle Gavilán, bajaba un sujeto vestido de buzo azul claro con capucha y una gorra negra con la inscripción Adidas, que se tiro del techo hacia a la vereda y comenzó a correr, que le dio la voz de alto al observar que tenía en sus manos una barreta de acero de 50 cm de largo por unos 10 cm de ancho –aparentemente de elástico de camión-. Que lo persiguió no perdiéndolo de vista nunca y lo alcanzó en la esquina de Rosario de Santa Fe y Gavilán, a una cuadra del lugar del hecho, lo reduce, lo palpa de armas y procede a su aprehensión manifestando llamarse Dante Gerardo Alercia de 19 años de edad. Completa y corroboran los dichos policiales las declaraciones de los dueños de casa Estela Mary Lozza y Jorge Páez (ver fs.7 y 92) quienes manifestaron que estaban descansando, que el marido se levanto para ir al baño y escucharon un ruido en la ventana del dormitorio, que se acostaron y escucharon nuevamente ruidos del lado del patio donde hay dos baños y que todo el patio se encuentra

enrejado y que solamente se puede acceder por la terraza, que miraron por la ventana que da a ese patio y vieron la luz de uno de los baños encendida y una sombra al parecer una persona que se movía y reflejaba en la cortina del baño, que apagaron las luces de la vivienda y vieron salir de la puerta que da al patio salir agachado a otra persona que entra al baño y allí se pone de pie dando la espalda y conversa con otro sujeto que ya estaba dentro del baño, por lo que deciden llamar a la policía por el celular. Agrego la mujer que luego se asomó mirando hacia adentro por la ventana que da a la cocina que tiene rejas y vidrio y allí ve al un sujeto que vestía un buzo con capucha de color azul o celeste oscuro, que regresó a su dormitorio con su marido y observan desde allí la ventana que da al patio, donde logran ver nuevamente al sujeto con capucha que su marido se llevó por delante algo haciendo ruidos y los dos sujetos alertados salen por la escalera hacia la terraza llegando en ese preciso momento el móvil policial. Completan el cuadro probatorio los croquis del lugar de fs. 2,9 y 35, las actas de inspección ocular y secuestro de f.4, 10 y 36 y el acta de aprehensión de fs. 11, que refieren idénticas circunstancias de tiempo lugar y personas referidas por los testigos. Por último obran los informes químico de fs. 119 y 128, como el informe balístico de fs. 124/125, que descartan la presencia de alcohol y drogas en orina extraída a Alercia y corroboran que el arma secuestrada es un juguete.- **Hecho nominado segundo:** Aquí también la prueba incorporada confirma la confesión de Alercia. A los fines de la prueba del evento histórico resultan relevantes las declaraciones del propietario del supermercado Wang Liangkui, como del empleado de seguridad que fuera reducido por los asaltantes y del personal policial que llegó al lugar. El damnificado Wang Luangkui dijo a fs. 134 que el día 20 de julio del 2009 aproximadamente a las 19:45 hs en ocasión en que el se encontraba trabajando en el Supermercado Santos sito en calle Juan Roque N° 66 de B° Yapeyú se hicieron presentes tres sujetos de sexo masculino con armas de fuego y le rompen la caja registradora y le sustraen aproximadamente mil pesos y se dan a la fuga. Agrego que tenía contratado un guardia de seguridad Matías Quiroga y que tenía una cámara de seguridad que habría filmado a los sujetos que ingresaron. En igual sentido obra la declaración vía interprete de Chen Hong Zhu (Fs.272). A su turno a fs. 136 y 194 prestó declaración el guardia de seguridad y dijo que el día del hecho aproximadamente a las 19: 45 hs., en ocasión en que se encontraba trabajando como guardia en el Supermercado “Santos” sito en calle Juan Roque N° 66 de B° Yapeyú, ingresaron tres sujetos de sexo masculino. Que uno de ellos lo apuntó con un arma en el cuerpo y le dijo “ es un robo acostate en el suelo”, por lo que se tiro al suelo. Que el sujeto le revisó uno de los bolsillos del pantalón y le sustrajo la billetera y el celular y un juego de llaves. Que al ingresar los otros dos sujetos también armados, rompen una de las cajas registradoras donde estaba la Sra. Nong Zhu y sustrajeron como unos mil pesos. Agregó que su billetera era marrón y que contenía su carné de conducir dos pesos, una tarjeta electrónica para viajar en colectivo y que su celular era marca Motorola modelo L7, y que el sujeto que lo apuntó tenía una pistola de color plateado cuyo calibre no puede precisar. También declaro ante la instrucción el Oficia Inspector Enrique Alejandro Moreno (fs. 139) quien dijo que fue comisionado para constituirse en calle Juan Roqué N° 66 de Bario Yapeyú por un hecho de Robo. Que al llegar constató que funciona un supermercado de nombre comercial “Santos” y entrevistó al su dueño Wang Liangkui, quien le manifestó que momentos antes ingresaron al lugar tres sujetos masculinos, jóvenes, con armas de fuego y sustrajeron de la caja N°2 dinero en efectivo y le precisó que los tres sujetos estaban armados. Completan el cuadro probatorio el acta de inspección ocular y croquis del lugar del hecho obrantes a fs.131/132. En cuanto a las armas utilizadas, estas no fueron secuestradas y por lo tanto no pudieron ser peritadas a fin de establecer su operatividad, además de la dinámica del hecho relatada por los testigos presénciales no se refiere su utilización efectuando disparos, sino su utilización blandiéndolas y apuntando a los presentes para intimidarlos. Por ello frente a este aspecto de la imputación –operatividad de las armas empleadas- se presenta una situación de duda insalvable- que por imperio del principio de

inocencia y el in dubio pro reo debe hacerse jugar a su favor y declararse que no resultaron operativas. (art. 11 parr. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 de la C.N. y el principio “in dubio pro reo” (art. 41 de la Constitución Provincial).- En cuanto a la participación responsable en el hecho del imputado Alercia, su confesión se encuentra corroborado por la prueba incorporada. En efecto tal cual lo manifestara el propietario del supermercado, tenía colocada una Cámara de seguridad que habría filmado a los autores del hecho. En ese sentido resulta determinante el informe técnico N° 905.442/09, (fs. 139/158) confeccionado con el Módulo Video Legal de la Policía Judicial en ocasión de desgravar el contenido del video de seguridad aportado por el titular del comercio. De él se recuperan imágenes que captan el hecho cometido y que permiten individualizar con buena calidad de imagen a uno de los autores (ver fs. 151) Dicha imagen permitió al policía comisionado cabo Gustavo Posse, que declaró a fs. 159 y al Oficial Luciano Marcos Ariel Charras, quien lo hizo a fs. 196 individualizar al acusado. En especial Charras fue quien al prestar funciones comisionado en la Unidad Judicial Once, identificó al sujeto de la foto como Dante Alercia. Por otra parte también en el reconocimiento en rueda personas efectuado por el guardia Quiroga (fs. 214), quien fue el que estuvo más cerca del sujeto que lo redujo y lo obligo a tirarse al suelo, el que de las fotos resulta el mismo que fue identificado por el personal policial como Alercia. Refirió una persona de igual contextura física que la del acusado dijo que le resultaba parecido el ubicado en el número dos de la rueda en un cincuenta por ciento, siendo este el acusado Alercia. En conclusión de la prueba precedentemente valorada, se desprende con el grado de certeza requerido tanto la existencia histórica del hecho, como la participación responsable del acusado Dante Gerardo Alercia. Dejo por lo tanto, fijado el hecho como ocurrido en las mismas circunstancias de lugar, tiempo, modo y personas consignadas en el requerimiento fiscal, con la precisión de que las armas empleadas no resultaron operativas, a las que me remito en cumplimiento del requisito estructural de la sentencia (CPP., 408, inc.3°). Doy de este modo respuesta a este primer interrogante propuesto. Así voto.

A la segunda cuestión planteada, el Señor Vocal, Doctor Eduardo Rodolfo Valdés, dijo:

En relación al hecho nominado primero concurren la figura de robo calificado por escalamiento y efracción en grado de tentativa de conformidad a lo establecido por los arts.167 inc 3 y 4 en función del art. 163 inc. 4 , 44 y 45 del C.P.- El ingreso al domicilio de noche con una barreta con la que rompieron la reja de una de las aberturas previo escalar a los techos de la vivienda portando uno de los sujetos un arma replica, constituyen actos inequívocos de que habían puesto en acción la finalidad delictiva de robar en la vivienda, sin poder consumarlos por la alerta dada por sus ocupantes al personal policial que arribó al lugar y detuvo a ambos sujetos.- En cuanto al hecho nominado segundo, el haber fijado, por aplicación del beneficio de la duda, que las armas de fuego empleadas resultaron no operativas, obliga a la consideración de la aplicación del art. 166 inc. 2do, tercer párrafo del C. Penal (versión Ley 25.882). A su respecto este Tribunal, tanto en la sala unipersonal como con la integración en colegio ha declarado la inconstitucionalidad de esta norma debido a que se consideró que las cuestiones probatorias son materia propia del derecho procesal y del Poder Judicial y ajenas al derecho de fondo y a la tarea del legislador; como también que la duda por mandato constitucional y legal, debe favorecer al acusado y no, como en el caso, ser fundamento para agravar la pena. Al respecto el Excmo. Tribunal Superior en pleno en autos “Nieto, Raúl Alberto –recurso de inconstitucionalidad, por sentencia 143 del 09/06/08, sostuvo que la norma mencionada configura un conjunto aparente de leyes pues adopta un criterio de especialidad con distintas hipótesis de escala punitiva progresiva, y que hace jugar la duda a favor del imputado superando por ello los achaques de inconstitucionalidad que se le atribuyen. Sin entrar a analizar los argumentos dados por el Superior, sobre todo el que una misma disposición legal pueda cumplir simultáneamente una función descriptiva, como elemento normativo del tipo y a la vez administrar la duda, lo que es propio de disposiciones procesales, en dicha oportunidad

el Superior abordó parcialmente los cuestionamientos que este Tribunal ha formulado a dicha disposición, pues la defensa cito los fundamentos dados en los autos González mediante sentencia de fecha. 22 de noviembre del 2005 . Con posterioridad, con fecha veintitrés de Noviembre de dos mil siete, en los autos **“CORREA, Jorge Ezequiel p.s.a. robo calificado”** Expte.Nº C-046/2007), este Tribunal en sala unipersonal, amplió los cuestionamientos y fundamentos dados, como las garantías constitucionales que se consideran violentados por dicha disposición (art. 166 inc. 2 último párrafo), citando jurisprudencia de la C.S.J.N. que se considero aplicable para invalidar dicha disposición legal. Por ello en el presente caso se mantendrá su declaración de inconstitucionalidad y se reeditaran tanto los “viejos” cuestionamientos, como los “nuevos” contestados por STJ.- En efecto, debe analizarse la aplicación del nuevo texto del art. 166 inc. 2 último supuesto del C.P. introducido por ley 25.882, en especial el último párrafo, que dispone **“Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiere tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión.”** Particularmente interesa determinar que tipo de disposición constituye el término legal **“no pudiere tenerse de ningún modo por acreditada”** y si tiene relación con la tipificación de la conducta, o si se está frente a una disposición procesal. Dicha precisión resulta relevante, pues solo de tratarse de una disposición de fondo, resulta obligatoria su aplicación en la sentencia como parte de la calificación legal del hecho.- La interpretación gramatical del termino legal “no pudiere tenerse de ningún modo por acreditada”, no permite relacionarlo a la conducta del autor ni al resultado provocado, queda por lo tanto, fuera de la descripción objetiva y subjetiva de la conducta. Además, tampoco permite considerarlo un elemento normativo del tipo, pues con el no se hace referencia a ninguna valoración social o cultural que integre la conducta, presupuesto de la pena. 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. En consecuencia ubicada dicha expresión legal 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 relevados al formular los juicios de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad propuestos por la dogmática penal y por lo tanto resultan ajenos a la teoría del delito y a calificación legal del hecho. De esta manera, que por exclusión arribamos a la conclusión de que se esta frente a una disposición procesal, que plantea problemas probatorios del hecho y que ante su verificación decide una pena distinta a las previstas para la figura del robo simple y la del robo calificado con armas de fuego. Este Tribunal como se adelantara en los autos “González, Daniel Gustavo” mediante sentencia de fecha 22 de noviembre del 2005, se pronunció sobre la inconstitucionalidad de este tipo de disposiciones por considerar que implican una invasión de funciones judiciales y una regulación contraria al principio In dubio pro reo. En dicha oportunidad se sostuvo que el conocimiento y prueba de los hechos resulta un problema de incumbencia de los jueces, de acuerdo al sistema republicano y de división de poderes y que por ello resultan los únicos constitucionalmente facultados para administrar la duda total o parcial sobre algún extremo de la imputación en los procesos en los que se ejerce la función jurisdiccional. Se agregó, que el legislador al incluir simultáneamente, con la descripción de las conductas, una regulación sobre aspectos probatorios relacionados con la no prueba de la operatividad del arma, es decir una situación compatible con la duda, está invadiendo funciones estrictamente judiciales, pues la duda es una garantía de estricta aplicación judicial. Con posterioridad y en dirección a cuestionar la inclusión en las figuras penales, disposiciones procesales porque afectan garantías constitucionales se ha pronunciado mas recientemente (4/07/2006) la minoría de la CSJN, en los autos “Antiñir, Omar Manuel y otros s/ homicidio en riña”. En el voto del Dr. Fayt, al referirse a la imposibilidad de determinar el autor de las

lesiones o muerte contenida en las figuras penales de los arts. 95 y 96 del C.P., consideró que configuran una grave situación desde que vulneran los principios de inocencia y de responsabilidad penal personal o de culpabilidad por el hecho propio como corolario del de legalidad.- Si bien su posición quedó en minoría, la mayoría fundó la posición contraria, en que los arts. 95 y 96 del C.P., no refieren una situación de imposibilidad probatoria, sino a un aspecto constitutivo y material de la infracción caracterizado por su naturaleza tumultuaria.- Ahora bien, bajo las enseñanzas de el precedente citado de la C.S.J.N. aún teniendo en cuenta el voto de la mayoría, no se advierte que en relación al robo agravado por el empleo de armas de fuego, la imposibilidad de probar la operatividad de estas constituya su nota definitoria y su “naturaleza esencial”, siendo ello un problema exclusivamente procesal y probatorio y por lo tanto sujeto a las reglas procesales y garantías del proceso en forma especial al “in dubio pro reo”. Corroborando lo argumentado en cuanto su naturaleza procesal, el análisis de los propósitos explícitos de la reforma, pues en la nota de remisión del proyecto que obedeció a una iniciativa del P.E.- (ver su cita en “Nuevo régimen legal del robo con armas- Ley 25.882” de Marcelo J. Sayago pag. 131), se dijo que con el, entre otros fines, se buscaba **superar los problemas probatorios** considerados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Sánchez” y “Aranda. En el primero se secuestró el arma utilizada en el robo con proyectiles y solo se perito el arma y no los proyectiles y en el caso “Aranda” se utilizó en el robo un objeto con apariencia de “arma” no secuestrado. En definitiva, el legislador, obro condicionado por precedentes citados, pretendió solucionar las consecuencias de un problema probatorio, y lo hizo de un modo para el cual no está facultado constitucionalmente, pues avanza sobre exclusivas funciones judiciales. **II)** Hasta aquí hemos analizado como la finalidad de solucionar problemas probatorios que inspiró y condicionó el texto de la reforma, afectó la división de poderes y el sistema republicano, abordaremos como también de un modo no deliberado, afectó otras garantías constitucionales. **a)** En cuanto al principio de legalidad al analizar el art. 162 inc.2do 3er supuesto, en forma sistemática en relación a las otras figuras del Capítulo 2 del Título 6 del C.P., se advierte que agrava la figura básica del robo simple previsto en el art. 164, y que atenúa la pena prevista para el robo con armas de fuego. Pero al hacerlo, no lo ha hecho de una forma independiente y autónoma, pues la ha hecho depender de que no se pruebe la modalidad más grave- robo con arma de fuego- y se ha omitido su descripción explícita de la situación que se pretende agravar. Además, si bien se podría argumentar que dicha omisión se encuentra subsanada porque se está refiriendo a una misma modalidad del robo, cuando emplean armas de fuego, al preverse una escala autónoma e independiente, que agrava el robo simple, surge la exigencia imperativa de la precisión explícita de la nueva y distinta situación agravante. Este proceder legislativo violenta el principio de legalidad en su manifestación de máxima taxatividad legal, pues este exige, que el legislador agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra (Conf. Zaffaroni, Alagia, Slokar, “Derecho Penal, Parte General págs.116 y sgtes. Ed. Ediar 2002). Además, dicho principio requiere, a la hora de la actividad interpretativa que realizan los jueces, para la aplicación de la norma al caso concreto, la verificación como mínimo de la existencia de una expresión lingüística gramatical expresa que describa la conducta como la modalidad agravatoria, y en el caso se la ha omitido la referencia expresa e independiente a la modalidad agravatoria. Las palabras empleadas por el legislador como se sostuvo en el punto anterior, son de carácter procesal y no sustantivo, por lo tanto no deben ser interpretadas como integrante de la descripción legal ni relevadas al formularse el juicio de adecuación típica de la conducta. Ahora bien ante la omisión, no deliberada, de describir expresa e independientemente ese tipo de modalidad agravatoria, ¿Cómo podemos discurrir si estamos dentro de los límites del significado lingüístico de las palabras empleadas por el legislador, si en el supuesto analizado faltan? Ahora bien, la ausencia no ha sido total, pues expresado con lenguaje sustancial y material encontramos la descripción del **arma réplica**, pero veremos que

su inclusión no resulta suficiente para considerar comprendidos los casos de armas verdaderas no operativas. En efecto, buscando desentrañar su sentido y la razón de su inclusión por el legislador como modalidad agravatoria surge con claridad que lo ha sido por su efecto intimidatorio y la disminución de las posibilidades de defensa de la víctima, que su empleo trae aparejado. También se advierte sin mayor esfuerzo, que las mismas razones de política criminal se dan para incluir a las armas verdaderas no operativas, pues su utilización produce el idéntico efecto intimidante, pero recurrir a esta argumentación doctrinaria o judicialmente, para considerarlas incluidas en el párrafo tercero del inc. 2 del nuevo art. 166 del C.P., que ha omitido su descripción material e independiente, constituye una forma velada de aplicación de la analógica “in malam partem”, lo que se encuentra vedado a los jueces por el principio de legalidad y el principio de máxima taxatividad interpretativa.- Es cierto que la interpretación que estamos propugnando presenta un problema valorativo, pues de ella resultaría conminada una escala más gravosa para quien comete un robo con una réplica de arma de fuego, que aquel que lo hace con una verdadera no operativa, pero ello es el resultado de la defectuosa redacción técnica de la norma, de la que deberá hacerse cargo el responsable institucional de tal producto legislativo.- **b)** Por otra parte, a partir de la lesión al principio de legalidad, como una consecuencia necesaria se lesiona también la garantía de la culpabilidad por el acto, pues al relacionarse con la hipótesis no descripta una escala penal que va de tres a diez años de prisión, su único fundamento posible, partiendo del texto tal cual está redactado, es una mayor culpabilidad presunta, construida desde la no prueba de una de una conducta más grave. No se puede lógicamente sostener que se funda en el poder intimidatorio de la conducta para la víctima que no pudo distinguir si el arma verdadera era operativa o no y la consiguiente disminución de sus posibilidades defensivas, porque aunque esa haya sido la finalidad del legislador, omitió la descripción independiente y autónoma de las distintas situaciones que pretendió abarcar.- **c)** Por último, y sin pretender agotar las consecuencias de los defectos “técnicos” puestos de manifiesto del producto legislativo analizado, también se lesionan garantías de naturaleza procesal. Así, al construirse legislativamente figuras que agravan el robo simple del modo dependiente señalado, se ha asignado efectos agravantes a la subsistencia de la sospecha de que se cometió un hecho más grave, lo que resulta claramente violatorio de la presunción de inocencia y del principio in dubio pro reo. La presunción de inocencia se viola parcialmente, pues sobre la duda de un aspecto agravante del hecho, se conmina una escala mayor que la del robo simple y al hacerlo se contradice el in dubio, que obliga siempre ante su presencia a estar a lo más favorable para el acusado. Por otra parte ante la defección probatoria de un tipo especial y agravado como el robo con armas de fuego, atento a su carácter de dependiente, propio de todos los tipos especiales, (Ver Esteban Righi “Derecho Penal, Parte General Ed. Lexis nexis pag. 161), corresponde subsumir el hecho en el tipo básico, esto es el del robo simple previsto por el art. 164. En conclusión, crear una escala intermedia entre el robo simple y el robo con armas de fuego operativas, supeditado a la no prueba de este último, no solo violenta la relación lógica entre los tipos básicos y especiales, sino que violenta las garantías procesales del principio de inocencia y el in dubio pro reo. **c)** En cuanto a la facultad de declarar la inconstitucionalidad de oficio de las leyes, a partir del precedente de la C.S.J.N. conocido como “Mill de Pereyra” Fallos 190:142 de año 2001, la mayoría de sus integrantes se han pronunciado por su procedencia. (ver análisis del fallo en Bianchi Alberto “El control de Constitucionalidad Tomo 1 pag.332/334 Ed. Depalma). Para fundar dicha facultad se sostuvo que “Es exacto -dicen- que los Tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución. Mas de ello no se sigue la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las

partes no invocan o invocan erradamente - trasuntado en el antiguo adagio iura novit curia- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, y desechando la de rango inferior” (cita extraída de Bianchi obra citada pag. 328/329).- De lo expuesto, y atento a lo dispuesto por el Art.161 de la Constitución Provincial y 31 de la Constitución Nacional, que establecen el deber imperativo para los Tribunales de aplicar en el ejercicio de sus funciones la Constitución Nacional y la Constitución Provincial, corresponde declarar la inconstitucionalidad parcial del art. 166 texto ley 25.882, específicamente del último párrafo del inciso 2do, por resultar contradictorio con: a) el principio de división de poderes, al invadir funciones estrictamente judiciales (arts. 1, 18 y 116 de la C.N.; 2, 153 y 155 de la Constitución Provincial), b) los principios de legalidad y culpabilidad (arts.18, 19 de la C.N., art.8.1 de la C.A; art. 14 .1 PIDCP) por crear una presunción de mayor culpabilidad no relacionada con descripción clara y precisa de conductas y solo fundada en la sospecha de haber cometido un delito más grave, c) los principios de inocencia e in dubio pro reo, (art.11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 8.2 de la Convención Americana, 14.2 PIDCP, y art. 41 de la Constitución Provincial) al establecer una escala más grave que la del robo simple no acorde con el hecho dado por probado con arreglo a las pruebas producidas y apreciadas por el Tribunal.- En consecuencia descartada dicha agravante surge aplicable la figura básica del robo simple prevista en el art. 164 del C.P. pues el empleo de las armas no operativas constituyen un medio violento e intimidatorio dirigida contra las personas, los que les permitió la realización del hecho. Además la violencia sobre la caja registradora, tirarla al piso para romperla y abrirla, constituyen la fuerza física sobre las cosas que requiere la figura de robo. Concorre el dolo requerido por la figura, pues su actuar se presenta dirigido por la finalidad furtiva con conocimiento de que se apoderaban de cosas ajenas, sin concurrir ninguna situación de error relevante. La antijuricidad del hecho se presenta plena por la no concurrencia de ninguna causa de justificación y la culpabilidad se verifica desde que se trata de un sujeto sano con madurez mental, que actuó en plena conciencia y con comprensión de la criminalidad y dirección de sus acciones, al no concurrir ninguna situación de error ni coacción ni estado de necesidad disculpante.-Que ambos hechos deben ser concursados en forma material dado su independencia y autonomía (art. 55 del C.P.), debiendo en ambos hechos atribuirse el grado de coautor, pues en los hechos actuó de consumo con otros sujetos realizando conductas típicas. (art. 45 del C.P.).- De allí la calificación legal que aplico. Así voto.

A la tercera cuestión planteada, el Señor Vocal, Doctor Eduardo Rodolfo Valdés, dijo:

A fin de graduar la pena a imponer a ante Dante Gerardo Alercia tengo en cuenta la naturaleza de los hechos que da lugar a la presente causa y la escala penal con que esta sancionado, esto es partiendo de un mínimo de y un año y seis meses de prisión, a por ser el mínimo mayor - resultante de reducir a la mitad el mínimo de tres años previsto por el art.167 del C.P. y un máximo de doce años y ocho meses resultante de la suma de los máximos aplicables para cada delito. Como circunstancias atenuantes, computo su edad a la fecha de los hechos 19 años, que solo curso hasta primer año del ciclo secundario, su situación familiar y económica, vive con su madre, padrastro y seis hermanos, y trabaja como changarín y haciendo cartelería para señales de tránsito, ganando entre \$ 300 y \$ 500 por quincena, como que no tiene antecedentes y su colaboración con el tribunal al confesar los hechos. Como agravantes, computo la nocturnidad en el hecho nominado primero, como la concurrencia de dos agravantes, escalamiento con efracción, y en el hecho segundo, el numero de personas que actuaron, (tres), que actuaron de forma organizada y coordinada con división de roles para asaltar un pequeño supermercado, que el hecho se cometió mientras estaba en horario de atención al público con clientes dentro de el, el perjuicio causado cerca de \$ 1000, y especialmente la intervención que le cupo a Alercia, pues fue quien se encargo de reducir al guardia de

seguridad que allí trabajaba y de custodiar la puerta de ingreso mientras que los otros dos sujetos ingresaban al local. Por ello y teniendo en cuenta, además, los otros criterios de mensuración de la pena previstos por los arts. 40 y 41 del C.P., estimo justo imponerle la pena de **TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRISION** (arts. 5, 12, 40, 41 del C.P.).- Que al concluir su alegato, el abogado defensor solicitó, se incorpore a su defendido, al régimen de penados, a fin de que a la brevedad, sea evaluado y comience con la progresividad del régimen penitenciario. Que dicha solicitud resulta procedente, de conformidad a lo dispuesto por el art. 11 de la Ley 24.660, debiendo hacerse lugar a dicha solicitud y comunicarse al Servicio Penitenciario, para que adopte las medidas correspondientes.- Tal es la sanción que impongo. Que corresponde la imposición de costas las que estarán a cargo del condenado de conformidad a lo dispuesto por los arts. 551 y 552 del C.P.P.- Así voto.

Por lo expuesto y normas legales citadas; **RESUELVO: I)** Declarar la inconstitucionalidad parcial del art. 166 inc. 2º, 3º párrafo primer supuesto del C. Penal.- **II) DECLARAR** que **DANTE GERARDO ALERCIA**, ya filiado, es coautor de Robo Calificado por Escalamiento y Efracción en grado de tentativa (1º hecho), y coautor de Robo (2º hecho), en concurso real, en los términos de los arts. 45, 167 inc. 3º y 4º, en función del 163 inc. 4º, 45, 164 y 55 del C. Penal y en consecuencia imponerle la pena de **TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN**, con adicionales de ley y costas (arts. 5, 12, 40 y 41 del C. Penal y 550 y 551 del C.P.P.).- **III)** Tener formulada la opción prevista en el art. 11 de la ley 24.660 para su incorporación al régimen de penados la que deberá comunicarse al Servicio Penitenciario.

Fdo: Valdés.

FALLO COMPLETO

SENTENCIA NUMERO:

En la ciudad de Córdoba, a los treinta y un días del mes de mayo del dos mil diez, siendo la oportunidad fijada para que tenga lugar la lectura integral de la Sentencia dictada en autos "**ALERCIA, Dante Gerardo p.s.a. Tentativa de Robo Calificado, etc.**", con fecha catorce de mayo del dos mil diez, por esta Excm. Cámara Segunda en lo Criminal, por intermedio de Sala Unipersonal a cargo del señor Vocal Dr. Eduardo Rodolfo Valdés, en la que actuara como Fiscal de Cámara el Dr. Raúl Alejandro Gualda y el imputado Dante Gerardo Alercia, asistido por su defensor Dr. Dr. Juan Carlos Sarmiento, en ésta causa seguida contra **DANTE GERARDO ALERCIA** argentino, soltero, nacido en la Ciudad de Córdoba, el diecisiete de octubre de mil novecientos ochenta y nueve,

changarín, domiciliado en calle Sinsacate N° 2805 de Bo. Yapeyú, que es sano y no tiene adicciones, hijo de José Antonio y de Nora Beatriz Carranza, Prio. N° 1.077.842, D.N.I. N° 34.839.691, a quien se le atribuye la comisión de los siguientes hechos: **REQUISITORIA FISCAL DE FS. 288: HECHO PRIMERO:** Con fecha treinta de enero de dos mil nueve, siendo aproximadamente las cuatro horas, Jorge Honorio Páez y Estela Mary Lozza se encontraban en el interior de su vivienda sita en calle 25 de Mayo 2392 de Barrio Yapeyú de la ciudad de Córdoba. En tales circunstancias, se habrían constituido en el sector unidos bajo un mismo designio criminal y coordinando sus conductas bajo un plan criminal común, el imputado Dante Gerardo Alercia y el menor de quince años de edad Eric Fonseca, quienes habrían ascendido al techo del mencionado fundo, el que se encuentra a tres metros con cincuenta centímetros de altura desde el nivel del suelo valiéndose para ello de su destreza física y presuntamente de un poste de luz apostado sobre la arteria aludida y a una distancia de cuarenta centímetros del muro medianero de dicho inmueble por el cual habrían escalonado su ascenso. Una vez en la terraza de dicha vivienda, el incoado Alercia habría forzado, presuntamente mediante un movimiento de palanca, un enrejado que aseguraba el extremo superior de un patio de luz interno de esa casa, valiéndose para ello de una barreta de hierro de un largo aproximado de cincuenta centímetros de largo y diez centímetros de ancho, con filo en uno de sus extremos, causando que uno de los barrotes que componían dicha estructura se desoldara en su

totalidad y otro continuo se desprendiera en su extremo inferior, a la par de doblar la tela metálica que cubría dicha reja. Fecho ello, ambos habrían descendido por la abertura provocada al patio de dicha morada y facilitando su descenso por una escalera contigua a la reja vulnerada, ingresando de este modo contra la voluntad de quienes tenían la facultad de excluirlos de dicho inmueble. Una vez en dicho patio, con la finalidad de apoderarse ilegítimamente de efectos contenidos en la vivienda de marras, se habrían dirigido hacia uno de los baños de la misma, ocasión en la que se habrían percatado que los habitantes de la casa habían advertido la maniobra delictiva en curso, optando por ello Alercia y el menor Fonseca por retirarse por la misma ruta que efectuaron para ingresar y sin consumir su propósito criminal por causas ajenas a su voluntad, para acto seguido procurar darse a la fuga, siendo aprehendido en inmediaciones de dicho fundo por personal policial alertado del ilícito de referencia. **HECHO SEGUNDO:** Con fecha veintinueve de julio de dos mil nueve, siendo aproximadamente las diecinueve horas con cuarenta y cinco minutos, el supermercado sito en calle Juan Roqué 66 de Barrio Yapeyú de la ciudad de Córdoba, estaba abierto al público, encontrándose en su interior los dueños de los mismos, Sres. Wang Liangkui y Hong Zhu, el Sr. Matías Quiroga, quien cumple funciones de seguridad privada en dicho comercio, y eventuales clientes no identificados a la data. En tales circunstancias, encontrándose Wang Liangkui en el fondo del local y a cargo de la caja Hong Zhu, se habrían apersonado en el sector movidos por una finalidad

delictiva común y coordinando sus conductas bajo un plan criminal acordado previamente, el imputado Dante Gerardo Alercia y dos individuos no identificados a la data, ocasión en la que Alercia habría tomado sorpresivamente por detrás a Matías Quiroga y valiéndose de un arma de fuego de puño de color plateado de la que no se pueden brindar mayores precisiones y habría apuntado al cuerpo de éste, le habría manifestado “es un robo, acostate en el suelo”, lo que así hizo Quiroga, siendo que Alercia procedió entonces a palparlo para luego apoderarse ilegítimamente de una billetera conteniendo en su interior un carnet de conducir expedido por la Municipalidad de Córdoba, dos pesos en efectivo aproximadamente, una tarjeta electrónica de abono para transporte urbano de pasajero, un celular marca Motorola Modelo L7 afectado a la línea 153-406213 provisto por la Empresa Personal y un juego de llaves, efectos todos de propiedad de Quiroga que el mismo tenía en uno de los bolsillos del pantalón. En tanto los restantes individuos no identificados, portando de igual modo de armas de fuego de puño de la que no es factible brindar mayores datos, se habrían dirigido a las cajas registradoras y previo obligar a Hong Zhu a tirarse al suelo y romper la caja registradora, no pudiendo precisarse el daño causado, se habrían apoderado de mil pesos en efectivo aproximadamente. Una vez habido de tales efectos, el encartado Dante Gerardo Alercia y los restantes sujetos no individualizados, se habrían retirado del negocio de marras, dándose a la fuga con rumbo desconocido.- El Tribunal se planteó las siguientes cuestiones a resolver: **1)** Existen los hechos y es

autor responsable el imputado?.- 2) En su caso, qué calificación legal merecen los mismos?.- 3) Que pronunciamiento corresponde y procede la imposición de costas?.- **A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, EL SEÑOR VOCAL,**

DOCTOR EDUARDO RODOLFO VALDES DIJO: I) En respuesta a la acusación precedentemente transcripta (art. 408 inc. 1º CPP), el imputado Dante Gerardo Alercia prestó declaración en la audiencia aceptando su participación en los hechos tal cual le fueron intimados. Como consecuencia del reconocimiento liso y llano de responsabilidad su defensor técnico solicitó se imprima a este juicio el tramite abreviado previsto por el art. 415 del C.P.P., a lo que hizo lugar el Tribunal con la expresa conformidad del acusado - quien previamente fue impuesto de la naturaleza y alcances de dicho instituto procesal- y del Señor Fiscal de Cámara. En consecuencia, y a solicitud expresa del Sr. Fiscal de Cámara se procedió a incorporar por lectura la prueba testimonial, documental e informativa ofrecida por el Ministerio Público, la que a continuación será materia de concreta valoración, a saber: **PRIMER HECHO Testimonial:** Jesús Cesar Calvo de fs. 1, Estela Mary Lozza de fs. 7, Luis Eduardo Ross de fs. 8, Roque Gabriel Peralta de fs. 24, Raúl Alejandro Juncos de fs. 34, Marcelo Miguel Sosa de fs. 90, Jorge Honorio Páez de fs. 92/93, Juan Balastegui de fs. 94, **Documental, Pericial e Informativa:** Croquis de fs. 2-9-35, Acta de aprehensión de fs. 3, Acta de inspección ocular y secuestro de fs. 4-10, Acta de aprehensión de fs. 11, Fotocopia DNI de fs. 15-17, Fotocopia acta de nacimiento de fs. 16, Acta de inspección

ocular d fs. 36, Informe médico de fs. 28-29-31, Informe químico de fs. 119-128, Informe balístico de fs. 124/125, Informe del Renar de fs. 129; **SEGUNDO HECHO Testimonial**: Enrique Alejandro Moreno de fs. 130, Wang Liangkui de fs. 134, Matías Quiroga de fs. 136-194/195, Gustavo Leonardo Posse de fs. 159-161-164, Claudio Ariel Agüero de fs. 178/179, Luciano Marcos Ariel Charras de fs. 196, Carlos Guido Bazan de fs. 259, Chen Hong Zhu de fs. 272/275; **Documental, Pericial e Informativa**: Acta de inspección ocular de fs. 131, Croquis de fs. 132-162-165, Copia de fotografía de fs. 160-163-166, Acta de allanamiento y aprehensión de fs. 180, Acta de allanamiento y secuestro de fs. 181, Reconocimiento en rueda de personas de fs. 214, Fotografía de fs. 217/220, Informe técnico informático de fs. 139/146, Informe video legal de fs. 147/158, Informe médico de fs. 188, y demás constancias de autos.- Al emitir su alegato el Señor Fiscal de Cámara concluyó solicitando se declare al encartado Alercia, en relación al primer hecho, coautor de Robo Calificado por escalamiento, en grado de tentativa y en cuanto al segundo hecho, coautor de Robo Calificado por arma de fuego que no fue habida, en concurso real y se le imponga la pena de tres años y seis meses de prisión, adicionales de ley y costas.- A su turno el defensor del acusado adhirió en un todo a los fundamentos dados por el Sr. Fiscal de Cámara y solicitó se le otorgue a Alercia tratamiento de penado y que se le de la oportunidad de continuar sus estudios. **2.- Hecho nominado primero**: la confesión de Alercia se encuentra corroborada por la prueba incorporada dando cuenta de una

aprehensión en situación de flagrancia de conformidad a lo dispuesto por el art. 276 del C.P.P. En efecto ante la instrucción prestó declaración el Cabo Jesús Cesar Calvo, quien a fs. 1 dijo que siendo alrededor de las 04:17 hs del día del hecho fue comisionado por la central de radio para constituirse en la calle 25 de mayo N° 2392 de B° Yapeyú, lugar en donde se encontrarían sujetos en el patio de una vivienda. Que con la premura del caso se constituyó en dicha dirección y golpeó la puerta siendo atendido por la Sra. Mari Loza de Páez, de 65 años quien le manifestó que sentía ruidos arriba de su techo, llegando otro móvil a cargo del Oficial Ross quien le grita que un sujeto se daba a la fuga siendo perseguido por dicho oficial. Que él ingresó rápidamente a la vivienda, la señora le abrió la puerta que da al patio y subió por una escalera a la terraza, y al mirar a la medianera colindante logró ver a un sujeto robusto con remera roja que trataba de darse a la fuga por los techos, que le dio la voz de alto y el sujeto se detuvo, lo hizo tirar al piso y procedió a su palpado y de la zona de sus genitales entre la ropa interior saco una replica de pistola 11.25 mm de material plástico, resultando ser el menor Eric Leonardo Fonseca, de 16 años domiciliado en calle Bailén 554 de B° Yapeyú. Que reviso la casa constatando que la reja que protege la puerta que da a la cocina, presenta uno de los barrotes arrancado en su totalidad y otro desoldado en la parte inferior, constatando que no logran sustraer ningún elemento de la propiedad de la damnificada. A fs. 8 presto declaración el Oficial Roos quien dijo que al llegar al lugar observó que el cabo Primero Calvo no había ingresado todavía a la casa por

lo que frenó el móvil y al bajarse observó que, de los techos de la casa hacia la calle Gavilán, bajaba un sujeto vestido de buzo azul claro con capucha y una gorra negra con la inscripción Adidas, que se tiro del techo hacia a la vereda y comenzó a correr, que le dio la voz de alto al observar que tenía en sus manos una barreta de acero de 50 cm de largo por unos 10 cm de ancho –aparentemente de elástico de camión-. Que lo persiguió no perdiéndolo de vista nunca y lo alcanzó en la esquina de Rosario de Santa Fe y Gavilán, a una cuadra del lugar del hecho, lo reduce, lo palpa de armas y procede a su aprehensión manifestando llamarse Dante Gerardo Alercia de 19 años de edad. Completa y corroboran los dichos policiales las declaraciones de los dueños de casa Estela Mary Lozza y Jorge Páez (ver fs.7 y 92) quienes manifestaron que estaban descansando, que el marido se levanto para ir al baño y escucharon un ruido en la ventana del dormitorio, que se acostaron y escucharon nuevamente ruidos del lado del patio donde hay dos baños y que todo el patio se encuentra enrejado y que solamente se puede acceder por la terraza, que miraron por la ventana que da a ese patio y vieron la luz de uno de los baños encendida y una sombra al parecer una persona que se movía y reflejaba en la cortina del baño , que apagaron las luces de la vivienda y vieron salir de la puerta que da al patio salir agachado a otra persona que entra al baño y allí se pone de pie dando la espalda y conversa con otro sujeto que ya estaba dentro del baño, por lo que deciden llamar a la policía por el celular. Agrego la mujer que luego se asomó mirando hacia adentro por la ventana que da a la cocina que tiene rejas y

vidrio y allí ve al un sujeto que vestía un buzo con capucha de color azul o celeste oscuro, que regresó a su dormitorio con su marido y observan desde allí la ventana que da al patio, donde logran ver nuevamente al sujeto con capucha que su marido se llevó por delante algo haciendo ruidos y los dos sujetos alertados salen por la escalera hacia la terraza llegando en ese preciso momento el móvil policial. Completan el cuadro probatorio los croquis del lugar de fs. 2,9 y 35, las actas de inspección ocular y secuestro de f.4, 10 y 36 y el acta de aprehensión de fs. 11, que refieren idénticas circunstancias de tiempo lugar y personas referidas por los testigos. Por último obran los informes químico de fs. 119 y 128, como el informe balístico de fs. 124/125, que descartan la presencia de alcohol y drogas en orina extraída a Alercia y corroboran que el arma secuestrada es un juguete.- **Hecho nominado segundo:** Aquí también la prueba incorporada confirma la confesión de Alercia. A los fines de la prueba del evento histórico resultan relevantes las declaraciones del propietario del supermercado Wang Liangkui, como del empleado de seguridad que fuera reducido por los asaltantes y del personal policial que llegó al lugar. El damnificado Wang Luangkui dijo a fs. 134 que el día 20 de julio del 2009 aproximadamente a las 19:45 hs en ocasión en que el se encontraba trabajando en el Supermercado Santos sito en calle Juan Roque N° 66 de B° Yapeyú se hicieron presentes tres sujetos de sexo masculino con armas de fuego y le rompen la caja registradora y le sustraen aproximadamente mil pesos y se dan a la fuga. Agrego que tenía contratado un guardia de seguridad Matías Quiroga y

que tenía una cámara de seguridad que habría filmado a los sujetos que ingresaron. En igual sentido obra la declaración vía interprete de Chen Hong Zhu (Fs.272). A su turno a fs. 136 y 194 prestó declaración el guardia de seguridad y dijo que el día del hecho aproximadamente a las 19: 45 hs., en ocasión en que se encontraba trabajando como guardia en el Supermercado “Santos” sito en calle Juan Roque N° 66 de B° Yapeyú, ingresaron tres sujetos de sexo masculino. Que uno de ellos lo apuntó con un arma en el cuerpo y le dijo “ es un robo acostate en el suelo”, por lo que se tiro al suelo. Que el sujeto le revisó uno de los bolsillos del pantalón y le sustrajo la billetera y el celular y un juego de llaves. Que al ingresar los otros dos sujetos también armados, rompen una de las cajas registradoras donde estaba la Sra. Nong Zhu y sustrajeron como unos mil pesos. Agregó que su billetera era marrón y que contenía su carné de conducir dos pesos, una tarjeta electrónica para viajar en colectivo y que su celular era marca Motorola modelo L7, y que el sujeto que lo apuntó tenía una pistola de color plateado cuyo calibre no puede precisar. También declaro ante la instrucción el Oficia Inspector Enrique Alejandro Moreno (fs. 139) quien dijo que fue comisionado para constituirse en calle Juan Roqué N° 66 de Barrio Yapeyú por un hecho de Robo. Que al llegar constató que funciona un supermercado de nombre comercial “Santos” y entrevistó al su dueño Wang Liangkui, quien le manifestó que momentos antes ingresaron al lugar tres sujetos masculinos, jóvenes, con armas de fuego y sustrajeron de la caja N°2 dinero en efectivo y le precisó que los tres sujetos estaban armados. Completan el cuadro

probatorio el acta de inspección ocular y croquis del lugar del hecho obrantes a fs.131/132. En cuanto a las armas utilizadas, estas no fueron secuestradas y por lo tanto no pudieron ser peritadas a fin de establecer su operatividad, además de la dinámica del hecho relatada por los testigos presenciales no se refiere su utilización efectuando disparos, sino su utilización blandiéndolas y apuntando a los presentes para intimidarlos. Por ello frente a este aspecto de la imputación –operatividad de las armas empleadas- se presenta una situación de duda insalvable- que por imperio del principio de inocencia y el in dubio pro reo debe hacerse jugar a su favor y declararse que no resultaron operativas. (art. 11 parr. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 de la C.N. y el principio “in dubio pro reo” (art. 41 de la Constitución Provincial).- En cuanto a la participación responsable en el hecho del imputado Alercia, su confesión se encuentra corroborado por la prueba incorporada. En efecto tal cual lo manifestara el propietario del supermercado, tenía colocada una Cámara de seguridad que habría filmado a los autores del hecho. En ese sentido resulta determinante el informe técnico N° 905.442/09, (fs. 139/158) confeccionado con el Módulo Video Legal de la Policía Judicial en ocasión de desgravar el contenido del video de seguridad aportado por el titular del comercio. De el se recuperan imágenes que captan el hecho cometido y que permiten individualizar con buena calidad de imagen a uno de los autores (ver fs. 151) Dicha imagen permitió al policía comisionado cabo Gustavo Posse, que declaro a fs. 159 y al Oficial Luciano Marcos Ariel Charras, quien lo hizo a fs.

196 individualizar al acusado. En especial Charras fue quien al prestar funciones comisionado en la Unidad Judicial Once, identificó al sujeto de la foto como Dante Alercia. Por otra parte también en el reconocimiento en rueda personas efectuado por el guardia Quiroga (fs. 214), quien fue el que estuvo más cerca del sujeto que lo redujo y lo obligo a tirarse al suelo, el que de las fotos resulta el mismo que fue identificado por el personal policial como Alercia. Refirió una persona de igual contextura física que la del acusado dijo que le resultaba parecido el ubicado en el numero dos de la rueda en un cincuenta por ciento, siendo este el acusado Alercia. En conclusión de la prueba precedentemente valorada, se desprende con el grado de certeza requerido tanto la existencia histórica del hecho, como la participación responsable del acusado Dante Gerardo Alercia. Dejo por lo tanto, fijado el hecho como ocurrido en las mismas circunstancias de lugar, tiempo, modo y personas consignadas en el requerimiento fiscal, con la precisión de que las armas empleadas no resultaron operativas, a las que me remito en cumplimiento del requisito estructural de la sentencia (CPP., 408, inc.3°). Doy de este modo respuesta a este primer interrogante propuesto. Así voto. **A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, EL SEÑOR VOCAL, DOCTOR EDUARDO RODOLFO VALDES, DIJO:** En relación al hecho nominado primero concurren la figura de robo calificado por escalamiento y efracción en grado de tentativa de conformidad a lo establecido por los arts.167 inc 3 y 4 en función del art. 163 inc. 4 , 44 y 45 del C.P.- El ingreso al domicilio de noche con una barreta con la que rompieron la reja

de una de las aberturas previo escalar a los techos de la vivienda portando uno de los sujetos un arma replica, constituyen actos inequívocos de que habían puesto en acción la finalidad delictiva de robar en la vivienda, sin poder consumarlos por la alerta dada por sus ocupantes al personal policial que arribó al lugar y detuvo a ambos sujetos.- En cuanto al hecho nominado segundo, el haber fijado, por aplicación del beneficio de la duda, que las armas de fuego empleadas resultaron no operativas, obliga a la consideración de la aplicación del art. 166 inc. 2do, tercer párrafo del C. Penal (versión Ley 25.882). A su respecto este Tribunal, tanto en la sala unipersonal como con la integración en colegio ha declarado la inconstitucionalidad de esta norma debido a que se consideró que las cuestiones probatorias son materia propia del derecho procesal y del Poder Judicial y ajenas al derecho de fondo y a la tarea del legislador; como también que la duda por mandato constitucional y legal, debe favorecer al acusado y no, como en el caso, ser fundamento para agravar la pena. Al respecto el Excmo. Tribunal Superior en pleno en autos “Nieto, Raúl Alberto –recurso de inconstitucionalidad, por sentencia 143 del 09/06/08, sostuvo que la norma mencionada configura un conjunto aparente de leyes pues adopta un criterio de especialidad con distintas hipótesis de escala punitiva progresiva, y que hace jugar la duda a favor del imputado superando por ello los achaques de inconstitucionalidad que se le atribuyen. Sin entrar a analizar los argumentos dados por el Superior, sobre todo el que una misma disposición legal pueda cumplir simultáneamente una función descriptiva, como elemento normativo

del tipo y a la vez administrar la duda, lo que es propio de disposiciones procesales, en dicha oportunidad el Superior abordó parcialmente los cuestionamientos que este Tribunal ha formulado a dicha disposición, pues la defensa cito los fundamentos dados en los autos González mediante sentencia de fecha. 22 de noviembre del 2005 . Con posterioridad, con fecha veintitrés de Noviembre de dos mil siete, en los autos **“CORREA, Jorge Ezequiel p.s.a. robo calificado”** Expte.Nº C-046/2007), este Tribunal en sala unipersonal, amplio los cuestionamientos y fundamentos dados, como las garantías constitucionales que se consideran violentados por dicha disposición (art. 166 inc. 2 último párrafo), citando jurisprudencia de la C.S.J.N. que se considero aplicable para invalidar dicha disposición legal. Por ello en el presente caso se mantendrá su declaración de inconstitucionalidad y se reeditarán tanto los “viejos “ cuestionamientos, como los “nuevos” contestados por STJ.- En efecto, debe analizarse la aplicación del nuevo texto del art. 166 inc. 2 último supuesto del C.P. introducido por ley 25.882, en especial el último párrafo, que dispone **“Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiere tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión.”** Particularmente interesa determinar que tipo de disposición constituye el término legal **“no pudiere tenerse de ningún modo por acreditada”** y si tiene relación con la tipificación de la conducta, o si se está frente a una disposición procesal. Dicha precisión resulta relevante, pues solo de tratarse

de una disposición de fondo, resulta obligatoria su aplicación en la sentencia como parte de la calificación legal del hecho.- 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, queda por lo tanto, fuera de la descripción objetiva y subjetiva de la conducta. Además, tampoco permite considerarlo un elemento normativo del tipo, pues con el no se hace referencia a ninguna valoración social o cultural que integre la conducta, presupuesto de la pena. 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. En consecuencia ubicada dicha expresión legal 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 relevados al formular los juicios de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad propuestos por la dogmática penal y por lo tanto resultan ajenos a la teoría del delito y a calificación legal del hecho. De esta manera, que por exclusión arribamos a la conclusión de que se está frente a una disposición procesal, que plantea problemas probatorios del hecho y que ante su verificación decide una pena distinta a las previstas para la figura del robo simple y la del robo calificado con armas de fuego. Este Tribunal como se adelantara en los autos “González, Daniel Gustavo” mediante sentencia de fecha 22 de

noviembre del 2005, se pronunció sobre la inconstitucionalidad de este tipo de disposiciones por considerar que implican una invasión de funciones judiciales y una regulación contraria al principio *In dubio pro reo*. En dicha oportunidad se sostuvo que el conocimiento y prueba de los hechos resulta un problema de incumbencia de los jueces, de acuerdo al sistema republicano y de división de poderes y que por ello resultan los únicos constitucionalmente facultados para administrar la duda total o parcial sobre algún extremo de la imputación en los procesos en los que se ejerce la función jurisdiccional. Se agregó, que el legislador al incluir simultáneamente, con la descripción de las conductas, una regulación sobre aspectos probatorios relacionados con la no prueba de la operatividad del arma, es decir una situación compatible con la duda, está invadiendo funciones estrictamente judiciales, pues la duda es una garantía de estricta aplicación judicial. Con posterioridad y en dirección a cuestionar la inclusión en las figuras penales, disposiciones procesales porque afectan garantías constitucionales se ha pronunciado más recientemente (4/07/2006) la minoría de la CSJN, en los autos “Antiñir, Omar Manuel y otros s/ homicidio en riña”. En el voto del Dr. Fayt, al referirse a la imposibilidad de determinar el autor de las lesiones o muerte contenida en las figuras penales de los arts. 95 y 96 del C.P., consideró que configuran una grave situación desde que vulneran los principios de inocencia y de responsabilidad penal personal o de culpabilidad por el hecho propio como corolario del de legalidad.- Si bien su posición quedó en minoría, la mayoría fundó

la posición contraria, en que los arts. 95 y 96 del C.P., no refieren una situación de imposibilidad probatoria, sino a un aspecto constitutivo y material de la infracción caracterizado por su naturaleza tumultuaria.- Ahora bien, bajo las enseñanzas de el precedente citado de la C.S.J.N. aún teniendo en cuenta el voto de la mayoría, no se advierte que en relación al robo agravado por el empleo de armas de fuego, la imposibilidad de probar la operatividad de estas constituya su nota definitoria y su “naturaleza esencial”, siendo ello un problema exclusivamente procesal y probatorio y por lo tanto sujeto a las reglas procesales y garantías del proceso en forma especial al “in dubio pro reo”. Corroborar lo argumentado en cuanto su naturaleza procesal, el análisis de los propósitos explícitos de la reforma, pues en la nota de remisión del proyecto que obedeció a una iniciativa del P.E.- (ver su cita en “Nuevo régimen legal del robo con armas- Ley 25.882” de Marcelo J. Sayago pag. 131), se dijo que con el, entre otros fines, se buscaba **superar los problemas probatorios** considerados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Sánchez” y “Aranda. En el primero se secuestró el arma utilizada en el robo con proyectiles y solo se peritó el arma y no los proyectiles y en el caso “Aranda” se utilizó en el robo un objeto con apariencia de “arma” no secuestrado. En definitiva, el legislador, obró condicionado por precedentes citados, pretendió solucionar las consecuencias de un problema probatorio, y lo hizo de un modo para el cual no está facultado constitucionalmente, pues avanza sobre exclusivas funciones judiciales. **II)** Hasta aquí hemos analizado como la

finalidad de solucionar problemas probatorios que inspiró y condicionó el texto de la reforma, afectó la división de poderes y el sistema republicano, abordaremos como también de un modo no deliberado, afectó otras garantías constitucionales. **a)**

En cuanto al principio de legalidad al analizar el art. 162 inc.2do 3er supuesto, en forma sistemática en relación a las otras figuras del Capítulo 2 del Título 6 del C.P., se advierte que agrava la figura básica del robo simple previsto en el art. 164, y que atenúa la pena prevista para el robo con armas de fuego. Pero al hacerlo, no lo ha hecho de una forma independiente y autónoma, pues la ha hecho depender de que no se pruebe la modalidad más grave— robo con arma de fuego— y se ha omitido su descripción explícita de la situación que se pretende agravar. Además, si bien se podría argumentar que dicha omisión se encuentra subsanada porque se está refiriendo a una misma modalidad del robo, cuando emplean armas de fuego, al preverse una escala autónoma e independiente, que agrava el robo simple, surge la exigencia imperativa de la precisión explícita de la nueva y distinta situación agravante. Este proceder legislativo violenta el principio de legalidad en su manifestación de máxima taxatividad legal, pues este exige, que el legislador agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra (Conf. Zaffaroni, Alagia, Slokar, “Derecho Penal, Parte General págs.116 y sgtes. Ed. Ediar 2002). Además, dicho principio requiere, a la hora de la actividad interpretativa que realizan los jueces, para la aplicación de la norma al caso concreto, la verificación como mínimo de la existencia de una expresión lingüística

gramatical expresa que describa la conducta como la modalidad agravatoria, y en el caso se la ha omitido la referencia expresa e independiente a la modalidad agravatoria. Las palabras empleadas por el legislador como se sostuvo en el punto anterior, son de carácter procesal y no sustantivo, por lo tanto no deben ser interpretadas como integrante de la descripción legal ni relevadas al formularse el juicio de adecuación típica de la conducta. Ahora bien ante la omisión, no deliberada, de describir expresa e independientemente ese tipo de modalidad agravatoria, ¿Cómo podemos discurrir si estamos dentro de los límites del significado lingüístico de las palabras empleadas por el legislador, si en el supuesto analizado faltan? Ahora bien, la ausencia no ha sido total, pues expresado con lenguaje sustancial y material encontramos la descripción del **arma réplica**, pero veremos que su inclusión no resulta suficiente para considerar comprendidos los casos de armas verdaderas no operativas. En efecto, buscando desentrañar su sentido y la razón de su inclusión por el legislador como modalidad agravatoria surge con claridad que lo ha sido por su efecto intimidatorio y la disminución de las posibilidades de defensa de la víctima, que su empleo trae aparejado. También se advierte sin mayor esfuerzo, que las mismas razones de política criminal se dan para incluir a las armas verdaderas no operativas, pues su utilización produce el idéntico efecto intimidante, pero recurrir a esta argumentación doctrinaria o judicialmente, para considerarlas incluidas en el párrafo tercero del inc. 2 del nuevo art. 166 del C.P., que ha omitido su descripción material e independiente,

constituye una forma velada de aplicación de la analógica “in malam parte”, lo que se encuentra vedado a los jueces por el principio de legalidad y el principio de máxima taxatividad interpretativa.- Es cierto que la interpretación que estamos propugnado presenta un problema valorativo, pues de ella resultaría conminada una escala más gravosa para quien comete un robo con una replica de arma de fuego, que aquel que lo hace con una verdadera no operativa, pero ello es el resultado de la defectuosa redacción técnica de la norma, de la que deberá hacerse cargo el responsable institucional de tal producto legislativo.- **b)** Por otra parte, a partir de la lesión al principio de legalidad, como una consecuencia necesaria se lesiona también la garantía de la culpabilidad por el acto, pues al relacionarse con la hipótesis **no descripta** una escala penal que va de tres a diez años de prisión, su único fundamento posible, partiendo del texto tal cual esta redactado, es una mayor culpabilidad presunta, construida desde la no prueba de una de una conducta más grave. No se puede lógicamente sostener que se funda en el poder intimidatorio de la conducta para la víctima que no pudo distinguir si el arma verdadera era operativa o no y la consiguiente disminución de sus posibilidades defensivas, porque aunque esa haya sido la finalidad del legislador, omitió la descripción independiente y autónoma de las distintas situaciones que pretendió abarcar.- **c)** Por último, y sin pretender agotar las consecuencias de los defectos “técnicos” puestos de manifiesto del producto legislativo analizado, también se lesionan garantías de naturaleza procesal. Así, al construirse legislativamente figuras que agravan el robo

simple del modo dependiente señalado, se ha asignado efectos agravantes a la subsistencia de la sospecha de que se cometió un hecho más grave, lo que resulta claramente violatorio de la presunción de inocencia y del principio in dubio pro reo. La presunción de inocencia se viola parcialmente, pues sobre la duda de un aspecto agravante del hecho, se conmina una escala mayor que la del robo simple y al hacerlo se contradice el in dubio, que obliga siempre ante su presencia a estar a lo más favorable para el acusado. Por otra parte ante la defección probatoria de un tipo especial y agravado como el robo con armas de fuego, atento a su carácter de dependiente, propio de todos los tipos especiales,(Ver Esteban Righi “Derecho Penal, Parte General Ed.Lexis nexis pag. 161), corresponde subsumir el hecho en el tipo básico, esto es el del robo simple previsto por el art. 164. En conclusión, crear una escala intermedia entre el robo simple y el robo con armas de fuego operativas, supeditado a la no prueba de este último, no solo violenta la relación lógica entre los tipos básicos y especiales, sino que violenta las garantías procesales del principio de inocencia y el in dubio pro reo. c) En cuanto a la facultad de declarar la inconstitucionalidad de oficio de las leyes, a partir del precedente de la C.S.J.N. conocido como “Mill de Pereyra” Fallos 190:142 de año 2001, la mayoría de sus integrantes se han pronunciado por su procedencia. (ver análisis del fallo en Bianchi Alberto “El control de Constitucionalidad Tomo 1 pag.332/334 Ed. Depalma). Para fundar dicha facultad se sostuvo que “Es exacto - dicen- que los Tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de

inconstitucionalidad de leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución. Mas de ello no se sigue la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente - trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia*- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, y desechando la de rango inferior” (cita extraída de Bianchi obra citada pag. 328/329).- De lo expuesto, y atento a lo dispuesto por el Art.161 de la Constitución Provincial y 31 de la Constitución Nacional, que establecen el deber imperativo para los Tribunales de aplicar en el ejercicio de sus funciones la Constitución Nacional y la Constitución Provincial, corresponde declarar la inconstitucionalidad parcial del art. 166 texto ley 25.882, específicamente del último párrafo del inciso 2do, por resultar contradictorio con:

- a) el principio de división de poderes, al invadir funciones estrictamente judiciales (arts. 1, 18 y 116 de la C.N.; 2, 153 y 155 de la Constitución Provincial), b) los principios de legalidad y culpabilidad (arts.18, 19 de la C.N., art.8.1 de la C.A; art. 14 .1 PIDCP) por crear una presunción de mayor culpabilidad no relacionada con descripción clara y precisa de conductas y solo fundada en la sospecha de haber cometido un delito más grave, c) los principios de inocencia e in dubio pro reo,

(art.11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 8.2 de la Convención Americana, 14.2 PIDCP, y art. 41 de la Constitución Provincial) al establecer una escala más grave que la del robo simple no acorde con el hecho dado por probado con arreglo a las pruebas producidas y apreciadas por el Tribunal.- En consecuencia descartada dicha agravante surge aplicable la figura básica del robo simple prevista en el art. 164 del C.P. pues el empleo de las armas no operativas constituyen un medio violento e intimidatorio dirigida contra las personas, los que les permitió la realización del hecho. Además la violencia sobre la caja registradora, tirarla al piso para romperla y abrirla, constituyen la fuerza física sobre las cosas que requiere la figura de robo. Concurre el dolo requerido por la figura, pues su actuar se presenta dirigido por la finalidad furtiva con conocimiento de que se apoderaban de cosas ajenas, sin concurrir ninguna situación de error relevante. La antijuricidad del hecho se presenta plena por la no concurrencia de ninguna causa de justificación y la culpabilidad se verifica desde que se trata de un sujeto sano con madurez mental, que actuó en plena conciencia y con comprensión de la criminalidad y dirección de sus acciones, al no concurrir ninguna situación de error ni coacción ni estado de necesidad disculpante.-Que ambos hechos deben ser concursados en forma material dado su independencia y autonomía (art. 55 del C.P.), debiendo en ambos hechos atribuirse el grado de coautor, pues en los hechos actuó de consumo con otros sujetos realizando conductas típicas. (art. 45 del C.P.).- De allí la calificación legal que aplico. Así

voto. **A LA TERCERA CUESTION PLANTEADA, EL SEÑOR VOCAL, DOCTOR EDUARDO RODOLFO VALDES, DIJO:** A fin de graduar la pena a imponer a ante Dante Gerardo Alercia tengo en cuenta la naturaleza de los hechos que da lugar a la presente causa y la escala penal con que esta sancionado, esto es partiendo de un mínimo de y un año y seis meses de prisión, a por ser el mínimo mayor -resultante de reducir a la mitad el mínimo de tres años previsto por el art.167 del C.P.. y un máximo de doce años y ocho meses resultante de la suma de los máximos aplicables para cada delito. Como circunstancias atenuantes, computo su edad a la fecha de los hechos 19 años, que solo curso hasta primer año del ciclo secundario , su situación familiar y económica, vive con su madre, padrastro y seis hermanos, y trabaja como changarín y haciendo cartelería para señales de tránsito, ganando entre \$ 300 y \$ 500 por quincena, como que no tiene antecedentes y su colaboración con el tribunal al confesar los hechos. Como agravantes, computo la nocturnidad en el hecho nominado primero, como la concurrencia de dos agravantes, escalamiento con efracción, y en el hecho segundo , el numero de personas que actuaron, (tres), que actuaron de forma organizada y coordinada con división de roles para asaltar un pequeño supermercado, que el hecho se cometió mientras estaba en horario de atención al publico con clientes dentro de el, el perjuicio causado cerca de \$ 1000, y especialmente la intervención que le cupo a Alercia, pues fue quien se encargo de reducir al guardia de seguridad que allí trabajaba y de custodiar la puerta de ingreso mientras que lo otros dos sujetos

ingresaban al local. Por ello y teniendo en cuenta, además, los otros criterios de mensuración de la pena previstos por los arts. 40 y 41 del C.P., estimo justo imponerle la pena de TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRISION (arts. 5, 12, 40, 41 del C.P.).- Que al concluir su alegato, el abogado defensor solicitó, se incorpore a su defendido, al régimen de penados, a fin de que a la brevedad, sea evaluado y comience con la progresividad del régimen penitenciario. Que dicha solicitud resulta procedente, de conformidad a lo dispuesto por el art. 11 de la Ley 24.660, debiendo hacerse lugar a dicha solicitud y comunicarse al Servicio Penitenciario, para que adopte las medidas correspondientes.- Tal es la sanción que impongo. Que corresponde la imposición de costas las que estarán a cargo del condenado de conformidad a lo dispuesto por los art.551 y 552 del C.P.P.- Así voto.- Por lo expuesto y normas legales citadas; **RESUELVO: I)** Declarar la inconstitucionalidad parcial del art. 166 inc. 2º, 3º párrafo primer supuesto del C. Penal.- **II) DECLARAR** que **DANTE GERARDO ALERCIA**, ya filiado, es coautor de Robo Calificado por Escalamiento y Efracción en grado de tentativa (1º hecho), y coautor de Robo (2º hecho), en concurso real, en los términos de los arts. 45, 167 inc. 3º y 4º, en función del 163 inc. 4º, 45, 164 y 55 del C. Penal y en consecuencia imponerle la pena de **TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN**, con adicionales de ley y costas (arts. 5, 12, 40 y 41 del C. Penal y 550 y 551 del C.P.P.).- **III)** Tener formulada la opción prevista en el art. 11 de la ley 24.660 para su incorporación al régimen de penados la que deberá comunicarse al Servicio

Penitenziario.- **PROTOCOLICESE.**-