

*Poder Judicial de la Nación*

825-12 “R. D., V. M. s/ calificación legal” I: 11/133, Sala V.

///nos Aires, 15 de junio de 2012.-

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

La resolución de fs. 96/97 que dispuso el procesamiento de V. M. R. D. en orden al delito de robo con arma de fuego, en concurso real con tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil condicionado, fue recurrida por su asistencia letrada.

Se agravia la defensa exclusivamente en la calificación legal y sostiene que el hecho investigado debe ser encuadrado como robo simple, en grado de tentativa, en concurso material con tenencia ilegítima de arma de fuego, de acuerdo a la fundamentación expresada en el recurso de apelación obrante a fs. 109/111.

Celebrada la audiencia prevista en los términos del art. 454 del Código Procesal Penal de la Nación y escuchado que fue el impugnante, la sala se encuentra en condiciones de resolver.

El Dr. Rodolfo Pociello Argerich dijo:

Sin soslayar que el magistrado de grado calificó el suceso investigado como robo con arma de fuego y en su fundamentación citó precedentes relacionados con el tercer párrafo del art. 166, inciso 2º del Código Penal, habré de resolver el tema planteado.

He sostenido en casos como el *sub lite* que la intimidación realizada en un robo con un arma de fuego apta para el disparo descargada debe ser encuadrada en la hipótesis de arma de “*utilería*” prevista en la norma arriba mencionada (*in re*, mi voto, Sala V, causa n° 30.895 “Styrsky, Ariel Eduardo” rta: 16/11/06; entre otros).

En la reforma introducida por la ley 25.882, a mi criterio, el legislador ha sostenido que procede agravar el delito también por el plus de intimidación que presupone el uso de un arma o elemento que guarde la forma de tal.

Así se desprende del hecho de haber incorporado el supuesto de la utilización de un “arma de *utilería*”.

Y no resulta ilógico encontrar congruencia en tal conclusión, desde que siempre se ha tenido como válido en los criterios de agravación, la situación de indefensión en que se coloca a la víctima. El esgrimir un arma de fuego supone un amedrentamiento mayor que la utilización de otro arma. O dicho de otro modo, la víctima tal vez reaccionaría frente a la violencia que de por sí implica la sola amenaza, o inclusive ante la exhibición de otro tipo de armas, propias o impropias (tal el caso de que se la amenazase con un palo con punta), mientras que, probablemente, no lo haría ante la exhibición de un arma de fuego.

Si nunca se discutió su mayor poder ofensivo o peligrosidad provocadas, huelga aclarar la congruencia de lo afirmado.

Cabe debatir si se ha contemplado, en la reforma, la situación de quien utiliza un arma inepta para el disparo o descargada y, en este sentido, debo dejar en claro que me inclino por la respuesta positiva interpretando el tipo penal tanto desde un aspecto sistemático como teleológico.

En primer lugar cabe mencionar que la Corte Suprema ha dejado sentado en múltiples antecedentes que la primera regla de interpretación de las leyes es darle pleno efecto a la intención del legislador (Fallos 302:973), y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos 299:167), así como los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió (Fallos 300:700) también las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras que emplean sin molestar su significado específico (Fallos 295:376), máxime cuando aquél concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico vigente (Fallos 295:376) para todo lo cual se deben computar la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos 312:11) evitando darles aquél sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando, como verdadero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos 1:300) por lo que no debe prescindirse de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros de verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos 307:1018) –Ver Fallo Plenario “Kosuta

Teresa R” CNCP, rto: 17/8/99, voto de los Dres. Casanovas y Tragant, considerando quinto-

*“Si algo enseña la complejidad judicial es a escapar de los esquemas reduccionistas o simplificadorios. La labor interpretativa es mucho más ardua y los parámetros delimitadores que la gobiernan aparecen demarcados por (a) la imposibilidad de hacer justicia con total independencia de la ley, y (b) la imposibilidad de aplicar una ley con total independencia de justicia. Estos dos extremos señalan los contornos entre los que se mueve la tarea a la par de advertir del error en la polarización de algunos de ellos. Aunque no faltan intentos de establecer una jerarquización de los métodos (vgr. Alexy “Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989), se señala que el más importante de los criterios de interpretación, en muchos casos decisivo, es el teleológico, sea del fin subjetivo del legislador u objetivo de la ley (Gimbernát Ordeig “Concepto y método de la ciencia del derecho penal”, Tecnos, Madrid 1999, pág 77) -del voto de los jueces Casanovas y Tragant, considerando séptimo, en el plenario Kosuta, ya citado.*

Desde el punto de vista sistemático, el legislador ha entendido que dentro de las armas existe una especie que es el “arma de fuego”, cuya utilización durante el desapoderamiento eleva la escala penal en un tercio del mínimo y del máximo.

Ahora bien, ya dentro de esta hipótesis, el legislador ha entendido que existe una subespecie que sería el arma cuya aptitud para el disparo no se puede verificar, a la cual corresponde aplicarle una pena menor.

Lógico es concluir sistemáticamente que ha considerado que, ante la duda, deberá entenderse del modo más beneficioso para el imputado, esto es su ineptitud, de lo cual, cabe afirmar que, aún cuando no se haya mencionado expresamente, la conclusión asertiva al respecto, esto es su ineptitud (o su descarga), debe ser tratada como una hipótesis también atenuada y contemplada.

Una interpretación literalista o gramatical podría llevar al absurdo de sostener que en este caso no rige la disminución y corresponde la aplicación del primer supuesto del segundo párrafo del inciso segundo, esto es

una pena de seis años y ocho meses a veinte años (ver en este sentido Cassani, María B. “Cuando las apariencias no engañan”, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal 10/2006, LexisNexis, pág. 1907/19).

Desde un punto de vista teleológico, no puede dejarse de lado que el legislador tuvo por fin, y expresamente se dijo, poner fin a la discusión que reinaba respecto a la utilización de armas que no provocaban un peligro real, ya sea porque no es apta para producir disparos, porque siéndolo no estuviese cargada, o porque no fuese verdadera -de juguete o utilería, término sobre el que volveré-, tal lo que surge tanto del mensaje del Poder Ejecutivo del 3 de diciembre de 2003 cuanto del escueto debate producido en la legislatura (ver exposición del diputado Damiani *“La voluntad del legislador es establecer una escala penal que va de 3 a 10 años para castigar este tipo de hechos, es decir, cuando se utilice algo que parezca un arma aunque no lo fuere. ¿Por qué?. Por el mayor poder intimidatorio que ello tiene. De lo contrario, sólo deberíamos castigar esta conducta con la norma del artículo 164, es decir, con el robo simple, la figura básica”*. También en este sentido: C.N.C.P., Sala I, c. 6390, “Moroni”, rta. 4/10/05 y C.N.C.C., Sala I, c. 25.244, “Giménez Saucedo”, rta. 27/10/04).

Ya allí se alzaron voces sosteniendo que la nueva agravante sería inconstitucional en tanto se estaría ante una doble agravación, pues como se explicó, el amedrentamiento ya estaba incluido como la “vis compulsiva” que calificaba el hecho como robo simple.

Como se explicó, nada impide que la pena sea graduada (además de por la lógica evaluación que hará el juez conforme el mandato del art. 41 del Código Penal), por el legislador, estimando que existen elementos que exceden algo básico, siempre que se respeten los límites constitucionales que en lo particular no advierto de qué forma no pudo habérselo hecho (tal el caso justamente del delito de amenazas, que bien viene al caso, en que se agrava por el hecho de que se hayan hecho en forma anónima).

El supuesto de arma descargada o inepta para el disparo está incluida en el tipo penal, el concepto de “arma de utilería”, sin duda funciona como residual, incluyendo en la agravante a todo elemento que tenga apariencia de arma de fuego, donde sí podrá discutirse sobre su aptitud o no para engañar o amedrentar a la víctima.

Es que en una interpretación tanto sistemática como teleológica, no puede descartarse que es exactamente esto lo que pretende la ley. Si se tiene como arma de utilería a aquella que se emplea en un escenario teatral o cinematográfico, cabría entonces cuestionarse si sólo se refiere esta definición a aquellas que fueron creadas para tales fines (armas de utilería propias) o cualquiera que pueda ser utilizada de tal modo (armas de utilería impropias), pues bien es sabido que en la mayoría de los casos se usan armas verdaderas cargadas con balas de fogeo o simplemente descargadas.

Es más si nos quedamos en la letra de la ley solamente, cabría cuestionarse si al referirse a arma de utilería se refiere a “arma de fuego de utilería” o a cualquier arma. Si el tipo contemplaba las armas de fuego bastaba agregar “o con una de utilería”. Una interpretación sistemática, como se explicó, permite concluir en que se hace referencia a un “arma de fuego de utilería” (ver al respecto Cassani, María B. obra ya citada).

Entrar en estas disquisiciones, creo, ya no tiene sentido, pues es función del juez interpretar la ley, lo que no puede ser considerado como aplicar analogía, siempre que lo sea dentro de los marcos fijados.

Por último, comparto el planteo de la defensa en cuanto a que el suceso pesquisado ha quedado en grado de conato, en razón de que el imputado no tuvo el poder de disposición de los bienes sustraídos.

Nótese, al respecto, que el acusado fue observado por A. S. mientras cometía el atraco y ésta logró salir del hotel para dar noticia a la prevención sobre el ilícito, quien procedió finalmente a su detención.

Por lo expuesto, voto por confirmar el auto apelado con la salvedad de que la conducta imputada es la de robo agravado por el uso de arma de utilería, en grado de tentativa, en concurso real con tenencia de arma de fuego de uso civil condicionado (arts. 42, 189 bis, 2º apartado, segundo párrafo y 166, inciso 2º, tercer párrafo, del Código Penal).

La Dra. Mirta López González dijo:

Tal como sostuve en el precedente n° 40.053 “Álvarez, José Luis” rta: 30/9/10, al dictarse la ley 25.882 no se contempló el arma de fuego descargada, y a la luz del principio de máxima taxatividad interpretativa, derivado del principio de legalidad, debe subsumírsela en el delito de robo simple.

Sobre este tema, se ha pronunciado la doctrina en cuanto a que: “*el robo llevado a cabo con un arma apta para el disparo, pero descargada o cargada, no obstante probadamente inidónea para sus fines específicos, son supuestos que escapan a las previsiones del art. 166 y que encuadran en la figura de robo simple –art. 164–*” (Conf. Gustavo E. Aboso “Reformas al Código Penal”, Ed., IB de F, año 2005, pág. 150; Rodrigo D. López Gastón, “La Ley 25.2882 y el Nuevo Delito de Robo Con Armas: La peligrosidad de Desconocer Principios Constitucionales en la Construcción de Tipos Penales”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año X, Números 18/19, Ed. Ad-Hoc, año 2005, pág. 817/848).

Las sanciones y derogaciones de normas producen consecuencias que merecen un estudio pormenorizado del tema, por lo que, los efectos que puede provocar la actividad legislativa, de ninguna manera deben perjudicar al ciudadano, máxime cuando la interpretación analógica en materia penal nunca puede ser *in malam parte*.

Sin perjuicio de ello, me adhiero al voto de mi colega de sala en cuanto a que el suceso investigado ha quedado en grado de tentativa.

El Dr. Gustavo Bruzzone dijo:

Habiendo escuchado la grabación del audio, no tengo preguntas que formular a las partes. Así luego del análisis del caso y con apoyo en las diversas constancias del expediente, entiende que la resolución impugnada debe ser modificada parcialmente.

Se encuentra circumscripita mi intervención en mi carácter de Presidente de la Excma. Cámara del Fuero –art. 3, apartado “t” del Reglamento para la Jurisdicción-, en torno a cuál es la calificación legal que corresponde imponer en el caso.

Conforme sostuve en la Sala I en la causa n° 26.106 “Pacheco, Juan” resuelta el 24/6/05, las modificaciones introducidas por la ley 25.882, demuestran que el legislador no sólo ha tenido en cuenta el poder ofensivo de los instrumentos utilizados, sino también el temor que tales instrumentos pueden provocar en la víctima, es decir, ha receptado mediante la reforma mencionada los lineamientos de las teorías subjetivas (in re: mi voto, Sala I, 25.224 “Giménez Saucedo” rta: 27/12/04 y 25.690 “Domínguez Chávez” rta: 29/3/05: entre otras).-

Por tal razón, adhiero al voto del Dr. Rodolfo Pociello Argerich.

En consecuencia, SE RESUELVE:

Confirmar el auto de fs. 96/97, con la aclaración que la conducta que se le imputa a V. M. R. D. es la de robo agravado por el uso de arma de utilería, en tentativa, en concurso real con tenencia ilegal de arma de uso civil condicionado (arts. 42, 189 bis, 2º apartado, segundo párrafo y 166, inciso 2º, tercer párrafo, del Código Penal).

Devuélvase y sirva la presente de atenta nota.

*Rodolfo Pociello Argerich*

*Gustavo Bruzzone*

*Mirta L. López González*

*-en disidencia parcial-*

*Ante mí:*

*Ariel Vilar*

*Secretario*