

EL DELITO DE ROBO CON UN ARMA DE FUEGO CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUDIERA TENERSE DE NINGÚN MODO POR ACREDITADA

Ariel Hernán Torres

A.- EL TEMA

El objeto de este trabajo es analizar los alcances del delito de robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no haya podido acreditarse previsto en el art. 166, inciso 2do., tercer párrafo, primera parte, del Código Penal, e introducido por la ley 25.882. Para ello: I) empezaré por ver el marco de discusión en torno al delito de robo agravado por el uso de un arma —art. 166, inc. 2, CP—, según ley 23.077-; II) me referiré a los puntos más relevantes que trajo consigo la sanción de la ley 25.882; III) seguiré con el estudio del nuevo tipo penal; IV) repasaré la problemática en torno a la aplicación de esta figura en algunos supuestos concretos; V) por último daré mi opinión sobre el alcance del tipo penal en base a una interpretación constitucional del asunto.

B.- DESARROLLO

I.- El antiguo art. 166, inc. 2, del CP

Antes de la reforma que tuvo lugar con la sanción de la ley 25.882, publicada en el BO el 27/4/2004, el art. 166 inc. 2 del CP —según ley 23.077— determinaba que el robo se agravaba si se cometiere con armas, o en despoblado y en banda. Así, la norma no traía ninguna especificación en torno a las características que debía presentar aquel instrumento —arma— a los efectos de agravar la figura básica.

Los alcances de la disposición fueron analizados por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en el plenario “Costas”¹, donde puntualmente se analizó si encuadraba o no en el concepto de arma al que hacía referencia el art. 166 inc. 2 CP el uso de un arma descargada apta para disparar. En aquel entonces se adhirió a la denominada tesis objetiva según la cual la razón de

¹ CNCC, en pleno, “Costas, Héctor y otro”, rto. 15/10/1986.-

ser de la agravante debía encontrarse en el peligro que para la vida o la integridad personal de las víctimas representaba el empleo de un arma, razón por la cual a los fines de concretarse la agravante se debía determinar si el arma en cuestión resultaba operativa, lo que implicaba un funcionamiento correcto de la misma y que se hallara cargada con proyectiles aptos para el disparo.

Dijo la mayoría en aquella oportunidad que “... un arma de fuego, tomada su expresión jurídica y conceptualmente, debe estar en condiciones de ser utilizada para hacer fuego, lo cual conduce inexorablemente a la situación que si no se encuentra cargada no podrá ser tenida como tal, por más que su sola ostentación puede llevar a engaño a la víctima obligándola a hacer entrega de aquello que se le requiere² (...) Ningún objeto lanzador y ningún proyectil pueden, por sí solos, comportarse como un arma en sentido propio, pues un arco sin flechas, o una honda sin piedra no satisfacen la aludida función. Esta sólo puede ser satisfecha por el conjunto debidamente estructurado, y, por lo tanto, no puede predicarse a ninguna de las ‘partes’ las propiedades que son privativas del ‘todo’. Se trata de una imposibilidad lógica”³. El juez Zaffaroni afirmaba que el tipo objetivo del robo simple requiere violencia, que abarca la intimidación, de modo tal que el tipo objetivo calificado por el uso de arma presume que de ese uso se deriva tanto un peligro para la vida de las personas como una mayor entidad intimidante para las mismas, razón por la cual, el peligro y la mayor intimidación son inescindibles en el planteo jurídico, como fundamento de la agravación del contenido injusto del hecho. Así, cuando el autor emplea un arma descargada se está frente a un robo simple pues existe mayor intimidación pero no un peligro para la vida o la integridad física de la persona.

Tiempo atrás, ya la Cámara del Crimen se había ocupado de la agravante en el plenario “Scioscia”⁴, ocasión en que se había aceptado la denominada tesis subjetiva que venía a afirmar la concurrencia de la agravante del robo por el uso de armas en función del uso por parte del autor de un modo especial de violencia de

² Del voto del juez Abel Bonorino Peró.

³ Del voto del juez Guillermo Ouviña.

⁴ CNCC, en pleno, “Scioscia, Carlos A.”, rto. 10/12/1976.

elevada eficacia atemorizante, por lo que alcanzaba con que de cualquier modo se probara el uso de un arma, sin importar ya su mayor o menor operatividad. Se estableció, entonces, que quedaba comprendido en el concepto de arma del art. 166, inc. 2, del Código Penal, el uso de un arma de fuego descargada, apta para disparar. Los argumentos centrales de la mayoría fueron, por un lado, que la ley habla genéricamente de "armas", y no específicamente de "armas de fuego", que, a su vez, tampoco realiza distinción alguna sobre el arma cargada o descargada, y, ya por último, que el poder intimidatorio se cumple en uno y otro caso.

En definitiva: "la doctrina subjetiva pone el acento en el grado de intimidación sufrido por el sujeto pasivo, y por ende un revólver de juguete o uno verdadero descargado configurarían robo con armas. En tanto que la doctrina objetiva pone el acento en el peligro real corrido por la víctima para su vida o integridad física, de donde se deriva que sólo un arma de fuego real, apta para el tiro y cargada puede configurar la agravante del art. 166 inc. 2 del C. Penal"⁵.

Pues bien, en esas condiciones, en el marco del "plenario 'Costas' ya se iban levantando algunas voces que sugerían la necesidad de una reforma legislativa, donde se previeran distintas escalas penales para los robos, según que éstos se cometieran con distintos tipos de armas o atendiendo al modo de su empleo, propiciándose incluso como circunstancia agravante del robo -aunque distinta de la prevista en el inc. 2° del art. 166 CP- el llevar armas (descargadas, ineptas, de juguete), ya que ello por sí solo '... manifiesta la intención del agente de emplear la intimidación de la fuerza en caso necesario'. ..."⁶.

II.- La reforma introducida por la ley 25.882

La modificación que trajo consigo la sanción de la ley 25.882 derivó en que el art. 166 del Código Penal quedara redactado de la siguiente manera:

Se aplicará⁷ reclusión o prisión de cinco a quince años:

⁵ Romero Villanueva, Horacio J., "Código Penal de la Nación y Legislación Complementaria Anotados con jurisprudencia", 3ra. Edición ampliada y actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2009, pág. 654.

⁶ Vismara, Santiago, "Nuevo régimen del delito de robo con armas", La Ley 2004-D, 1080.

1. Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.
2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda.

Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo.

Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión.

De modo tal que ahora la nueva ley, si bien de un lado ha mantenido las figuras de robo calificado por lesiones —inciso 1º)— y robo con armas o en despoblado y en banda —inciso 2º), primer párrafo—, introdujo, de otra parte, dos nuevas agravantes. La primera: sanciona la utilización por parte del autor de un arma de fuego —inciso 2º), segundo párrafo—. La segunda: cuando se emplea un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o un arma de utilería —inciso 2º, tercer párrafo—.

En el mensaje enviado por el Poder Ejecutivo se fijó que con la modificación que se intentaba introducir se buscaba llenar un vacío legal al convertir en robo calificado aquellos casos de la doctrina derivada del plenario “Costas”, esto es, en los supuestos en que el robo se cometió con un arma que no se pudo secuestrar y en consecuencia no se podía probar su aptitud para el disparo o si estaba cargada o no con proyectiles idóneos para su uso; e incluso la más moderna y amplia interpretación que sobre el asunto había formulado la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual el uso de un arma de fuego idónea podía ser probada mediante elementos de juicio, indicios y derivaciones lógicas de pura sana crítica, alternativos.

Fue así que la ley 25.882 vino a concentrar ambas posturas ya explicadas más arriba. Por un lado, se adhería a la tesis subjetiva en el párrafo tercero del inciso 2º del art. 166 del CP; por otra parte, se adhería a la postura objetiva en el párrafo segundo, poniendo en evidencia a partir del monto de pena la peligrosidad que para la vida genera un arma de fuego verdadera; y, por último, a una combinación

de ambas en el caso de armas que no sean de fuego, tanto propias como impropias⁷.

III.- El delito de robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada

Tal como quedara expuesto precedentemente, la ley 25.882 introdujo como nuevo tipo penal el previsto ahora en el art. 166, inc. 2, tercer párrafo, primera parte, CP, que viene a punir el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no haya podido acreditarse de ningún modo. En estas condiciones, resulta importante volver sobre una cuestión que fue dicha al pasar en el punto de análisis anterior, esto es, la finalidad que tuvo la previsión legal de este nuevo tipo penal.

Cuando todavía no había sido sancionada esta ley se discutía qué sucedía en aquellos casos donde se presumía la utilización de un arma en el robo pero en definitiva la misma no era secuestrada a los fines de la verificación de tales extremos y su eventual peritaje. Es decir: ¿correspondía, en esos supuestos, calificar el hecho como constitutivo del delito de robo con arma previsto en el viejo art. 166, inc. 2, ley 23.077, o, a la inversa, debía quedar subsumido bajo la figura básica de robo simple? Para ello no podía pasar inadvertido que para que devenga viable la agravante en cuestión debía verificarse tanto un mayor poder intimidante por el uso del arma, como un incremento en el riesgo corrido por la víctima.

Pues bien, en aquel entonces, la jurisprudencia se inclinaba en uno u otro sentido. Sin embargo, lo que terminó por inclinar la balanza en el sentido que afirmaba que el no secuestro del arma no impedía dar por acreditada la agravante si esta última podía verse corroborada mediante otros elementos de juicio tales como prueba testimonial, fue la doctrina que sobre el asunto fijó la por un lado la Cámara

⁷ “Los problemas de interpretación generados a partir del art. 166 inc. 2 párrafo tercero del CP (ley 25.882). Especial referencia a los casos de arma secuestrada no apta para el disparo; arma secuestrada apta para el disparo pero descargada o cargada con proyectiles impropios; arma que imita una verdadera que no es utilería”, Primera entrega temática de jurisprudencia y bibliografía de interés para la práctica judicial elaborada por la Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

Nacional de Casación Penal y, por otra parte, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de diversos precedentes.

En este sentido, se dijo en un caso donde la discusión se circunscribía precisamente a la asignación o no del agravante y a la consecuente acreditación del empleo de un arma de fuego en el hecho delictivo, que tal extremo se ve corroborado y “... no afecta tal conclusión el hecho de no haberse secuestrado el arma, en tanto que el reproche se asienta en los coincidentes y plurales testimonios relacionados por el tribunal con ajustado criterio —en especial los dichos del sargento Víctor Alberto Luna que intercambió disparos con el menor así como el secuestro del proyectil de plomo que astillara el vidrio de la inmobiliaria ubicada en el camino de su fuga— alcanzan para tener por acreditado no sólo el uso del arma sino su aptitud para el disparo, en tanto que se logró verificar -por tratarse de un extremo apreciable a simple vista- que se trató de un arma de bajo calibre, de donde el mismo sólo podía provenir de la utilizada por el menor, pues las armas policiales cargan proyectiles encamisados —ver fs. 371—. ...”⁸.

Incluso en ese fallo se tomó la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Juncal Gómez, Antonio s/ robo”⁹, ocasión en la cual se afirmó “... que aun cuando el arma empleada en un robo no haya sido incautada, la prueba de testigos es suficiente para acreditar que -efectivamente- un arma ha sido disparada y que por lo tanto tiene esa calidad a los fines de la circunstancia agravante prevista por el art. 166 inc. 2º del Cód. Penal. ...”.

Este razonamiento venía a seguir la línea iniciada por el Máximo Tribunal en el precedente “Sánchez, Juan A.”¹⁰ donde afirmó que “... si la acusación probó que el intento de robo fue cometido con armas que se hallaban cargadas y que resultaron aptas para ser disparadas (confr. el acta de secuestro de fs. 4 y los peritajes de funcionamiento y aptitud de tiro de fs. 82/83), no parece razonable que, además, se ponga a su cargo la demostración -mediante un reconocimiento pericial- de la

⁸ CNCP, Sala II, “Aguilar, Claudio M. s/ rec. de casación”, rta. 23/8/2002, publicado en La Ley 2003-B, 42.

⁹ CSJN, Fallos: 312:2526.

¹⁰ CSJN, “Sánchez, Juan A.”, de fecha 1/12/1988, publicado en La Ley 1989-C, 536.

idoneidad de los proyectiles que integran la carga cuando ellos, por sus características y calibre, son los que corresponden para que el arma funcione; y si se tiene en cuenta, por otra parte, que el uso a que dicha arma estaba destinada hace presumir, fundadamente, aquella idoneidad. En todo caso, en hipótesis como la examinada, corresponderá a aquel que ha controvertido ese extremo poner en evidencia que, por defecto en el funcionamiento del arma o por inidoneidad de los proyectiles, la situación es equiparable a la de quien emplea para robar un arma descargada (...) someter el funcionamiento de la figura del art. 166, inc. 2º, del Cód. Penal a que el acusador pruebe pericialmente la idoneidad de los proyectiles con los que las armas empleadas en el robo estaban cargadas importa derogar en la práctica la norma en todos aquellos supuestos en que el hecho no hubiere sido descubierto en flagrancia o en cuyo transcurso no se hubiesen efectuado disparos.

Esos parámetros también fueron tomados por la Corte Suprema también en el caso “A., M. y L., O. G.”, ocasión en la que sostuvo que si “... el imputado también reconoció el uso de un arma en el hecho y en su confesión no cuestionó su capacidad ofensiva, circunstancia que impide exigirle a la parte acusadora, que probó su existencia, la demostración de la idoneidad del arma, pues imponérselo significaría que la agravante pudiese ser aplicada solamente en aquellos casos de flagrancia o cuando se hubiesen efectuado disparos pero no en aquéllos en que nada de ello hubiese ocurrido, con lo cual se desvirtuaría el sentido de la figura del artículo 166 inc. 2º del Código Penal (confr. doctrina de Fallos: 311:2548). ...”¹¹.

La Corte Suprema siguió esa doctrina al fallar en el caso “Giménez Alfaro, Eduardo”¹², oportunidad en la que hizo suyos los fundamentos y conclusiones del Procurador General, entre los que se encontraban aquel según el cual “descartar en el caso la aplicación de la agravante establecida en el art. 166, inc. 2º, del Código Sustantivo, exclusivamente por los argumentos vertidos en el fallo -la ausencia de secuestro que impidió acreditar la operatividad del arma empleada y al no surgir de las declaraciones de los perjudicados referencia acerca de su aptitud funcional y de su utilización como arma impropia- implicó no sólo contrariar la citada doctrina

¹¹ CSJN, Fallos: 319:209.

¹² CSJN, Fallos: 325:2516.

sentada por V.E. en Fallos: 319:209, sino que permite sostener que la calificación otorgada no se muestra como una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias efectivamente comprobadas en la causa (Fallos: 308:1162; 312:1150; 318:1103, entre otros)...”¹³.

De modo tal que, como dijera más arriba, las circunstancias que venían siendo discutidas en estos y otros fallos formaron parte de las razones que derivaron en la previsión de este nuevo tipo penal. Así, entonces, “a diferencia del robo con armas y el robo con arma de fuego —donde la razón de la agravante obedece tanto al mayor peligro corrido por el sujeto pasivo como a la mayor intimidación que sufre—, cuando el autor emplea un arma inapta para el disparo —descargada o con algún defecto de mecanismo— existe una mayor intimidación que en el robo simple, pero ningún peligro para la vida o la integridad física de la persona; por ello, aquí la pena es menor que la del robo con armas ‘básico’. Tampoco se aplica este tipo penal si el arma inapta para el tiro no es el objeto ‘intimidante’ y se usa meramente como arma impropia”¹⁴.

IV.- Aplicación del art. 166, inciso 2do., 3er. párrafo, 1ra. parte, del CP. Problemática

Ahora bien, sin perjuicio de los objetivos que parecían acompañar la sanción de la nueva ley y la concreta introducción de este nuevo tipo penal a los fines —entre otros— de definir situaciones como las antes vistas que implicaban reiteradas discusiones en torno a la aplicación o no de la agravante prevista en el por entonces art. 166 inc. 2, del Código Penal, en estos pocos años que lleva la reforma mucho se ha escrito ya en cuanto a la imprecisión que parece presentar la letra de la ley 25.882.

¹³ Del dictamen del procurador general Nicolás E. Becerra.

¹⁴ D’Alessio, Andrés José —Director—, Divito, Mauro A. —Coordinador—, “Código Penal de la Nación, comentado y anotado”, 2da. Edición actualizada y ampliada, La Ley, Bs. As., 2009, T. II, p. 620.

Sobre este punto, por caso, han comenzado las críticas sobre la base de casos concretos en los que, por ejemplo, el arma era secuestrada, peritada y se verificaba que no resultaba apta para el disparo; o cuando, secuestrada, se determinaba que resultaba apta para el disparo pero se halla descargada o cargada con proyectiles impropios.

En estas condiciones, pues, la pregunta que debería hacerse es la siguiente: ¿resulta ajustado a derecho considerar tales supuestos como constitutivos del delito de robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada que sanciona el art. 166 , inciso 2do., 3er. párrafo, 1ra. parte, del CP.¹⁵.

Para comenzar a intentar responder la pregunta anterior, no puede pasar inadvertido que parte de esta problemática surge de la imprecisión de la ley, puntualmente, en lo que concierne a la frase “cuya aptitud para el disparo no pudiese tenerse de ningún modo por acreditada”. Esto ha dado lugar a afirmar que la norma ha venido a introducir aquí una cuestión probatoria innecesaria y ajena a un código de fondo, que se refiere por lo demás a una circunstancia que podría ser identificada únicamente con el mecanismo del arma¹⁶. Sobre este punto volveré más adelante pero creí importante apuntarlo de antemano a esta altura como una cuestión a definir a la hora de fijar los alcances del tipo penal.

Volviendo a lo anterior, resta ver qué sucede en aquellos casos en que el arma efectivamente se secuestra, se somete a peritaje y recién ahí se determina que no es apta para el disparo. Este es un caso que la ley, dada las imprecisiones a las que vengo haciendo referencia, no ha otorgado una solución precisa. Mal podría afirmarse en función de lo antedicho —el arma se secuestró y fue objeto de la respectiva pericia técnica— que estamos ante un supuesto de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada. En efecto, fue la propia pericia a la que se sometió el arma lo que conlleva a sostener lo contrario, esto es, que se pudo acreditar que la aptitud del arma no existía.

¹⁵ Vismara, Santiago, op. cit.

¹⁶ Tolnay, Iván C., “Las nuevas figuras de robo con arma introducidas por la ley 25.882”, publicado en La Ley 24/9/2004, 1.

Un análisis similar es el correspondería en los casos en que el arma, si bien apta para el disparo, en definitiva se determina que no se hallaba cargada, o presentaba inapropiados. El tema aquí se circunscribe a lo mismo, subsumir el suceso bajo el nuevo tipo penal o hacerlo bajo la figura básica de robo simple.

En todos estos casos lo que entra en juego es la interpretación que merece el asunto. En efecto, conviene recordar aquí que “aunque la ley penal se exprese en palabras y éstas nunca son totalmente precisas, no por ello debe despreciarse el principio de legalidad, sino que es menester exigir al legislador que agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra. De allí que no baste que la criminalización primaria se formalice en una ley, sino que la misma debe hacerse en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible, conforme al principio de máxima taxatividad legal (...) cuando los límites legales no se establecen de esta forma, cuando el legislador prescinde del verbo típico y cuando establece una escala penal de amplitud inusitada, como cuando remite a conceptos vagos o valorativos de dudosa precisión, el derecho penal tiene dos posibilidades: a) declarar la inconstitucionalidad de la ley; o b) aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa (...) El principio de máxima taxatividad se manifiesta mediante la prohibición absoluta de la analogía in malam partem. ...”¹⁷.

Así las cosas, una interpretación como la expuesta en el párrafo que precede inexorablemente derivaría en que casos como los detallados —el arma es secuestrada, es peritada y se determina que no es apta para el disparo; o el arma apta para el disparo se encontraba descargada o cargada con proyectiles inapropiados—, cuanto menos, el hecho se subsuma como robo simple.

Otro problema surge cuando la ley en este 3er. párrafo, del inciso 2do., del art. 166, del CP, parece equiparar el empleo de un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pueda tenerse de ningún modo por acreditada, con el arma de utilería. Esto conduce a otro tema: “si se concluyese que en esos casos corresponde encuadrar la conducta en el art. 164 CP, (robo simple) cabría efectuar otra

¹⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, Derecho Penal. Parte General”, Ed. Ediar, Bs. As., 2002, págs. 116, 117 y ssgtes.

conclusión: si el autor utiliza un arma de utilería, deberá aplicarse la nueva figura agravada (con pena de tres a diez años de prisión o reclusión), en cambio, si se vale de un arma de fuego cuya ineptitud para el tiro haya sido acreditada (por desperfectos mecánicos o por estar descargada) la figura aplicable será la del robo simple, toda vez que no se trata de un arma de fuego, y ni siquiera de un arma, ya que no reúne los requisitos de aumentar el poder de intimidación del sujeto activo y provocar un riesgo real para la integridad física o la vida de la víctima. En síntesis: la escala penal aplicable para el que robe con un arma de fuego (pistola, revólver, fusil, etc.) descargada o que se compruebe que es inepta para el tiro, será significativamente menor a la que se establece para los casos de robos con armas de utilería. De interpretarse lo contrario, esto es, que el legislador quiso equiparar ambas situaciones con la nueva norma, se estaría efectuando una aplicación analógica "in malam partem" de la ley penal, lo que está prohibido en materia penal¹⁸.

V.- Alcance del tipo penal en base a una interpretación constitucional del asunto

En función de lo que expusiera en el apartado anterior, se puede advertir con claridad que numerosos supuestos de hecho que día a día son materia de investigación en los juzgados penales, generan problemas de interpretación a la hora de asignarse una determinada calificación legal. La cuestión es de vital importancia. Según como se interprete la ley, en el asunto, eventualmente, se podrían encontrar comprometidas garantías constitucionales. He de ahí la trascendencia de la cuestión. La jurisprudencia y la doctrina no tardaron en poner de manifiesto la inconsistencia de la ley y las dificultades en la aplicación de este nuevo tipo penal.

Así, por ejemplo, se señaló que "no corresponde la aplicación de la agravante del art. 166, inc. 2º, párrafo tercero, del CP, si el revólver incautado en poder del imputado, resultó no apto para producir disparos. Tal hipótesis no ha sido prevista

¹⁸ Vismara, Santiago, op. cit.

por la ley 25.882 y, a la luz del principio de máxima taxatividad interpretativa, derivado del principio de legalidad, corresponde subsumirla en la figura legal de robo simple¹⁹.

En el mismo sentido, se afirmó que “si bien son ciertas las críticas efectuadas a la reforma del art. 166 del CP, la que entre otros casos, no trata específicamente el supuesto de robo con arma de fuego habiéndose acreditado que ésta se encontraba descargada, cierto es también que no puede el juez interpretar analógicamente dicha agravante. Esto es, que si la letra de la ley no contempla específicamente el caso del arma descargada, a diferencia de los demás supuestos que sí especifica, no puede entenderse que el arma descargada quede incluida de todas formas en la agravante (...) La aptitud para el disparo puede referirse únicamente al mecanismo del arma, con lo cual el robo con un arma de fuego descargada, no podría encuadrar en el nuevo art. 166 inc. 2º, 3º párrafo. Y que, teniendo en cuenta que los párrafos 1 y 2 exigen un arma ofensiva, no quedaría otra alternativa que considerar el robo con arma descargada o cargada con cartuchos inaptos, como robo simple²⁰.”

También en un caso donde se había constatado la utilización de un arma de fuego que luego de la pericia se determinó que, si bien resultaba apta para el disparo, se encontraba cargada con un cartucho inepto, se dijo que: “el supuesto bajo examen tiene por base, al contrario de lo que reclama el párrafo citado <el 3º, del inc. 2º, del art. 166, del CP>, un supuesto de hecho en el que efectivamente se ha podido acreditar la aptitud para el disparo del arma que fuera utilizada en el robo (...) como consecuencia de lo expuesto se debe concluir, sin más, que al no tratarse de uno de los supuestos previstos por el párrafo 3º del inciso 2º, éste no resulta de aplicación al caso. Arriba a esta conclusión sin desconocer que por vía de interpretación se ha equiparado esta conducta, claramente no prevista en la ley, a las restantes descriptas en el artículo citado. Así lo ha hecho concretamente la Sala

¹⁹ CNCC, Sala IV, “Niz García, Alberto”, c. 29.235, rta. 25/4/2006, del voto del juez González. En idéntico sentido: CNCC, Sala IV, “Bobadilla, Gustavo E.”, c. 29.733, rta. 6/7/2006; y, de la misma Sala: “Gómez, Eduardo D.”, c. 28.755, rta. 27/2/2006, y “Vázquez, Sebastián”, c. 27.164, rta. 6/7/2005.

²⁰ CNCC, Sala VI, “Moroni, Javier”, c. 26.006, rta. 17/12/2004.

I de la Cámara Nacional de Casación Penal con fecha 14 de octubre de 2005 en la causa n° 6390, caratulada “Moroni, Javier s/ recurso de casación”, al sostener que ‘si se acude a las reglas del recto entendimiento humano no resultaría lógico concluir que el legislador decidió agravar el delito de robo para los casos en que no pueda acreditarse la aptitud para el disparo del arma en él utilizado o cuando la empleada fuese de utilería y no para el caso en que el delito contra la propiedad ejecutado se hubiera realizado mediante la utilización de un arma descargada. En efecto, es contrario a la razón que un delito ejecutado en las dos condiciones descritas por el último párrafo del inciso segundo del art. 166 del código de fondo prevea un monto punitivo de mayor escala que para el caso —como el de autos— en el que el arma incautada al enjuiciado no solamente es auténtica, sino que además resulta apta para el disparo. En una palabra, el último párrafo del art. 166, inc. 2° del CP, contiene, sin duda alguna, el supuesto en el que el atraco —como lo fue el del sub lite- se efectúe mediante el empleo de un arma verdadera que no se halla cargada. Refuerza la conclusión del Tribunal la circunstancia, por cierto muy relevante, de que perpetrar —como lo hizo el encausado— un robo utilizando un arma descargada provoca en la víctima, cuanto menos, igual poder intimidatorio’. Ciertamente asiste razón a este tribunal cuando argumenta que no parece lógico que el legislador haya agravado dos conductas que resultan similares a una tercera —en tanto todas tienen igual poder intimidatorio- y que, a pesar de ello, haya dejado de reprimir de modo agravado a esta última. El argumento de la similitud, sin embargo, demuestra dos cosas: en primer lugar, que esta última acción no se encuentra en verdad descrita en la ley; en segundo término, y como consecuencia de lo anterior, que sólo se la puede incorporar al universo de las conductas reprimidas de forma agravada por medio de una interpretación analógica en perjuicio del imputado. La ausencia de una decisión por parte del legislador consistente en reprimir específicamente esta conducta, que aparecía como lógica a la luz de la decisión simultánea de reprimir con mayor pena conductas semejantes, no puede ser suplida por el Poder Judicial mediante la incorporación de un supuesto que de hecho no ha sido regulado. Este es precisamente el límite que el

principio de legalidad, a través de una de sus derivaciones –la prohibición de analogía- impone a los jueces. ...”²¹.

Del mismo modo, podemos encontrar la postura de la jueza Garrigós de Rébora que llega a declarar la inconstitucionalidad del art. 166, inc. 2º, párrafo 3º, del CP, en parte, por algunos de los argumentos que ya se han expuesto más arriba. En efecto, ha referenciado a la inexistencia de vacíos legales en el marco del derecho penal en virtud del estricto principio de legalidad que ha de regir la legislación punitiva de última ratio. Con críticas a los dos tipos penales que viene a sancionar el 3º párrafo del inc. 2º del art. 166 —aclaro que en este trabajo únicamente me dediqué al primero de esos supuestos, esto es, al caso en el que el robo se cometiere con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada—, afirmó, por caso, que “en cuanto a las armas no aptas para el disparo y las armas de utilería, es claro que se tiene en mira la mayor impresión que podrán provocar en la víctima, en lugar de la real afectación del bien jurídico, sin considerar que justamente se trata de una figura en la que esta circunstancia ya fue tenida en cuenta, es decir la violencia sobre las personas es la que convierte a la sustracción en robo, por lo que se ha pretendido hacer valer doblemente una agravación de la figura base”, agregando en cuanto al tipo penal que analizo, que “se incurre en una descripción contradictoria, no es arma de fuego la que carece de la aptitud para el disparo, es decir no podría producir fuego, por lo que en nada se diferencia del ‘arma de utilería’, cuya única función, al momento de ser utilizada sería provocar violencia en las personas. Esto deja la agravante vacía de contenido y consecuentemente injustificada, lo cual hace que se incurra en una formulación irracional impropia de los actos de gobierno —art. 1, CN—, “para de seguido concluir que con ello se pretendió eludir una cuestión de mera índole probatoria con una norma de fondo, en contradicción con el sistema federal, consagrando una

²¹ TOC N° 7, “Ruiz, Franco David”, rta. 1/2/2007, del voto del juez Morín. Este fallo como así también los demás que vengo citando en este apartado del trabajo fueron obtenidos, más allá de sus citas, de la entrega temática de jurisprudencia y bibliografía de interés para la práctica judicial elaborada por la Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, y que aquí que citado en la nota al pie n° 7.

presunción probatoria en contra del acusado en contraposición con el principio in dubio pro reo²².

Con todo este marco, creo que el párrafo anterior, es decir, la cita textual del voto de la jueza Garrigós de Rébora, es un buen pie para pasar al estudio de la última cuestión que pretendo introducir en este trabajo: el análisis constitucional²³ del tipo penal previsto en el art. 166, inc. 2º, párrafo 3º, primera parte, del Código Penal, que sanciona la comisión del robo con el empleo de un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada.

Pues bien: son varias las cuestiones constitucionales que surgen del nuevo tipo penal. Algunas ya fueron mencionadas. Ahora trataré de agruparlas con aquéllas respecto de las cuales todavía no se hizo alusión.

Considero que a la hora de aplicar este tipo penal se debería, cuanto menos, dar respuesta suficiente a las siguientes cuestiones: a) ¿resulta razonable la norma — art. 28, CN— si se tiene en cuenta que la violencia sobre las personas se utiliza como una doble agravación de la figura básica con violación al principio del ne bis in idem?; b) ¿incurre la ley en una formulación irracional impropia de los actos de gobierno —art. 1, CN— si partimos de la base de que “en el caso de que por diversas causas no pueda cumplir con tal finalidad —no apta para el disparo—, el arma de fuego resultará inocua, desnaturalizándose como tal, y dejando por ello de ser un ‘arma de fuego’, justamente, por no poder producir fuego, perdiendo su poder vulnerante que pone en vilo la vida de las personas”²⁴?; c) ¿se ha incorporada en una norma de fondo una cuestión meramente probatoria —tal el

²² CNCC, Sala IV, “Escudero, Javier Alejandro”, rta. 22/9/2004, del voto de la jueza Garrigós de Rébora.

²³ Sobre la necesidad de un análisis constitucional del tipo penal: Silvestroni, Mariano H., *Teoría constitucional del delito*, Editores del Puerto, Bs. As., 2004.

²⁴ López Gastón, Rodrigo D., “La ley 25.882 y el nuevo delito de robo con armas: la peligrosidad de desconocer principios constitucionales en la construcción de tipo penales. Comentario al fallo ‘Escudero, Javier Alejandro y otros s/ robo’ CNCrim. y Correc., Sala IV, causa 24.781, rta. 22/9/2004”, publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Año 10, n° 18-19, Ed. Ad-Hoc, 2005, p. 817 y ssgtes. En este artículo el autor, partiendo también del voto de la jueza Garrigós de Rébora en el fallo que en este trabajo he citado en la nota al pie n° 22, intenta poner en manifiesto, tal como su título lo indica, los principios constitucionales que estarían en juego a la hora de analizar el por entonces nuevo tipo penal, estudio que, por lo demás, es un poco la idea que intento reflejar en este último apartado de mi trabajo.

caso de aquella vinculada a la aptitud para el disparo de un arma de fuego—, afectando con ello el sistema federal dado de que se trata de una materia que las provincias no han delegado al Gobierno de la Nación?; d) ¿se vulnera el principio de inocencia al establecerse una presunción probatoria como la antes referida en contra del imputado, afectando así también el principio del in dubio pro reo?; e) ¿existe en aquellos casos que hemos mencionado —por ej., arma secuestrada, peritada, en la que se verificaba que no resultaba apta para el disparo; arma secuestrada, que se determina que era apta para el disparo pero se hallaba descargada o cargada con proyectiles impropios— una interpretación extensiva y analógica del tipo penal a los fines de que éste pueda abarcarla esos supuestos que la ley precisamente no parece prever, todo ello en clara contraposición con el principio de máxima taxatividad legal?; f) ¿se pasaría a presumir la culpa del acusado, afectando con ello el principio de culpabilidad, en este caso donde la ley misma parece punir supuestos que no pudieron alcanzar la correspondiente comprobación mediante la prueba producida en la causa?

Como se ve, son varios los cuestionamientos que podría merecer la norma a través de su correspondiente análisis constitucional. Me iría del límite que he fijado para este trabajo si intentara responder todos estos interrogantes. Es claro que ya sea expresa o tácitamente diversos tribunales han tomado a lo largo de los años que lleva la ley 25.882 posición sobre la constitucionalidad de la norma a los fines de sostener o en su caso descartar la aplicación del tipo penal en aquellos supuestos que he presentado como problemáticos. Tampoco paso por alto que como es bien sabido la declaración de inconstitucionalidad de una norma aparece como la última ratio del ordenamiento jurídico. Con ello no quiero decir que la decisión de la jueza Garrigós de Rébora, sobre la que se sostiene en gran medida el desarrollo elaborado en el párrafo anterior, resulte desacertada. No es así. Antes bien, lo que intento poner en claro a modo de conclusión es la necesidad, previo a cualquier decisión —sea ésta afirmando o no la validez de la norma—, de dar una respuesta detallada, consistente y coherente a cada uno de aquellos principios y garantías constitucionales que tal como se viera también entrarían en escena y podrían

resultar directamente afectados a la hora de analizar los alcances del tipo penal previsto en el art. 166, inc. 2º, párrafo 3º, primera parte, del Código Penal.