

Voces: CONSTITUCION NACIONAL ~ CONSTITUCIONALIDAD ~ ESCALA PENAL ~ IGUALDAD ANTE LA LEY ~ PENA ~ PENA MINIMA ~ PROPORCIONALIDAD DE LA PENA ~ ROBO ~ ROBO CON ARMA

Tribunal: Cámara en lo Criminal de 2a Nominación de Río Cuarto(CCrimRioCuarto)(2aNom)

Fecha: 13/05/2005

Partes: Acevedo, Emiliano M.

Publicado en: LLC2005 (diciembre), 1307

Cita Online: AR/JUR/3635/2005

Hechos:

La Cámara declaró de oficio la inconstitucionalidad del art. 166, inc. 2° del Cód. Penal en cuanto impone como pena mínima cinco años de prisión o reclusión, condenando al imputado a la pena de tres años de prisión como autor del delito de robo con arma.

Sumarios:

1. Corresponde declarar de oficio la inconstitucionalidad del art. 166, inc. 2° del Cód. Penal en cuanto prevé la pena de cinco años de prisión o reclusión como mínimo de la escala penal correspondiente al delito de robo con arma, si el acusado se apropió de una escasa cantidad de dinero mediante el uso de un arma blanca pues, el escaso daño causado en el caso concreto y la comparación entre la pena mínima en cuestión y aquellas previstas respecto de delitos que vulneran el mismo bien jurídico, permiten concluir que el mínimo de la escala penal correspondiente al delito de robo con arma viola los principios de proporcionalidad de la pena y de igualdad ante la ley.

Texto Completo:

2ª Instancia. - Río Cuarto, mayo 13 de 2005.

1ª ¿Se ha acreditado la existencia del hecho delictuoso y, en su caso, es autor responsable del mismo el imputado? 2ª ¿Cómo debe calificarse? 3ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. - La doctora *Marcotullio* dijo:

I) Ha sido traído a juicio el imputado Emiliano Maximiliano Acevedo, cuyas condiciones personales han sido preconsignadas, por la supuesta comisión del delito de robo calificado por el uso de arma, en los términos del art. 166, inc. 2° del CP, y que el documento fiscal de elevación a juicio que corre agregado a fs. 33/36 de autos, describe del siguiente modo:

El hecho: El día veinticinco de diciembre del año dos mil cuatro, alrededor de las dieciocho horas con cuarenta minutos, en circunstancias en que Marcos Gastón Capiello, chofer del colectivo Mercedes Benz, Interno 13, de la línea 13 de la Empresa SAT Transporte Ciudad de Río Cuarto, circulaba sin pasajeros por el enlace de rutas 8 y 36, en dirección de este a oeste, tras salir de la universidad local, con destino al centro de la ciudad, al llegar a la rotonda existente en el sector, toma hacia el Sur y luego de transitar unos cuatrocientos metros, ascendió Emiliano Maximiliano Acevedo, quien de inmediato habría colocado en el cuello de Capiello un cuchillo de hoja pequeña con mango de color negro y mediante amenazas, le habría exigido la entrega del dinero que poseía, en tanto que habría cortado un cordón que asegura el monedero metálico de acero inoxidable con tubos portamonedas, logrando sustraerle una billetera de plástico de color negro, conteniendo en su interior la suma de sesenta y nueve pesos con cincuenta centavos. Que luego de consumado el desapoderamiento, se habría dado a la fuga, por las vías del ferrocarril, dando aviso inmediatamente Capiello desde su celular al comando radioeléctrico, quienes se hicieron presente en el lugar a los pocos minutos. En ese momento el propio Capiello les señala a los uniformados por donde había huido el sujeto y luego de una persecución logran darle alcance a pocas cuadras del lugar donde finalmente Acevedo resulta aprehendido.

Queda así satisfecha la exigencia normada por el art. 408, inc. 1° del CPP.

II) El imputado Emiliano Maximiliano Acevedo, en la instrucción del sumario prestó declaración indagatoria solamente para negar el hecho, absteniéndose después de seguir declarando (fs. 18/19).

Los elementos de juicio arrimados a la causa como prueba de descargo son los siguientes: Testimoniales: a) Del damnificado Marcos Gastón Capiello, víctima del hecho, que expuso "que se desempeña como chofer de la empresa SAT Transportes ciudad de Río Cuarto, y que en la víspera, alrededor de las catorce horas con veinte minutos, tomó su turno, haciéndolo como chofer del coche marca Mercedes Benz, interno 13, de la línea 13. Que todo transcurría con normalidad, hasta las dieciocho horas con cuarenta minutos aproximadamente, cuando tras salir de la Universidad local, con destino al centro de la ciudad, haciéndolo por enlace de rutas 8 y 36 de esta ciudad, de Este a Oeste, al llegar a la rotonda gira por Avda. Reforma Universitaria al Sur, y tras hacer unos cuatrocientos metros, en la segunda garita existente en dicha avenida, asciende una persona de sexo masculino, de unos diecisiete o dieciocho años de edad, de un metro setenta de estatura, delgado, de tez morena, cabellos

cortos oscuros, quien vestía una bermuda de color blanco y un buzo de color azul, zapatillas de color blanco, quien de inmediato le coloca un cuchillo en el cuello, de hoja pequeña, a su entender de mango negro y mediante amenazas le manifiesta "dame toda la plata", procediendo el sujeto de inmediato a cortar un cordón blanco que aseguraba el monedero metálico de acero inoxidable con los tubos portamonedas de plástico color rojo, la billetera de plástico color negro, ocasión que tras tomar el botín que ascendía a la suma de setenta pesos discriminados en billetes y monedas de distintos valores, para darse a la fuga corriendo por las vías del ferrocarril. Que ni bien descendió el individuo, el declarante toma su celular y llama al 101, haciéndose, a los pocos instantes, presente un móvil, mientras el sujeto corría por una calle, a su entender calle Cuba, donde quien habla, se los señala a los uniformados quienes salen tras el mismo. Que en tal circunstancia y tras comunicarse telefónicamente con la empresa es que continúa el recorrido"; a preguntas que se le formularon respondió: "que venía solo en el ómnibus, sin pasajeros... que mientras llamaba por teléfono justo aparece la chata policial que sale a perseguir al ladrón mientras él se va a la comisaría a hacer la denuncia. No lo hirió pero le dejó en el cuello una marca punzante... que no puede asegurar que fuera cuchillo porque no lo vio bien, sin embargo con él cortó el monedero que está atado con una sogá... vio la hoja no el mango, que recuerda que estaba oxidada". b) El funcionario policial Demetrio Osvaldo Fraile, declaró "que se encuentra adscripto al Comando Radioeléctrico de esta Unidad Departamental y que en la fecha siendo aproximadamente las dieciocho horas con cuarenta minutos, mientras recorría la jurisdicción de esa dependencia, es comisionado por la central de ese cuerpo a constituirse en la calle Laguna Blanca esquina Cuba de esta ciudad, donde solicitaban la presencia policial. Que una vez en el lugar se entrevista con el ciudadano Marcos Capiello, de veintidós años de edad, domiciliado en calle Hipólito Yrigoyen 598 de esta ciudad, chofer de ómnibus de la Empresa Sat Transportes ciudad de Río Cuarto, Línea 13, interno 13, quien narra que momentos antes, cuando había comenzado el recorrido estando el coche sin pasajeros, en la Avda. Reforma Universitaria, inmediaciones de la rotonda Universidad, es abordado por un sujeto morocho, más bien bajo, de cuerpo delgado, de unos dieciocho años de edad, el cual vestía pantalón corto blanco y buzo de color azul, quien de inmediato le coloca un arma blanca en el cuello, a su entender una sevillana y mediante amenazas lo despoja del monedero, con gran cantidad de monedas de distintos valores y la billetera con algunos billetes contabilizando entre sesenta y setenta pesos y se da a la fuga corriendo a través de las vías del ferrocarril por calle Cuba, siendo señalado por el damnificado y estando en esas circunstancias el malviviente a pocos metros del lugar, más precisamente en calles Florencio Sánchez y Cuba, el que intentaba evadir el accionar y resistiéndose a su aprehensión, siendo identificado como Emiliano Maximiliano Acevedo de dieciocho años de edad, calle Achalay 1614 de esta ciudad, lográndose el secuestro entre sus ropas de una bolsa de Nylon de color blanca con al inscripción VEA, conteniendo monedas y billetes de distintos valores"; agregó que "no le secuestró arma alguna... que es conocido en el ambiente como merodeador...". Secuestro: A fs. 4 se secuestró formalmente de poder del imputado "una bolsa de nylon de color blanco con el logotipo SUPER VEA y en su interior se encuentra una billetera de color negro sin marca visible, aparentemente de material plástico, la que contenía la cantidad de pesos sesenta y nueve con cincuenta centavos (\$ 69,50) discriminados de la siguiente manera: un billete de diez pesos, tres billetes de cinco pesos, trece billetes de dos pesos, trece monedas de un peso, cuatro monedas de cincuenta centavos, quince monedas de diez centavos y cuarenta monedas de diez centavos, todos estos elementos son secuestrados en poder del ciudadano Emiliano Maximiliano Acevedo, de 18 años de edad, con domicilio en calle... de esta ciudad". Aprehensión in fraganti: en el mismo acto se lo detuvo al procesado (acta de fs. 5). Informativa: Del Registro Nacional de Reincidencia que hace saber que Emiliano Maximiliano Acevedo no registra antecedentes computables.

Apreciación de la prueba: No obstante la negativa del encartado, su detención en flagrancia unida a los testimonios de la víctima y del policía actuante en forma inmediata, más el secuestro de entre sus ropas del dinero sustraído, no dejan lugar a dudas de que el hecho existió y que Acevedo es su autor. También debe tenerse por probado que portaba y utilizó como elemento intimidante un cuchillo; es que, si bien la víctima no puede asegurar que lo fuera -"vio solamente la hoja oxidada"-, hay un elemento de juicio coadyuvante en ese sentido: el hecho de que con ese objeto cortó el cordón o sogá con que estaba atado el monedero. En definitiva, debe tenerse por acreditado con grado de certeza que efectivamente utilizó para consumar el hecho un cuchillo. La plataforma fáctica debe fijarse como lo hizo el Fiscal de Instrucción en su requisitoria a cuyo contenido me remito breviter causa, aclarándose que en realidad el hecho ocurrió el día veinticuatro de diciembre y no el veinticinco de diciembre, como se fijó en dicho instrumento, en un claro error material. Así contesto a la primera pregunta.

2ª cuestión. - La doctora *Marcotullio* dijo:

Este Tribunal -con un criterio judicial aún no confirmado por el STJ donde se encuentra en casación, "in re": "Colli, Daniel Alejandro-robo"- tiene fijado que el arma denominada "impropia" no es arma a los fines del CP; sin embargo, en el caso en análisis no hay dudas al respecto: según como quedó determinado en la plataforma fáctica el procesado utilizó un cuchillo, esto es, un arma blanca; el hecho encuadra en el art. 166, inc. 2º del CP, por lo que así respondo a esta segunda cuestión.

3ª cuestión. - La doctora *Marcotullio* dijo:

1) En alguna sentencia anterior ("Martinuzzi Carlos Alberto - p.s.a. Homicidio calificado por el vínculo en grado de tentativa, etc.") las particulares condicionales subjetivas del justiciable y de la víctima me plantearon el difícil dilema de imponer una pena que consideraba injusta por lo gravoso del mínimo -trece años y cuatro meses de prisión por una tentativa de homicidio calificado-; en este caso derivé en el Poder Ejecutivo la responsabilidad de la conmutación de la pena, ese sabio instituto que le otorga un poder que lamentablemente ha renunciado (dec. 920/04), privando al agente de esa la posibilidad de atenuar el monto de su condena.

2) Precizando los conceptos allí expresados y haciendo las necesarias distinciones, hoy, en este caso que nos ocupa, opino que sí debe reducirse el mínimo legal del art. 166, inc. 2° del CP, previa declaración de inconstitucionalidad de esa norma y de ese modo reducir la pena a imponer al procesado al monto que estimo justo.

Las pautas orientadoras en el análisis del tema son las siguientes: a) Es posible la declaración de oficio de la inconstitucionalidad a partir de lo resuelto -aunque no unánimemente- por la CSJN en el caso "Mill de Pereyra c. Pcia. de Corrientes" (LA LEY, 2001-F, 891). b) El apartamiento de la ley expresa y clara sin margen para las interpretaciones, es excepcional y sólo mediante una ponderada declaración de inconstitucionalidad; en ese orden de ideas debe tenerse muy presente los peligros de "las interpretaciones creadoras" o del "activismo judicial"; más aún: contra la opinión de cierta doctrina, la mía es que la norma debe ser tan precisa y cuidadosamente elaborada que deje librado a los jueces la menor discrecionalidad posible que, ya se sabe, puede devenir rápidamente en arbitrariedad; es una exigencia de los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley. c) No son revisables judicialmente los criterios de política criminal -oportunidad, conveniencia- que llevaron al legislador a fijar una escala penal determinada. d) Ello sólo es posible cuando ésta no resista una confrontación con los principios constitucionales (conf. Carlos Lascano "Lecciones de Derecho penal", t. I, p. 178 y sigtes.; Luis M. Bonetto en "¿Una sentencia legal pero injusta?", en Rev. de Pensamiento Penal y Criminológico, Año II, N° 3- 2001); es que la interpretación sistémica de la ley, valioso recurso judicial para una sentencia justa, tiene un límite lingüísticamente insuperable que es la máxima capacidad de la palabra, de modo de no terminar haciéndole decir a la ley lo que la ley no dice. La clara disposición que reza "Se aplicará reclusión o prisión de cinco a quince años", no deja margen para la duda (o la interpretación) de que el mínimo es cinco años; de tal suerte que para conmorarlo sólo es posible si la ley, por alguna razón, ha vulnerado principios constitucionales y eso es lo que ocurre a mi criterio: con ese mínimo se han violado -en relación al caso que nos ocupa- dos principios constitucionales: el de proporcionalidad y el de igualdad. Veamos:

2.1) La desproporcionalidad: Íntimamente ligada al de mínima suficiencia ("máxima eficiencia con el mínimo de lesión", Soler, t. II, p. 350), la proporcionalidad de la pena en relación al bien jurídicamente tutelado deriva directamente del principio republicano de gobierno (Zaffaroni-Alagia-Slokar, "Derecho Penal, Parte Gral." ps. 9/10. Ed. Ediar 2002). En este orden, se imponen en el caso estas preguntas: ¿Si el daño al bien jurídico tutelado se redujo al corte del cable que sujetaba el monedero y a la apropiación de \$69,50 que fueron recuperados minutos después por la policía, es proporcionada la pena de cinco años de prisión?; ¿No se satisfaría en el caso la pretensión punitiva con tres años de prisión efectiva?, Luis M. Bonetto (ob. cit.) en un caso similar tuvo la misma valoración.

2.2) La desigualdad: pero más contundente que la apreciación en términos absolutos de la desproporcionalidad, siempre opinable, ésta surge evidente en términos relativos, esto es en comparación con otras escalas delictivas; más aún: en relación con aquellas que vulneran el mismo bien jurídico, el derecho de propiedad. Y aquí es donde, simultáneamente, también se viola el principio de igualdad ante la ley. Hemos tenido oportunidad de expresar nuestra opinión sobre el tema en un comentario publicado en Zeus Córdoba N° 65 del 5/8/3 ("De penas inequitativas. Cuando delinquir es un negocio"), donde señalé la escandalosa inequidad de las escalas penales de nuestro país en perjuicio del delincuente tosco y en beneficio de aquel de "cuello blanco". Basta para certificarlo una simple lectura de las escalas de los delitos de tan grave trascendencia como el que nos ocupa aunque no se cometan arma en mano: defraudaciones de grandes magnitudes, bancarrotas masivas, estafas en perjuicio del Estado, vaciamiento de empresas, y -vulnerando otros bienes jurídicos- enriquecimiento ilícito, negociaciones incompatibles con la función pública, malversación de caudales públicos, daños de magnitud al medio ambiente. Perciera que el sistema penal se ha erigido en garante de ciertas inmunidades estructurales (Báez, Julio "el hurto tentado de cuatro pesos y la insignificancia penal". La Ley, Suplemento de Jurisprudencia Penal y Proc. Penal). El aparato estatal -concretamente el legislador- exterioriza una implacable voluntad persecutoria contra agentes cuya conducta es "fácilmente diferenciable de la normalidad" (Báez, Julio, ob. cit.), es decir, por su torpeza; pero se ha mostrado impotente para reprimir otros injustos de envergadura igual o mayor, pero de una factura más sofisticada. Todo ello con un claro resultado: privar al sistema penal así estructurado de fundamento ético.

En definitiva: desigualdades tan notorias como injustas son inconstitucionales y, en el sub judice, autorizan una perforación del mínimo previsto por la ley para este delito declarando su inconstitucionalidad.

Es importante subrayar que a esta conclusión arribamos atendiendo exclusivamente a la objetividad, tanto

de las escalas penales comparadas como del escaso daño causado en el caso concreto en análisis; en cambio, en nuestra opinión, los supuestos en que la pena aparece excesiva en consideración a aspectos estrictamente subjetivos (personalidad del imputado, circunstancias familiares-sociales-culturales), el camino de la conmutación de la pena es el transitable; es que solamente en aquel caso -en cuanto a escalas penales se refiere- aparece evidente la desproporción y la desigualdad inconstitucionales.

3) Al momento de la imposición de la pena deben tenerse presentes las siguientes pautas mensurativas: Es un atenuante el escaso daño causado; como agravante debe computarse que el medio utilizado significó un peligro cierto para la víctima en su integridad física de importancia insoslayable. Subjetivamente, debe señalarse como atenuante las deficientes condiciones familiares-sociales-culturales del agente (inició sus estudios de electricidad del automotor, pero "no aprendió porque le resultaba difícil"), familia numerosa y escasamente contenedora, así mismo su paso por un instituto de menores en un punto que debe computarse a su favor; agravantes de ese orden no encuentro. Considero justo y equitativo imponerle la pena de tres años de prisión. Por las razones puntualizadas más arriba, particularmente el riesgo corrido por la víctima, estimo que el imputado no puede ser beneficiario de la condena condicional.

Finalmente deben regularse los honorarios profesionales del Dr. E. J. D., por su labor como defensor del imputado los que, de acuerdo a la entidad del proceso, audiencias realizadas, posición económica del acusado y el resultado obtenido, deben fijarse en la suma de novecientos pesos (arts. 34, 86, 88, 89 y concordantes de la Ley Arancelaria 8226 y su modificatoria ley 8616). Así respondo a la tercera cuestión.

Por todo ello el Tribunal resuelve: I) Declarar la inconstitucionalidad del art. 166, inc. 2° del C. Penal por violar los principios republicano de proporcionalidad de las penas y el de igualdad ante la ley con relación al mínimo de la escala penal allí establecido. II) Declarar a Emiliano Maximiliano Acevedo, ya filiado, autor material y penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma (art. 266, inc. 2° del C. Penal), e imponerle la pena de tres años de prisión y las costas (arts. 5°, 9°, 19, 29, inc. 3°, 40 y 41 y concs. del C. Penal y arts. 412, 550, 551 y concs. del CPP. III) Regular los honorarios profesionales del Dr. E. D. en la suma de novecientos pesos (arts. 34, 86, 89 y concordantes de la ley 8226 y su modificatoria ley 8616).- *Silvia Marcotullio.*