

El principio de congruencia y la calificación legal de la conducta ¿Robo con arma de uso civil o robo con arma impropia?

Por Pablo D. Bebebino

J.M.Z.E fue condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal 28, a la pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de robo con armas. Además fue declarado reincidente.

El Tribunal tuvo por probado que J.M.Z.E. roció el rostro de la víctima con "un producto irritante" para sustraerle la cartera.

El Ministerio Público Fiscal en su requerimiento de elevación a juicio y alegato, sostuvo que el "producto irritante" que utilizara J.M.Z.E., no es otro que "gas pimienta" y por tanto debe reputarse como "arma de uso civil" según la ley Nacional de Armas y Explosivos¹; por tanto, calificó la conducta de J.M.Z.E., como constitutiva del delito de robo con armas (propia).

En la sentencia, el tribunal sostuvo que el "producto irritante" utilizado por Z.E., no es "gas pimienta" en el sentido que le asigna a este concepto la ley mencionada, pero que, en la ocasión, fue utilizado por el acusado, para aumentar su poder ofensivo e inferir mayor peligro en la víctima. Por ello, fue incluido dentro del vocablo "arma" (impropia) que contempla el inciso 2^a del artículo 166 del Código Penal.

¹ El decreto 821/1996 dispone en su artículo 4, inciso 3, que son armas de uso civil los "agresivos químicos contenidos en rociadores, espolvoreadores, gasificadores o análogos, que sólo producen efectos pasajeros en el organismo humano, sin llegar a provocar la pérdida del conocimiento y en recipientes de capacidad de hasta 500 centímetros cúbicos. Por otra parte, la disposición 44/2000 (de fecha 27/7/2000) del Registro Nacional de Armas declaró a los agresivos orgánicos en aerosoles o rociadores con capacidad inferior a los 500 centímetros cúbicos, excluidos de la Ley Nacional de Armas y Explosivos (20.429) y su reglamentación (Anexo I, decreto 395/1975).-

Contra la sentencia condenatoria, la defensa interpuso recurso de casación, aduciendo, entre otras cosas, y en lo que aquí interesa, que hubo violación del principio de congruencia por cuanto "una cosa es desapoderar utilizando un arma que por definición legal así ha sido calificada por el legislador (hipótesis de la acusación) y otra muy distinta, es desapoderar con la utilización de "algo" que, según como haya sido utilizado y el efecto que haya tenido sobre la víctima (hipótesis de sentenciantes), pueda ser interpretada como un arma aunque técnicamente no lo sea. Y esta diferencia de conductas modifica necesariamente la significación jurídica penal de la acción por la cual -de manera novedosa-, se lo condenó a mi defendido".

La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, el 6 de junio de 2012, rechazó el recurso de casación deducido por la defensa de J.M.Z.E.

El Dr. Borinsky, a través del voto que encabeza el acuerdo, sostuvo que el tribunal oral al resolver la calificación jurídica del hecho imputado a Z.E., no introdujo ningún elemento fáctico distinto al contenido en la acusación formulada por el Fiscal, ni acudió a una subsunción jurídica sorpresiva sobre la cual el imputado y su defensor no pudieron expedirse en el juicio.

En definitiva, dijo el doctor Borinsky, la calificación jurídica por la cual acusó el Sr. Fiscal (art. 166 inciso 2^a del Código Penal) es la misma por la cual se condenó a Z.E.. y en lo que atañe al ejercicio efectivo del derecho de defensa, éste quedó consagrado al verificarse, a través del acta de debate respectiva, que la parte interesada interrogó acerca del "liquido irritante utilizado", los alcances y los efectos que éste tuvo en la víctima, circunstancias que resultan demostrativas de que no hubo sorpresa para esa parte en la aplicación de la figura agravada.

Finalmente, justificó la conducta del tribunal oral de "encuadrar" el "líquido irritante" dentro del concepto de arma impropia (por el destino y la forma en que fue utilizado para desapoderar a la víctima), como una facultad que expresamente acuerda a los tribunales el artículo 401 del Código Procesal Penal de la Nación (*iura novit curia*)

Análisis del Fallo

El correlato que debe existir entre la acusación y la sentencia fue un requisito que exigió la doctrina desde antiguo; pero a la luz de los sistemas puramente adversariales y de corte estratégicos, el principio de congruencia ha cobrado una dimensión mayor. La doctrina ha exigido, de antaño, que entre la acusación (originaria o ampliada) y la sentencia debía mediar una correlación esencial sobre el hecho. Por ello, está vedado al juez condenar por un hecho distinto de aquél que integra la acusación. Esta regla, denominada actualmente "principio de congruencia", Vélez Mariconde la deduce de otra: "ne procedat iudex ex officio", en tanto "de nada valdría afirmar -para hacer posible la defensa-, que no hay juicio sin acusación y que esta debe ser correctamente intimada, si luego agregáramos que el Juez sólo puede condenar al acusado como culpable del hecho con respecto al cual -por ser objeto de la acusación intimada- versó o pudo versar oportunamente la actividad defensiva"²

Ambas integran el principio que exige la inviolabilidad de la defensa, y por ende, no caben dudas de su rango constitucional (artículo 18).

El principio así definido limita la actividad del juez al terreno "de los hechos", y deja a su arbitrio la

² Ver Vélez Mariconde A., "Derecho Procesal Penal", 3ª edición, actualizada por los Dres. Ayan y Cafferata Nores, Marcos Lerner, Córdoba, 1986, pág. 233.-

posibilidad de "elegir" el *nomen iuris* que mejor estime de aplicación al caso concreto.

Esta es una noción naturalística y primigenia, por cuanto el hecho materia de acusación es una "entidad" que está "en el supuesto mundo de la naturaleza; y que abraza todas las modalidades de la conducta atribuida (incluso las relaciones espaciales y temporales)"³

En línea con esta posición, Clariá Olmedo asegura que el aspecto jurídico no se encuentra alcanzado por el principio de congruencia desde que el tribunal tiene la libertad para elegir las consecuencias jurídicas que estime corresponder en relación a las cuestiones de hecho introducidas por las partes al debate⁴.

Esta especial -y restrictiva- forma de entender el principio fue receptada por la legislación de segundo grado⁵. No obstante ello, en los últimos tiempos se verifica una evolución jurisprudencial por parte de nuestro Máximo Tribunal que le ha otorgado mayor amplitud⁶, que ha puesto el foco en la necesidad de observar el caso concreto y en el posible perjuicio que puede alegar la defensa, cuando en el juicio se introduce un elemento o dato, que resulte sorpresivo.

Ejemplo de ello es la definición impecable que concede Julio Maier a este principio, al señalar que su violación importa "todo aquello que, en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato, con trascendencia de ella, sobre el cual el imputado y su

³ Op. cit., pág. 234.-

⁴ Clariá Olmedo, Jorge A. "Derecho Procesal Penal", T.I., Rubinzal Culzoni editores, pág. 244.-

⁵ artículo 401 del Código Procesal Penal. Para una interpretación del principio *iura novit curia* más amplia ver: La regla *iura novit curia* en beneficio de los litigantes, por Gustavo Calvino.

⁶ CSJN, Fallos 329:4634, 330:4945 y el voto de los doctores Lorenzetti y Zaffaroni en Fallos 330:5020.

defensor no se pudieron expedir, cuestionarlo y enfrentarlo”⁷

Alberto Binder, en idéntica postura, señala que: “el juicio no puede resultar sorpresivo para el imputado. El tribunal debe preocuparse porque no se sorprenda al imputado en ninguna de las fases o dimensiones del juicio porque, en este caso, se estaría afectando su posibilidad de ejercer adecuadamente el derecho de defensa”⁸.-

Esta forma de interpretar el principio también fue seguida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el fallo Ramírez, Fermín c/Guatemala⁹, del 20 de junio de 2005, en tanto resolvió que la “legislación penal (guatemalteca) contempla mecanismos diseñados para garantizar el derecho de defensa de los procesados cuando de la prueba producida o del debate oral se desprendan hechos o circunstancias nuevas que no hubieran sido mencionadas en la acusación, a fin de que no se sorprenda al acusado.

El denominador común de estas tres definiciones está dado por la sorpresa que debe evitarse en la tramitación del juicio, con independencia de las cuestiones de hecho y calificaciones jurídicas que resulten de aplicación al caso. Lo que importa analizar es la posibilidad concreta y efectiva que tuvo la defensa de repeler todo “dato” que no le fue puesto en su conocimiento, cualquiera sea la entidad que adquiriera ese “dato”. La elección de este último término no es casual. Maier lo utiliza y su acierto es notorio, puesto que sintetiza con él la idea exacta de aquello que

⁷ Maier, Julio B., Derecho Procesal Penal Argentino, Tomo I, vol. B, Ed. Hammurabi, pág. 336.

⁸ Binder, Alberto, “Introducción al derecho procesal penal”, Editorial Ad Hoc, 2ª., edición, Bs.As., 2005, pág. 163.-

⁹ En relación a este fallo, cfr. ARNAUDO, Luis A. “El principio de congruencia en la jurisprudencia de la CIDH. El caso ‘Fermín Ramírez’” en El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos, Pastor, Daniel, (dir.), Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 63-90.

integra la acusación y que es relevante en ella. El diccionario define al vocablo, en su primera acepción, como: "noticia de un detalle o circunstancia que sirve para ayudar a formar idea de un asunto"¹⁰.

Es decir todo aquello que sirvió de "idea" para que el fiscal forme su alegato, debe ser puesto en conocimiento de la defensa, para que ésta puede ejercitar su actividad de resistir la acusación.

En los juicios adversariales, donde imperan reglas de litigio afines al rol estratégico que deben perseguir las partes, la violación al principio de congruencia se detecta con mayor facilidad, porque el desnivel opera en un equilibrio que las partes asumen con mejor naturalidad, a diferencia de los sistemas inquisitivos, donde la verticalidad y el afán de descubrir la real verdad de lo acontecido afectan la imparcialidad del juzgador.

Baytelman y Duce señalan que la teoría del caso es, por sobre todas las cosas, un punto de vista¹¹. La acusación fiscal, con su teoría del caso, debe formar una idea desde la simple lógica, y con fin persuasivo, sobre su pretensión.

Los autores enseñan que los litigantes deben construir un relato y que éste, que se conforma de proposiciones fácticas que resultan afirmaciones de hecho respecto del caso concreto y formuladas en lenguaje corriente, debe ser persuasivo y remitir, a su vez, a teorías jurídicas, entendidas éstas como proposiciones abstractas y generales que buscan un correlato en la realidad de los casos a los que se las pretende aplicar¹².

¹⁰ María Moliner, Diccionario de Uso del Español, Gredos, Madrid, Primera Edición, 1994.-

¹¹ Baytelman, Andrés A. Y Duce, Mauricio J., "Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba", Universidad Diego Portales, pág.97.-

¹² Cftar: op., cit., pág 84.-

Pero la prueba, no habla por sí sola. El alegato, también es el "armado del rompecabezas" que se ha construido a través de la prueba, y ésta "está llena de detalles, inconsistencias, concordancias, versiones y matices que arrojan diversos elementos para valorarla y para que, a partir de dicha valoración, los jueces construyan el otro relato que servirá de base a la sentencia.

Este alegato, que es un juicio unitario, imposible de ser desmembrado en "cuestiones de hecho y calificaciones jurídicas"¹³, conforma un todo, en el que se incluye, claro está, la interpretación que se efectúa de la prueba.

Los jueces al fallar de esta manera introdujeron un dato en la sentencia, ajeno al debate. Es decir, se formaron una "idea", partiendo de elementos que el fiscal no integró en la acusación. La sentencia, con lógica interna, detalla los motivos por los cuales "el producto irritante" no puede ser considerado arma civil, lo que puede ser correcto, pero sobrepasa el límite impuesto por

¹³ Salvatote Satta enseñaba que: "la casación es juez del derecho, queriendo excluirse con ello que la misma sea juez del hecho. Se contraponen así el juicio de hecho al juicio de derecho. "Racionalmente, la contraposición no es justificable, porque el juicio es esencialmente unitario. Hecho y derecho, se puede precisar, no existen en el juicio como datos externos o categorías abstractas: en el proceso, el hecho se presenta como afirmación, de un lado, como juicio, de otro; de manera que hecho y juicio de hecho vienen a coincidir". En realidad, esta imposibilidad de separación se sustenta en la lógica y congruencia interna del decisorio. Y siguiendo la misma doctrina, la lógica está dada por todas las reglas que constituyen el proceso y a las cuales el juez debe ser fiel; de aquí la aparente incontrolabilidad del juicio de hecho, porque en realidad el control se ejercita *sub specie juris* sobre su lógica, y sólo en cuanto sea respetada en todo caso la lógica, esto es el proceso, la opción puede considerarse legítima. "Cftar: "Manual de Derecho Procesal Civil" V.I, editorial EJE, 1972, pág, 462/463, citado en "principio de congruencia en el proceso penal. Reglas Aplicables", Ángela Ester Ledesma.

La Corte Suprema de Justicia, en el fallo "Casal" (20/09/05) también asumió este criterio.

la controversia que fijaron las partes, al resolver que ese mismo producto irritante es un arma, de acuerdo con una interpretación propia que los sentenciantes realizaron de ese vocablo. Esta actividad les está vedada porque se han formado una idea del caso, han introducido un "dato" por el que no fueron llamados a fallar. En suma, crearon una propia teoría del caso.

El Fiscal optó por acudir a la Ley Nacional de Armas y Explosivos para calificar "al producto irritante como arma". Esto no es erróneo ni acertado; es estratégico, porque la ley tiene, entre otras cosas, la finalidad de designar el universo de cosas que se reputarán armas; por tanto, la defensa debe repeler la acusación integrada en estos términos, pues la justificación de la agravante del delito de robo con armas está dada precisamente por el mayor peligro que importa la utilización de tales elementos ¹⁴. El Fiscal, al sostener que el "producto irritante" es un arma civil, está asumiendo una estrategia, propia de su función, que consiste en acudir a una herramienta legal que defina al objeto, cuya existencia, uso y finalidad desea probar. De esta manera se evita de justificar el mayor poder de ofensa que implica la utilización de un "liquido irritante", dado que la discusión, al catalogarse el objeto como "arma" (en sentido propio), queda agotada, puesto que éstas tienen como uso exclusivo dañar o herir; a diferencia de un destornillador, que puede cumplir la misma función, pero que fue ideado, para un rol distinto.

¹⁴ La agravación del robo por el uso de armas se justificó, desde siempre, en función de dos argumentos centrales: a) El mayor poder intimidante que se ejerce sobre la víctima al esgrimir un arma, lo que disminuye sus posibilidades de defensa, y b) el mayor peligro que constituye para la vida o para la integridad física el sujeto pasivo la utilización de un arma por parte del agente. (Cftar: Creus, Carlos, "Derecho Penal, Parte Especial, t. I, 5ed. Actualizada, 1° reimpresión, Ed. Astrea., Bs.As, 1996, pág. 459.

Sostener que el líquido irritante es un arma impropia, hubiera sido otra estrategia, también aceptable, pero también habría importado otra teoría del caso, pues las proposiciones fácticas y jurídicas, y sobre todo la prueba que la parte hubiera producido, hubiera estado orientada a otro fin.

En este contexto, interesa señalar que además, no existe consenso en la jurisprudencia y la doctrina sobre la categoría de "arma impropia". Esta circunstancia, refuerza la conclusión que aquí se sostiene en cuanto a que debió darse la posibilidad a la defensa de que debatiera sobre el punto.

El ejercicio de la debida defensa, entendido como la posibilidad de resistir razonablemente la acusación, tendió a demostrar que ese objeto descrito por la víctima no es un arma, porque no está encuadrado en la ley. Así quedo trabado el litigio en lo que respecta a la posible aplicación de la figura agravada. El Fiscal sostiene que ese producto es un arma porque lo dice la ley, la defensa niega ese encuadre. El juez no puede apartarse de esta disputa. Cualquier elemento novedoso que introduce quiebra el sano equilibrio que debe prevalecer en este caso. El juez no puede trascender este límite, aduciendo una verdad que le aparece revelada. La verdad no está en cabeza de los sentenciantes, la verdad se construye con los relatos que introducen las parte, y pese a que esto se ha escrito infinidad de veces, los jueces aún, tiñen de parcialidad sus decisiones, al formarse una idea sobre una prueba que es determinante en la aplicación de un agravante, que no les fue presentada por las partes.¹⁵

¹⁵ Los sistemas inquisitivos y adversariales han manejado distintos criterios de verdad. También la prueba ha sido objeto de enfoques disímiles. No es materia de esta nota profundizar este campo, que es vastísimo, pero ciertamente, aquí habría que buscar las razones por las cuales los jueces, aún siguen ignorando el valor de la prueba cuando es del ejercicio contradictorio de las partes en el proceso.-

¿Le era exigible a la defensa contar con una teoría que demostrase que “el producto irritante” no aumentó el poder ofensivo de la víctima? La respuesta, a mi juicio, es negativa, porque esta es una elaboración conformada por proposiciones fácticas y teorías jurídicas, distintas de las que planteó el Fiscal.

CONCLUSIONES:

La bilateralidad en el proceso se manifiesta no solo en la fijación del objeto, sino en la producción probatoria. Esto significa, que ambas partes elaboran una teoría del caso en función de la prueba que producen, con base en proposiciones fácticas y jurídicas concretas. Cuando uno de estos estamentos resulta modificado, la “idea” que se produce del caso muta, y si la modificación es brusca puede importar una sorpresa para la defensa. De otro modo no se explica la exigencia, en la acusación de calificar jurídicamente los hechos. Esta exigencia está dada precisamente para orientar la actividad defensiva de la contraparte. Alberto Bovino expresamente señala que: “lo relevante, a nuestro juicio, es que en la medida en que las reglas jurídicas que el tribunal aplica a los distintos aspectos del caso no hayan sido debatidas y no se haya permitido a la defensa alegar sobre tales cuestiones, la situación de indefensión puede resultar prácticamente idéntica a la del cambio sorpresivo de calificación jurídica”¹⁶.

¹⁶ ver: “Principio de Congruencia, Derecho de defensa y Calificación Jurídica. Doctrina de la Corte Interamericana” en Revista de Derecho Procesal Penal, 2006-1, Rubinzal Culzoni Editores.-

