



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

“L _ , Germán Matías s/incidente de recurso extraordinario”

CCC 27738/2011/TO1/1/1/RH1

Suprema Corte:

I

La Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, por mayoría, hizo lugar al recurso de casación de la defensa de Germán Matías L _ y dejó sin efecto la aplicación de las agravantes previstas en el artículo 166, inciso 2º, primer y último párrafo, del Código Penal, recalificó el hecho por el que el nombrado había sido condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 9 como robo simple, y reenvió las actuaciones para que se fije un nuevo *quantum* punitivo.

Contra esa sentencia interpuso recurso extraordinario la fiscal general, que fue declarado inadmisibile y dio origen a la presente queja (fs. 45/55, 56 y 51/61).

II

El primer voto de la sentencia recurrida, con relación al hierro usado durante el robo —que motivó la imposición de la agravante prevista en el artículo 166, inciso 2º, primer párrafo, del Código Penal— sostuvo que en virtud del principio *in dubio pro reo* no podía calificarse como “arma” porque, además del elenco convencional de armas, sólo ingresan en el tipo penal aquellos elementos que por sus características y modo de empleo son contundentes, sea por su capacidad de golpear o magullar o de producir una gran impresión en el ánimo. En ese sentido consideró que los damnificados no abundaron en precisiones sobre las características del “fierro” utilizado y sobre la manera en que fue exhibido para atemorizarlos; que tampoco se secuestró el objeto ni en el cuerpo de las víctimas se constataron lesiones; en definitiva, que no se acreditó aquel requisito y sólo fue un artilugio destinado a intimidar, supuesto abarcado por el tipo básico (artículo 164 del Código Penal).

Respecto de la agravante del robo por haber sido cometido con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse de ningún modo por acreditada (artículo 166, inc. 2º, último párrafo, del Código Penal), estimó que la figura era inconstitucional por resultar lesiva de los principios de legalidad, reserva y culpabilidad por el hecho y avanzar sobre las autonomías provinciales.

El segundo voto coincidió con el anterior en que el tribunal de juicio aplicó erróneamente la agravante “arma” en tanto no se acreditó cuáles eran las características del “fierro” ni se especificó la forma en que fue utilizado. De igual modo, consideró insuficiente la prueba para aplicar el artículo 166, inciso 2º, último párrafo, del código de fondo, porque no se secuestró el instrumento y, consecuentemente, no fue posible conocer si era un arma de fuego de acuerdo al decreto ley 395/75 y a la ley 20.429; tampoco si estaba vacía o cargada con proyectiles que la convirtieran en apta para el disparo. Sostuvo que los dichos de los testigos no fueron útiles para distinguir si se trataba de un revólver o pistola verdadera, de utilería o de juguete. Por lo demás, adujo que la sola afirmación de aquéllos en punto a que se trató de un arma, que no describieron, era insuficiente para imponer la agravante en cuestión y que ese criterio extensivo soslayaría la efectiva afectación del bien jurídico con lesión de los principios de lesividad e *in dubio pro reo*. Puso de resalto que las víctimas no dijeron que fue usada como objeto contundente sino que sólo fue blandida.

Por su parte, el último voto adhirió al primero en cuanto a que la prueba impedía categorizar normativamente como arma al hierro utilizado, pero disintió respecto de la agravante prevista en el artículo 166, inciso 2º, último párrafo, del código sustantivo, figura a la que juzgó constitucional y tácitamente única aplicable al caso.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

“L _ , Germán Matías s/incidente de recurso extraordinario”

CCC 27738/2011/TO1/1/1/RH1

III

En su recurso extraordinario la fiscal general fundó su agravio en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia.

Planteó que en el hecho se utilizaron dos elementos que aumentaron el poder vulnerante del sujeto activo y el estado de indefensión de las víctimas y, no obstante, como consecuencia de la arbitraria valoración de los elementos de convicción e interpretación del tipo penal, el *a quo* dejó sin efecto la aplicación de las agravantes previstas en el artículo 166, inciso 2º, primer y último párrafo, del Código Penal.

En ese orden señaló que la cámara fragmentó la prueba producida en el debate y requirió del relato de las víctimas precisiones desmedidas pese a que fue contundente y circunstanciado sobre las características de los elementos utilizados por los autores. Refirió que los damnificados declararon que durante el robo emplearon un elemento que les pareció un arma de fuego de color oscuro con la cual le apuntaron a uno de ellos en la cabeza, manifestándole: “que vas a hacer, te quemo”; y que una de las víctimas dijo que era un revólver. También dijeron que fueron amenazados con un hierro y por miedo huyeron.

Respecto de la calificación legal, la recurrente sostuvo que el *a quo* inobservó las reglas de interpretación que indican que se debe adoptar aquella que concilie las normas y deje a todas con valor y efecto y que la inconsecuencia o imprevisión no se suponen en el legislador. En ese sentido, expuso que la reforma de la ley n° 25.882 al artículo 166 del Código Penal incluyó a las armas de utilería, que si bien no tienen la finalidad de atacar o defender, como las armas propias, agravan el robo por su alto poder intimidatorio que aumenta el poder vulnerante del sujeto activo y el estado de indefensión de la víctima. Por ello consideró absurdo excluir aquellos objetos que, además de ese mayor poder intimidatorio, detentan una potencialidad lesiva

que depende del modo en que el autor decida utilizarlos, como sucedió en *sub lite*, en tanto para desapoderar a los damnificados, se los amenazó con un hierro (arma impropia) y a uno de ellos se le apuntó a la cabeza con lo que parecería ser un arma de fuego. Así, y por la doble condición de elementos intimidatorios–lascerantes, postuló que resultaban abarcados por el tipo penal más grave.

Por último, afirmó que se configuró gravedad institucional porque lo resuelto trasciende el interés de las partes al afectar el adecuado desempeño de la función que le compete al Poder Judicial.

IV

V.E. ha señalado que la doctrina de la arbitrariedad es de aplicación restringida, no apta para cubrir las meras discrepancias de las partes respecto de los fundamentos de hecho, prueba y de derecho común y procesal, a través de los cuales los jueces de la causa apoyaron sus decisiones en el ámbito de su jurisdicción excluyente, ni para abrir una tercera instancia para debatir temas no federales (Fallos: 311:1950).

Pero también ha resuelto que si bien las objeciones a las sentencias relativas a las cuestiones de aquella naturaleza son ajenas, por principio, al recurso extraordinario, cabe admitir su procedencia cuando el acto jurisdiccional carece de los requisitos mínimos que lo sustenten válidamente como tal, en razón de arbitrariedad manifiesta derivada del apartamiento de constancias comprobadas de la causa, omisión de tratamiento de cuestiones sustanciales planteadas por las partes y de normativa conducente a la solución del litigio, o cuando media una fundamentación aparente, apoyada sólo en conclusiones de naturaleza dogmática, o inferencias sin sostén jurídico



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

“L. , Germán Matías s/incidente de recurso extraordinario”

CCC 27738/2011/TO1/1/1/RH1

o fáctico, con base en la exclusiva la voluntad de los jueces (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 330:4983).

En mi opinión, en el *sub judice* concurren los supuestos que exceptúan la citada regla.

V

Al ingresar al fondo de los planteos advierto, en primer término y salvo mejor opinión de V.E., que no se reunió mayoría en torno a la agravante del robo por haber sido cometido con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse de ningún modo por acreditada (artículo 166, inc. 2º, último párrafo del Código Penal). Ello es así en tanto el primer voto se expidió por la inconstitucionalidad de la figura, el siguiente propuso dejar sin efecto su imposición por falta de prueba y el último sólo se pronunció a favor de la constitucionalidad. Observo que, en consecuencia, no se verificaría sobre el punto una sustancial coincidencia en los fundamentos, defecto que privaría de sustento al fallo.

En esta materia V.E. ha sostenido en Fallos: 326:2783, con remisión al dictamen de la Procuración General, que la sentencia constituye una unidad lógico jurídica, cuya validez depende no sólo de que la pluralidad convenga en lo atinente a la parte dispositiva, sino que también presente una sustancial coincidencia en los fundamentos que permitan llegar a una conclusión adoptada por la mayoría absoluta de los miembros del tribunal. En el mismo orden, el Tribunal también ha considerado que no obstante que lo referente al modo en que emiten sus votos los jueces de los tribunales colegiados y lo atinente a las formalidades de las sentencias son, como regla, materias ajenas al recurso extraordinario federal, corresponde hacer excepción a ese principio cuando no existe mayoría de opiniones sustancialmente coincidentes

sobre la solución de la cuestión debatida, pues la validez de un fallo depende —como se dijo— no solamente de que la mayoría convenga en la parte dispositiva sino que también exhiba una sustancial coincidencia en los fundamentos (del dictamen de la Procuración General al que la Corte remitió en Fallos: 338:1335).

Sin perjuicio de lo expuesto, que determinaría la nulidad de la sentencia impugnada, estimo que resulta arbitraria la interpretación que se postula en el segundo voto, que reputó constitucional la agravante referida (artículo 166, inc. 2º, último párrafo, del Código Penal) y sostuvo que no era aplicable pues debido a su falta de secuestro no pudo establecerse si el arma era de fuego en los términos de la ley 20.429, si estaba vacía o cargada con proyectiles que la convirtieran en apta para el disparo, o era de utilería o de juguete.

Tal inteligencia de la norma desatiende la doctrina de Fallos: 319:209. Allí se había descartado la agravante robo con armas (artículo 166, inc. 2º, del Código Penal previo a la reforma de la ley 25.882) porque no se demostró su idoneidad por falta de secuestro y tampoco los testigos habían efectuado una descripción de aquélla en sentido legal. En esa ocasión consideró el Tribunal que exigirle a la acusación, que probó su existencia, la demostración de la idoneidad del arma, significaría que la agravante pudiese ser aplicada solamente en aquellos casos de flagrancia o cuando se hubiesen efectuado disparos con lo cual se desvirtuaría el sentido de la figura del artículo 166, inciso 2º, del Código Penal (confr. doctrina de Fallos: 311:2548). Ese criterio fue reiterado en Fallos: 325:2516, 327:1552 y 329:1480.

Si para acreditar la idoneidad del arma de fuego no es dirimente la realización de un peritaje, y aun cuando no haya podido efectuarse por falta de secuestro, otros elementos de convicción pueden resultar suficientes para demostrar el extremo, entonces no resulta descalificable que, a partir de la descripción de las víctimas, el tri-



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

“L..., Germán Matías s/incidente de recurso extraordinario”

CCC 27738/2011/TO1/1/1/RH1

bunal de juicio tuviera por probado que se usó un arma de fuego durante el robo y ante la incertidumbre sobre su aptitud para el disparo, subsumiera al hecho en el artículo 166, inciso 2°, último párrafo, del código de fondo.

Cabe recordar que Agustina G... declaró que uno de los asaltantes “le pone un arma a la cabeza de mi amigo” y aunque dijo que no entendía de armas, señaló que se trataba de un revólver (fs. 8 vta.) y que Pablo V... expuso que “le apuntaron un arma oscura” y que cuando les preguntó: “¿qué hacés?”, ellos le contestaron “¿qué vas a hacer?, te quemó” (fs. 9 vta.).

Ese supuesto de hecho encuadra sin esfuerzo en el tipo penal, toda vez las víctimas refirieron el uso de un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse de ningún modo por acreditada, ni a través de un peritaje o por algún otro medio de prueba.

La reforma introducida por la ley 25.882 buscó precisamente captar la situación del *sub judice*. En el mensaje que acompañó al proyecto el Poder Ejecutivo Nacional –en lo que aquí interesa– expuso que el agregado del tercer párrafo al inciso 2° del artículo 166, remedia un vacío legal, convirtiéndose en robo calificado los casos de la doctrina derivada del plenario “Costa” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, y sigue “la más moderna –y más amplia– interpretación sostenida sobre la cuestión por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de que el uso de un arma de fuego idónea pudiera probarse por elementos de juicio, indicios y derivaciones lógicas de pura y sana crítica, alternativos a los estrictos caminos establecidos en el histórico plenario”.

En el debate parlamentario, el senador Agúndez se expresó en sentido concordante con el mensaje y, por su parte, el diputado Damiani dijo que: “Hay muchos hechos donde ni siquiera se secuestra el arma pero por otros medios de prueba que-

da claro que se utilizó un arma; lo que no queda claro es si ésta funcionaba o no. Esto desató discusiones jurisprudenciales interminables. La voluntad del legislador es establecer una escala penal que va de tres a diez 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.”

Si bien en el *sub judice* la falta de acreditación de la aptitud para el disparo impide afirmar que la integridad física de las víctimas corrió peligro y consecuentemente calificar al robo a tenor de la figura más grave prevista en el artículo 166, inciso 2º, segundo párrafo, del Código Penal, a raíz del uso del arma la intimidación sufrida por los damnificados fue mayor que la requerida por el tipo básico (artículo 164 del Código Penal), lo cual fundamenta la imposición de la agravante del último párrafo de aquella norma.

De ese modo, en mi opinión, deviene arbitraria la exégesis sostenida en el voto analizado. En ese orden, V.E. ha establecido si no se cuestiona la interpretación de una disposición de derecho común, sino que se aduce su aplicación inadecuada que desvirtúa y vuelve inoperante la norma, lo que equivale a decidir en contra o con prescindencia de sus términos, el recurso extraordinario por arbitrariedad resulta procedente (Fallos: 295:606, 301:108, 306:1242, 310:927, 311:2548, 323:192, 324:547, 330:2140 entre otros).

VI

Por otra parte, el *a quo* sostuvo que el “fierro” usado durante el robo no podía calificarse como “arma” porque no se acreditó que fuera contundente sea por su



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

“L _ , Germán Matías s/incidente de recurso extraordinario”

CCC 27738/2011/TO1/1/1/RH1

capacidad de golpear o magullar o de producir una gran impresión en el ánimo, debido a que los damnificados no abundaron en precisiones sobre sus características o sobre el modo en que fue exhibido para atemorizarlos. La fiscal recurrente afirmó que el relato de las víctimas fue rotundo y circunstanciado sobre los elementos utilizados durante el robo y calificó de desmedidas –y por ende arbitrarias– a las precisiones requeridas por el tribunal.

Si bien la cuestión remite a la apreciación de la prueba que es facultad de los jueces de la causa y por regla no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria, en el precedente de Fallos: 314:787, entre muchos otros, el Tribunal consideró que no es óbice para que conozca en los casos cuyas particularidades hacen excepción a ella con base en la doctrina de la arbitrariedad.

En el *sub lite*, se acreditó este último supuesto, porque la apreciación efectuada en la sentencia excedió el límite de razonabilidad a que está subordinada la valoración de la prueba (Fallos: 314:174). Entiendo que se verificó la situación opuesta a la examinada en Fallos: 305:85 donde el Tribunal consideró que la cuestión era ajena a la instancia del artículo 14 de la ley 48 en tanto el *a quo*, al analizar las declaraciones de los testigos, había hecho una interpretación posible de sus dichos, llegando a la conclusión sin incurrir en la arbitrariedad.

Cabe recordar que en el caso de autos Agustina G _ declaró que uno de los asaltantes puso un arma en la cabeza de su amigo, mientras que el otro, que tenía un fierro en la mano le sacó las bolsas con las compras (fs. 8 vta.) y Pablo V _ dijo que “tenían un arma y un fierro... le apuntaron un arma oscura y lo amenazaron con un fierro que sacaron de debajo de la manga” (fs. 9 vta.).

La procedencia de la agravante prevista en el artículo 166, inciso 2°, párrafo primero, es lógica consecuencia del relato efectuado por las víctimas.

En efecto, el robo agravado por su comisión con armas, propias o impropias, se funda en el mayor poder intimidante del sujeto activo y el peligro real de la víctima, condiciones ínsitas en el hecho descripto por los damnificados, y requiere que aquéllas se hayan utilizado en una acción violenta o intimidatoria para evitar o doblegar su resistencia, v.gr., como en el *sub lite*, blandiéndola o mostrándola en forma significativa.

Por ello considero, también en este aspecto, que la apelación federal deducida es admisible toda vez que el pronunciamiento impugnado se aparta del principio que exige sean fundados y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 342:1372).

VII

En definitiva, opino que V.E. debe hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto, revocar la sentencia y ordenar el dictado de una nueva con arreglo a derecho.

Buenos Aires, 14 de febrero de 2020.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL



ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación