

Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

I

La Sala Tercera de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional del departamento judicial de San Isidro, el 7 de octubre de 1996, confirmó, en lo que aquí interesa, la condena a dos años de prisión en suspenso impuesta a Moira Virginia Santander Kohler, como coautora del delito de robo simple cometido en perjuicio de Víctor Manuel Ojeda y Raquel Itatí De Luca (fs. 197/203 y 235/241).

Por su parte, ante el recurso de inaplicabilidad de ley articulado por el fiscal, la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires revocó dicho pronunciamiento y calificó el hecho como constitutivo del delito de robo agravado por el uso de armas, razón por la cual dispuso el reenvío de las actuaciones a la instancia de origen para que se gradúe la pena a imponer a la encausada y a su consorte de causa. Para arribar a ese temperamento, sucintamente sus integrantes concluyeron por los fundamentos que cada uno invoca, que encontrándose demostrado en autos el empleo de un arma de fuego resultaba ociosa toda discusión en torno a la necesidad de acreditar su funcionamiento o poder ofensivo, en la medida que tal exigencia no se encuentra contemplada en el artículo 166, inciso 2º, del Código Penal (fs. 277/289).

Contra esa decisión, la imputada interpuso recurso extraordinario, que fue concedido por las razones que lucen a fojas 351/352.

II

En su escrito de fojas 318/326, la recurrente tacha de arbitrario el fallo por falta de motivación respecto de la calificación legal del hecho pues, luego de transcurridos ocho

años desde la condena en primera instancia y como consecuencia del criterio sentado a partir del 2 de mayo de 2002 en el caso "Manoso, Miguel F. s/robo agravado", se realizó una interpretación del concepto de arma previsto en el inciso 2° del artículo 166 del Código Penal, en contradicción con la jurisprudencia elaborada hasta ese momento por el Alto Tribunal provincial, sustentada en la corriente doctrinaria más benigna -denominada objetiva- según la cual, para aplicar dicha figura resultaba indispensable acreditar la aptitud de funcionamiento del arma de fuego utilizada y que estuviera cargada en el momento de su empleo, toda vez que la razón de la agravante era el peligro personal corrido por la víctima.

Cabe poner de resalto que en el caso esta circunstancia no pudo corroborarse como consecuencia de haberse decretado la nulidad de la pericia de fojas 9, por las razones vertidas en la sentencia de fojas 197/203 (considerando tercero).

Afirma la apelante que la irregularidad que se verifica en el caso al no haberse decidido en tiempo oportuno la apelación del fiscal, implicó que el proceso "... fue literalmente cajoneado durante ocho años para aguardar en forma evidente el surgimiento de una nueva tesis por parte de los miembros de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires..." (fs. 320). Agrega que de no haber existido esa dilación se habría mantenido la calificación legal de primera y segunda instancia, coincidente con el criterio vertido por dicho tribunal en numerosos precedentes de esa época que cita a tal efecto.

Concluye que al pronunciarse el a quo en la forma que lo hizo y con una demora no acorde con la complejidad que presentaba el proceso judicial, se comprometió en forma arbitraria e irrazonable su libertad y configuró, por ende, una

Procuración General de la Nación

manifiesta gravedad institucional, al conculcar las garantías constitucionales del debido proceso, defensa en juicio y el derecho que tiene todo imputado a obtener una rápida y eficaz decisión judicial (arts. 18 y 75, inciso 22°, y art. 14.3.c. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

III

Se infiere de lo expuesto, que el reproche contra el fallo apunta, en definitiva, a hacer prevalecer un determinado criterio jurisprudencial que emerge de la reiterada discusión en torno a determinar si el artículo 166, inciso 2°, del Código Penal exige acreditar la aptitud de funcionamiento del arma empleada, aspecto al que V.E. ya consideró de derecho común y opinable en coincidencia con el criterio de esta Procuración General (Fallos: 325:2516; 326:4519 y 327:1552), con fundamento, en este último precedente, en el criterio sentado en Fallos: 311:2548, considerando 6°, al referirse sobre si el mencionado tipo penal requería la utilización de un arma cargada, extremo cuya acreditación en autos no discute la imputada ni su asistencia técnica, así como tampoco su utilización en el hecho que se le reprocha.

Cabe advertir que con sustento en dicha doctrina, la Corte también se ha pronunciado en igual sentido y concordemente con lo dictaminado por esta Procuración General acerca de la controversia sobre la necesidad de determinar la capacidad ofensiva del arma utilizada, incluso en diversos casos donde el máximo tribunal de justicia bonaerense otorgó a aquella norma una exégesis y alcance acorde con la pretendida por la recurrente (Fallos: 319:209; causas D.579, XXXVII "Díaz, José A. s/robo calificado", resuelta el 20 de marzo de 2003; J. 182, XXXVIII "Joaquín, Cristian A. y otro s/robo

calificado", resuelta el 8 de julio de 2003; y R. 1972, XXXVIII "Rohor, Marcelo Daniel s/robo calificado, resuelta el 1 de septiembre de 2003).

En tales condiciones, en la medida que no se advierte que las razones brindadas por el a quo acerca de la interpretación que le asignó a dicho precepto legal excedan el marco de la interpretaciones posibles que involucra el caso, el análisis de esa cuestión en esta instancia resulta ajena a la competencia de V.E. cuando conoce por vía extraordinaria, toda vez que no va más allá de los límites propios del derecho común (Fallos: 292:564; 294:331; 301:909; 302:961, entre otros).

Tampoco puede prosperar la alegación de carácter constitucional que realiza la recurrente, de considerar que al momento de pronunciarse el máximo tribunal provincial el plazo de duración del proceso había devenido irrazonable. Pienso que ello es así, pues el agravio invocado en esas condiciones se muestra más bien como una reflexión condicionada al resultado adverso del fallo y no como consecuencia del prolongado tiempo que habría demandado la revisión del pronunciamiento de segunda instancia.

En efecto, si se tiene en cuenta que ya desde la apelación del fiscal resultaba previsible tanto para la imputada como para su defensa la posibilidad de un criterio como el que se intenta impugnar, sobre todo si se repara en que la mayoría de los magistrados de la Suprema Corte bonaerense se remitieron a las opiniones vertidas con anterioridad en diversos precedentes, incluso, algunos de ellos anteriores a la condena resuelta en autos (confr. voto del doctor Negri), no se alcanza a comprender, ni menos aún llega a demostrar la recurrente, los motivos que la llevaron a afirmar literalmente que el proceso fue demorado durante ocho años para aguardar en forma evidente

Procuración General de la Nación

el surgimiento de una nueva tesis (fs. 320).

Por lo demás, toda vez que los jueces sólo deciden en los procesos concretos que le son sometidos a su conocimiento, resulta un razonamiento basado estrictamente en una mera conjetura afirmar que la mora en la que incurrió el a quo impidió aplicar la jurisprudencia que considera correcta para la solución del caso, sin admitir la posibilidad de su modificación por el mismo tribunal, aspecto cuya discusión, cabe recordar, no habilita la instancia del artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 295:311; 301:970; 302:1491; 305:2073; 324:2366, entre otros).

En consecuencia, entiendo que la crítica de la recurrente se reduce a una mera discrepancia acerca de un aspecto que, reitero, por naturaleza resulta ajeno a esta vía de excepción, sin que se aprecie que la interpretación asignada a la norma de derecho común y su aplicación al caso resulte manifiestamente inadecuada o irrazonable, ni menos aún, que el pronunciamiento adolezca en este aspecto de una decisiva carencia de fundamentación.

Por último, considero también que cabe desestimar la alegada existencia de gravedad institucional, desde que dicha doctrina excepcional sólo faculta a la Corte a prescindir de ciertos requisitos formales pero no a suplir de la inexistencia de cuestión federal (Fallos: 318:2611; disidencia del doctor Fayt; 325:2534; 326:183), requisito ausente en el caso.

IV

Sin perjuicio de lo expuesto y a riesgo de exceder el marco de este dictamen, entiendo que la referida discusión doctrinaria y jurisprudencial ha quedado resuelta con la reciente modificación introducida en el referido inciso 2° -úl-

timo párrafo- del artículo 166 del Código Penal por la ley 25.882 (ver Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional 1174, del 3 de diciembre de 2003, Antecedentes Parlamentarios-Mayo 2004, N° 4, Editorial La Ley, Buenos Aires, páginas 815/817), pues se arriba al mismo temperamento adoptado por el a quo, al quedar comprendidas dentro de dicha agravante -aunque con una escala penal menos gravosa- aquellas armas de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo acreditada.

Siendo esta la situación que se presenta en el sub júdice, y al resultar posterior al remedio federal articulado en autos la citada reforma introducida por dicha ley (publicada en el Boletín Oficial el 26 de abril de 2004), no cabe duda que en estas condiciones se encuentra justificada la intervención de V.E., aún de oficio, para que se resuelva el caso conforme con la nueva escala penal prevista en la norma en cuestión, pues lo contrario importaría vulnerar el principio de ley penal más benigna cuyos efectos, según lo ha señalado reiteradamente, operan de pleno derecho (Fallos: 281:297; 296:466 y 321:3160).

V

Por ello, opino que corresponde revocar la sentencia apelada por los motivos y con el alcance expuesto en el apartado IV que antecede.

Buenos Aires, 23 de abril de 2008

Es copia fiel

Eduardo Ezequiel Casal