En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 28 días del mes de agosto del año dos mil siete, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los doctores Juan Pedro Cortelezzi, Jorge Pfleger y Alejandro Javier Panizzi, con la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados “A, A A s/ Robo agravado por el uso de arma” (Expediente 20.717 - A - 2006).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 197: Pfleger, Panizzi y Cortelezzi.

El Juez Jorge Pfleger dijo:

I. Ha venido a consideración de esta Sala la sentencia emitida por la Cámara Primera en lo Criminal de Comodoro Rivadavia, que el día 26 de septiembre del año dos mil seis condenó a A A A a la pena de siete años de prisión accesorias legales y costas del proceso (arts. 12 y 29 inc. 3ro. del Código Penal), por considerarlo coautor responsable del delito de robo agravado por el uso de arma en concurso real con robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para disparo no pudo ser acreditada, en grado de tentativa (arts. 42, 45,55 y 166 inciso 2do, último párrafo de C.P.) en relación con los hechos ocurridos en la ciudad sede del Tribunal de sentencia el día 10 de septiembre de 2005, en perjuicio del Sr. R C (causa Nro. 19/06) y el día 25 de septiembre de 2005, en perjuicio de M M (causa nº 66/06).

En su perjuicio de ella el señor Defensor Público General, Eduardo Marcelo Cerda, dedujo casación que, formalmente aceptada, recaló ante estos estrados.

El agravio del recurrente fue parcial en lo que atañe al contenido de la sentencia, pues, en el escrito que está adosado en el folio numerado 145/8 el impugnante denunció errónea aplicación de la ley sustantiva (artículo 415, incisos 1º del Código Procesal Penal) en lo que concernía a la calificación dada al hecho del 10 de septiembre de 2005, cuya realidad histórica acepto.

En efecto, en su presentación, el letrado a cargo de la defensa aceptó la existencia del hecho al que dio por probado, y centró su crítica, de modo exclusivo, a la ponderación que el tribunal de mérito hizo respecto del arma utilizada en la ocasión, en la medida en que consideró que no se había probado que se tratara, el objeto con apariencia de cuchillo, de un arma en los términos exigidos por la norma prohibitiva aplicada para condenar.

Sostuvo que al no haberse secuestrado el cuchillo en cuestión no pudo probarse que efectivamente se tratara de un arma blanca, porque bien pudo ser un cuchillo de utilería o de juguete, criticando así el razonamiento de los señores jueces al predicar en contrario.

Puso de relieve que no fue comprobado de modo irrefutable la peligrosidad concreta del elemento que portaba su asistido, para la integridad física de la víctima siendo este un elemento capital de la figura penal escogida, pues no comprobada de "... modo irrefutable la peligrosidad concreta del elemento que portaba mi asistido, para la integridad física de la víctima reconocida categóricamente por el doctor Montenovo: "Sin perjuicio de no haberse demostrado si el "filo" del instrumento era lo suficientemente apto para dañar", la duda lo beneficia y el encuadre típico decidido luce entonces desproporcionado..."

Habló, renglón seguido, de la capacidad intimidante de una réplica de un cuchillo de cocina y luego de varias consideraciones acerca de la razón de la agravante culminó en que, si no se probó indiscutiblemente la ofensividad de un arma de fuego, la intimidación sería mayor y tal circunstancia podría válidamente evaluarse al momento de valorar la pena a imponer, pero insistió en que la ausencia de prueba impedía circunscribir la conducta de su asistido en la del robo mediando el uso de armas (art. 166 párrafo 2do. del C.P.).

Citó jurisprudencia que a su parecer avalaba la posición que sostuvo y culminó, en la solicitud que, en la instancia, se procediera a casar la sentencia criticada y se resolviera de acuerdo a la ley penal adecuada –art. 428 del C.P.P.- calificando la conducta de su asistido como robo con arma de utilería, descripta en el artículo 166 inciso 2º último párrafo del Código Penal; conformando así un concurso real con la calificación de robo con arma cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada, en grado de tentativa, de la causa Nro. 66/06, ajustando la escala punitiva al mínimo del nuevo concurso real.

II. El hecho que fue objeto del debate, en lo que interesa a la impugnación, fue aquel que consignó el requerimiento fiscal de elevación a juicio, que en su parte pertinente estableció como hipótesis: "... el día 10 de septiembre de 2005, aproximadamente a las 21:30 hs. el imputado A A A ingresó al local comercial "L A" ubicado en calle P nº *** de Bo. L, de esta ciudad (por Comodoro Rivadavia), en el interior, A, empuñando un cuchillo tipo carnicero, mango de madera y hoja larga, le solicitó al propietario R C la entrega de dinero. Ante la negativa de C, A se dirigió a la caja registradora y sustrajo la suma aproximada de $400 pesos, discriminada en cuatro billetes de $ 50 y el resto billetes de $ 20, 10 y 5 y cambio, y cuatro atados de cigarrillos, siendo reconocido por la víctima por ser vecino y cliente del local, diciéndole A a C que si lo denunciaba lo iba a "cagar matando", dándose a la fuga...".

A fs. 195/vta. presentó sus notas el señor Procurador General, doctor Eduardo Samamé y a fs. 186/7 vta. hizo lo propio, ampliando fundamentos, el señor Defensor General, doctor Arnaldo H. Barone.

III. Formulada la semblanza del caso mediante la exposición del dispositivo de la sentencia, del contenido del recurso y de lo que fue materia de imputación al respecto, pondré manos a la obra y en ese sentido dejaré sentado, en primer término, que el examen del caso se

hará bajo los cánones del precedente “Casal” que, emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, consagró la teoría del “máximo rendimiento” o de “máxima capacidad de rendimiento” en la revisión de la condena estimulada por la defensa. Ello se traduce en que el Tribunal que interviene posee respecto de los hechos sometidos a su control las más amplias facultades, con el solo límite de lo que es propio de la inmediación y, naturalmente, del marco dado por el recurso. (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N, 8.2. h. de la CADH y 14. 5 del PIDCP.).

IV. Señalaré, como segundo punto, que la ausencia de polémica acerca del hecho nos conduce a realizar un control mínimo acerca de los argumentos utilizados para su fijación.

En ese sentido digo que el “a quo” ha reconstruido los acontecimientos históricos con propiedad, analizando la prueba producida en el debate con apego a las reglas de la sana crítica, confeccionando, cada uno de los jueces que votaron, un argumento razonable en punto a esa tópica.

Zanjada esta porción del examen, me permito adelantar que, a mi parecer, ha sido correcto el encuadramiento del episodio efectuado en la sentencia, y que por ello habré de propiciar que la condena sea validada en todos sus términos.

Veamos.

Comenzando a razonar sobre la categoría “arma” diré que -como lo he sostenido en otros precedentes- creo en la imposibilidad de brindar un concepto natural de arma que sea útil para resolver el universo de casos.

Apoyo todo intento de construir un concepto que sea herramienta capaz de brindar soluciones predecibles y a la vez acorde con una idea de justicia. Y asumo la posición que se inclina por demarcar los límites de “arma” en la idea de que se trata de todo elemento, objeto, medio o máquina o artificio que –teniendo en sí la capacidad para causar daño- sea destinado por el autor, en el caso concreto, para potenciar su capacidad de vulneración respecto del prójimo limitándolo, además, en su capacidad de defenderse o evadirse, desde una perspectiva “ex ante” (ver en particular el caso “Bonina en el que pretendí tratar exhaustivamente el tema).

El tema es que, otra vez, la cuestión radica en si, acaso, la ausencia de secuestro de lo que la sentencia predica como arma constituye un impedimento para reconstruir ideológicamente su existencia y consecuentemente calificar el robo.

Señalo, en primer lugar, que, en el caso de arma de filo, la cuestión, en términos probatorios, resulta más sencilla pues las percepciones, en general, no son equívocas fundamentalmente cuando existe univocidad.

Debe considerarse, desde la empiria, la diferencia que existe entre un arma de fuego y un arma blanca porque, si bien ambas lo son en el sentido propio de la palabra, la primera opera a partir de un mecanismo en general oculto en una carcasa que lo contiene.

Es entonces cómo una replica o un revolver de juguete puede parecer, a los ojos de otro, un arma verdadera sin serlo.

Pero, tratándose de un arma blanca como en el caso, un cuchillo de grandes dimensiones, es altamente improbable que la percepción de los testigos esté distorsionada, al menos en el corriente de los casos.

Digo esto, porque el universo de posibilidades es mayúsculo y nada hace descartar una diferente, que pueda argumentarse como excepción al juicio vertido.

Me permito pensar en que existe significativa diferencia entre la observación a distancia considerable de una pequeña navaja oculta entre los dedos de una mano, que se observe ligeramente por un instante breve, y la contemplación de un gran cuchillo que es esgrimido a poca distancia del observador o de la cara de la víctima, circunstancia que permite advertir con precisión la calidad mineral de la hoja con que fue confeccionado.

Tratándose de un cuchillo, la naturaleza del material con que fue fabricado y su eventual potencialidad dañosa e incluso letal, se encuentran expuestas y pueden, según el caso, ser advertidas perfectamente por los testigos o las víctimas.

Al respecto, se ha dicho en la sentencia que el damnificado refirió en torno del arma que era: “...un cuchillo, tipo carnicero con mango de madera y hoja importante...”.

He examinado la testimonial de M R D quien en la audiencia de debate recordó la declaración de fs. 8, ratificada en el Juzgado y es terminante al aludir a “...un cuchillo de carnicero...” que portaba el sujeto a la sazón, relación que recogió la señora Juez del segundo voto a fs. 125 de su ponencia. También fue citada la testigo C A G quien, conforme la percepción inmediata de la Magistrado, afirmó que “...ella iba entrando al negocio y el chico insultando al kiosquero con un cuchillo en la mano...” e hizo alusión a la descripción de la testigo en relación con las características que presentaba el arma “...al que sólo le ve la hoja...” y que “...casi choca con ella en la puerta...” (todo de lo relacionado en la sentencia y no controvertido).

Debe tomarse en consideración, en todo este contexto, las dimensiones del negocio damnificado y la escasa distancia que mediaba entre el dueño, los ocasionales clientes en escena y el imputado y su conducta.

Estas circunstancias alejan, para mí, toda posibilidad de que los jueces erraran en la apreciación de la prueba motivados en prejuicios o influenciados por testigos que tuvieron una visión distorsionada del fenómeno.

El modo de valorar con libertad la prueba que es propio del ordenamiento que rige el caso no contiene ninguna prohibición que vede certificar la naturaleza del objeto empleado a través de la prueba testimonial, exigiéndose que los jueces expresen su convicción sincera con desarrollo escrito de las razones que llevan a esa conclusión.

Por el contrario, es de su esencia la aversión a toda forma tarifada de valorar, pues será la racionalidad el norte de los jueces que se valdrán de lo que se produzca en el debate, frente al público, para configurarse el pasado con certeza.

Coincido así con los señores Jueces que dieran su veredicto, pues la ausencia de secuestro no se yergue como una circunstancia invalidante para tener por acreditado el uso del cuchillo en el robo, si los tres testigos presenciales no poseen fisuras en la descripción del objeto usado por el autor para lograr el despojo. Esto es así más cuando no se ha dado un argumento serio que permita siquiera atisbar, con grado de probabilidad, que éste objeto fuera de utilería.

Repito, a partir de la libertad probatoria que rige nuestro ordenamiento ritual la aplicación de la agravante del art. 166 inc. 2° del C.P. no está condicionada por la ausencia de secuestro del objeto, pues la percepción de tal elemento a través de los sentidos de los plurales espectadores, uno de ellos la víctima, llenan sobradamente la convicción de quien juzga.

Los jueces de la sentencia han procedido con corrección en la valoración de la prueba, dando razones válidas a su conclusión que ha de ser homologada en toda la línea.

V. Por lo expuesto, corresponde declarar improcedente la casación interpuesta a fs. 145/8, y confirmar la sentencia en crisis.

VI. Intereso a la Sala para que regule los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de un mil pesos ($ 1.000.-) no incluye I.V.A. (C.P.P., artículos 485, 486, 488 y concordantes -Ley 3155- y Ley 2.200, artículo 14 y Ley 4920, artículo 59).

Así me expido y voto.

El Juez Alejandro Javier Panizzi dijo:

I) A fin de no incurrir en tediosas reiteraciones, omitiré repasar puntualmente los antecedentes y los agravios del recurrente, acerca de la decisión impugnada, considerando eficaz la síntesis que se ha realizado en el primer voto.

II) Con el mismo propósito diré, desde ahora, que adhiero totalmente a la solución que remata las reflexiones del colega que votó antes.

Anotó el doctor Pfleger: "... Tratándose de un arma blanca como en el caso, un cuchillo de grandes dimensiones, es altamente improbable que la percepción de los testigos esté distorsionada".

En efecto, la comisión del hecho cuestionado fue con un arma blanca, de la cual, no se requiere prueba de su aptitud para incisión o punzada. Al contrario de lo que ocurre con la capacidad para el disparo en el caso de las armas de fuego.

La idea de que el robo se hubiera cometido con un cuchillo de utilería o de juguete resulta fuera del común modo de obrar. Sería un hecho raro, extraño, desacostumbrado, excesivamente peculiar u original.

Los testigos, como se afirmó en el voto precedente describieron "... Un gran cuchillo que es esgrimido a poca distancia del observador o de la cara de la víctima, circunstancia que permite advertir con precisión la calidad mineral de la hoja con que fue confeccionado". Es decir, se trató de un cuchillo y los jueces de Cámara, razonadamente, admitieron precisamente eso.

No pesó sobre ellos el deber de evacuar la cita del imputado, en cuanto a que el hecho se cometiera con un cuchillo falso, porque no hubo tal cita.

Por ello, el recurso será rechazado.

III) Concuerdo con la regulación de honorarios a la defensa pública que hizo el destacado colega preopinante en el voto que antecede, por lo cual, adhiero a ella en éste (artículos 6, 10, 14, 45 y concordantes del Dto. ley 2200, T.O. 4335; 59 de la Ley 4920, Dto. 1303, B.O. 24/10/02).

Así voto.-

El Juez Cortelezzi dijo:

Con los sufragios coincidentes de los doctores Jorge Pfleger y Alejandro Javier Panizzi, existe mayoría de votos para conformar la voluntad del Superior Tribunal de Justicia; de modo que haré uso de la facultad que prevé el C.P.P., art. 357 -texto según ley 4550, art. 7.

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

---------- S E N T E N C I A ----------

1º) Declarar improcedente el recurso de casación deducido, a fs. 145/8, por la defensa de A A A, a cargo del doctor Eduardo Marcelo Cerda, con costas (artículos 485, 486, 488 y concordantes del Código Procesal Penal).

2º) Confirmar la sentencia N° 54/2006, cosida a fs. 113/43 vta.

3º) Regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de un mil pesos ($1.000.-), no incluye I.V.A. (artículos 6, 10, 14, 45 y concordantes del Dto. ley 2200, T.O. 4335; 59 de la Ley 4920, Dto. 1303, B.O. 24/10/02).

4º) Protocolícese y notifíquese.

Fdo: Cortelezzi, Pfleger, Panizzi: Ministros.

Rawson, de de 2007.

Rivadavia y Jones S/N | Rawson (9103) | Tel/Fax (02965) 482333 | sij@juschubut.gov.ar

NOTA n° /07 S.I.J.