PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

AUTOS: "A., A. D.-F., Á. A. s/ Robo Agravado" (Carpeta Nro. 185-Legajo N° 2.203-Oficina Judicial) (Expte. 20.986-Folio 13.T II-2007)

En la ciudad de Rawson, capital de la Provincia del Chubut, a los 23 días del mes de abril del año dos mil ocho, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los doctores, Jorge Pfleger, José Luis Pasutti y Juan Pedro Cortelezzi, con la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"A., A. D. – F., Á. A. s/ Robo Agravado"** (Carpeta Nro. 185 - Legajo N° 2.203 -Oficina Judicial) (Expte. 20.986 – F° 13 - T°II - Año 2007).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 133: Pfleger, Cortelezzi y Pasutti.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Ha venido a consideración de esta Sala la sentencia número cinco del año 2007 emitida por el Juez Penal doctor G. A. M. de la ciudad de Comodoro Rivadavia el día 13 de junio de 2007 en la que condenó a A. D. A. I. o A. D. A., a la pena de tres años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo, mas las accesorias que prevé el art. 12 del Código Penal, declarándolo reincidente por primera vez. (arts. 12, 29 inc. 3°, 42, 44, 45 y 166 último párrafo del Código Penal); y a Á. A. F. a la pena de dos años y seis meses de prisión cuyo cumplimiento dejó en suspenso en virtud del artículo 26 del Código Penal, ambos como co-autores penalmente responsables del delito de robo agravado por

haber sido cometido con arma de utilería en grado de tentativa, por el hecho ocurrido en esa ciudad el día 15 de enero de 2007, en perjuicio del señor J. R. M.

El hecho acogido en la sentencia, declarado así al tratar la llamada "Primera Cuestión, fue el siguiente: "*...El día 15 de enero del corriente año, siendo estimativamente las 11:10 horas, dos individuos ingresaron a una vivienda ubicada en la calle *** Nº *** de ésta ciudad (*Comodoro Rivadavia), *propiedad del señor J. R. M., y lo hicieron por una habitación al frente de la misma que el mencionado M. emplea como oficina donde administra sus actividad comercial de distribución y venta de tarjetas telefónicas. Allí uno de los sujetos rápidamente redujo al empleado E. M. M., y advirtiéndole que era un asalto le apoya un caño en la nuca y le solicita se tire al piso colocando en sus manos precintos plásticos para inmovilizarlo; en tanto el otro reduce al señor M. que se encontraba en su escritorio contando dinero, tirándolo al piso en forma violenta procediendo también a inmovilizarlo con precintos, tomando el dinero que ascendía a la suma de $ 4.290 y exigiendo la entrega de más efectivo, aplicándole además una patada en la cabeza u golpes de puño en el rostro. Mientras sucedían los hechos se encontraba en la casa el hijo del damnificado, J. M. M., quien ante los gritos de su padre se*

dirige hacia la habitación que funciona como oficina y desde el comedor advierte que era un asalto y se retira por otra salida de la vivienda a requerir auxilio, dando aviso telefónico a la policía desde la propiedad de un vecino, la que se constituye inmediatamente en el lugar, y advertidos los individuos se dan a la fuga por la parte posterior de la vivienda ganando la calle por Avda. Hipólito Irigoyen dirigiéndose hacia el Barrio C., siendo perseguidos por los funcionarios del orden logrando la detención de uno de ellos frente a la Escuela Provincial N° 1, sobre calles Belgrano y Grecia, en tanto al otro se lo aprehende detrás del Juzgado Federal de esta ciudad; por otra parte se efectuó un rastrillaje en los lugares recorridos por los autores del hecho en su intento de fuga y fueron hallados los elementos empleados dentro de la propiedad de la víctima y el dinero sustraído en el predio de la Fuerza Aérea Argentina destinado a viviendas que se ubica en calle G. entre B. y C., detrás de un monoblock y debajo del nicho de gas...".

II. Contra la sentencia interpuso recurso de casación el abogado defensor de A. D. A., doctor M. Á. D., quien citó como agravios: a) errónea aplicación de la ley penal, b) carencia de motivación suficiente de la que deviene en arbitraria la sentencia en crisis y, c) omisión de valorar la prueba que afecta la congruencia

del decisorio.

Respecto al primer agravio arengó sobre la ausencia en la acusación de la calificación de "arma de utilería", ya que -sostuvo- la Fiscal imputó el robo con arma, y la calificación mermada de "arma de utilería" fue una construcción que realizó el Juez Penal en la confección de la sentencia.

Afirmó que tal ponderación del arma utilizada era un error ya que en toda la declaración del testigo E. M. M. S. se refirió a un caño que le apoyaron en la nuca y así lo reconoció en el debate.

Afirmó que solo se trató de un caño doblado que nunca pudo ser tomado como una tumbera ni una imitación, porque no se realizaron las pericias que, en base a conocimientos precisos del caño en cuestión, pudieran permitir las afirmaciones que se hicieron en contra de los prevenidos.

Con relación a la carencia de valoración suficiente y la omisión de valoración, que ocupan el segundo y tercer agravio, sostuvo que la inclusión de un cuchillo como medio para perpetrar el injusto por parte de la Fiscal y la supresión por el Juez en el texto de la sentencia, hablan de una incongruencia que se repitió cuando la Fiscal acusó por el uso de una "Tumbera" y el Titular del Tribunal condenó por haberse utilizado solo una arma de "utilería".

Remarcó que existió una manifiesta

variación de la plataforma fáctica al momento de emitir la sentencia que constituyó un agravio a la inviolabilidad de la defensa porque fue una sorpresa sobre la que el defensor no se pudo expedir.

Asimismo criticó la valoración que el Juez realizó al evaluar la pena a aplicar, a la que describió como llena de subjetividades que lesionaron el sano criterio de la magistratura.

Previo hacer reserva del Caso Federal, solicitó que se anulara la sentencia y se dictara otra como corresponde.

E. M. C., Defensor Público en representación de Á. A. F., en los términos del artículo 384 del Código Ritual, formuló expresa adhesión a la denuncia de errónea aplicación de la ley sustantiva interpuesto por el Defensor de A.

Con citas de doctrina y jurisprudencia, consideró que un caño con forma de "L" no se asemeja ni por aproximación a la categoría de arma que describe el tipo penal y un entendimiento en contrario configuraría una analogía "in malam partem" en violación al principio de legalidad y máxima taxatividad que rige la ley penal, correspondiendo, por ello, la modificación del encuadre típico a robo simple en grado de tentativa y la correspondiente disminución de la pena.

III. Sentado lo que es el meollo de la discusión, comenzaré el tratamiento de las

cuestiones que han motivado la impugnación.

Veamos.

III.1. En el primer punto me dedicaré al tratamiento del ataque a la sentencia formulado por el Defensor del imputado A. cuando adujo una violación al derecho de defensa por haberse inobservado el principio de congruencia.

Dos palabras sobre esto.

En causa "Liempi", fallada por esta Sala tiempo ha y al opinar sobre el tema atinente a la congruencia que debía existir entre la plataforma fáctica presentada por el Ministerio Fiscal y la sentencia definitiva, dije que no había disvalor procesal cuando se hubiera constreñido la base de hechos de la imputación, lo que resultaba posible si así sobrevenía del debate y de la deliberación ulterior, sencillamente por que no causaba gravamen alguno. Allí advertí que lo grave -y sancionable- habría sido expandir el aspecto atinente a los hechos sin que se dieran las previsiones del Código Procesal, por que ello vulneraba, sin dudas, el derecho a defenderse que posee el imputado.

Sostuve, en el caso de marras, que el principio de congruencia importa que el fallo se expida sobre el hecho y las circunstancias contenidas en la acusación que han sido debidamente intimadas y sobre las que –básicamente- tuvo ocasión de ser oído el atribuido, lo que implica vedar que aquél se

extienda a hechos no contenidos en el proceso lo que garantiza el derecho a audiencia, sintetizado en la regla de correlación entre la acusación y la sentencia. Cité la obra de Maier cuando hacía mentas de la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al exponer: "...La Corte Suprema Nacional, en sus sentencias, parece requerir, como condición para casar el fallo, no solo la indicación puntual del elemento sorpresivo que se incluye en él, sino también las defensas concretas que se hubieran opuesto de no mediar la sorpresa y, en especial, los medios de prueba omitidos por esa circunstancia..." (Julio B. Maier en su "Derecho Procesal Penal" T I. Pág. 568).

En el caso, estimo que la circunstancia expuesta por la defensa, que hace referencia a la "denominación" que se le dio al caño doblado utilizado por los incusos para violentar la voluntad de los damnificados, diferente que aquellas expuesta en la acusación, carece de relevancia para descalificar a la sentencia.

Ello es así pues la conclusión a la que el Juez arribó respecto del objeto -atribuyéndole una connotación jurídica menor que la propuesta en la acusación- no tuvo sino el propósito de precisar la identidad del objeto, cuestión que, por otro lado, careció de relevancia para inducir un comportamiento vicioso o forzado en las victimas que sólo aludieron a su exhibición.

Al respecto, debe memorarse el imperativo del art. 330 del rito vigente cuando indica que la sentencia contendrá: *...2)la descripción de los hechos que han sido objeto del juicio y aquellos que el tribunal ha considerado acreditados...*”, requisitos que han sido observados por el Juez en la confección de la sentencia.

Ello surge con claridad del tratamiento que le dispensó el Juez a la utilización de un cuchillo, por parte de los prevenidos, que finalmente descartó para beneficio de aquellos; y de las características que presentaba el caño utilizado, al cual la Fiscal y la policía en todo momento describieron como una “tumbera” descargada, pero que fue considerado -por el Tribunal- como un elemento con características morfológicas que se corresponden en forma inequívoca con un arma de fuego.

Dicha variación esta lejos de constituir una sorpresa que impida de alguna manera el ejercicio de la defensa de los incusos y no justifica la declaración de nulidad pretendida por el impugnante.

Quiero significar con ello que, cuando no se utiliza un anuncio de portación de un arma para amedrentar, sino que se la muestra utilizándola como correspondería hacerlo con un arma verdadera, la violencia que vicia en un asalto la voluntad de los damnificados proviene de la

visión que de la misma tienen las víctimas y de la representación eventual, en el futuro inmediato, de un resultado lesivo o letal para ellos, sino cumpliesen con los designios del ladrón.

Es por esa razón que el nombre que se le dio "a posteriori" al caño secuestrado que utilizaron en el atraco, decididamente no gravitó en el desarrollo del injusto y por ello no se lo puede definir como una alteración del hecho base del endilgue, pues no afectó la validez de la sentencia como lo pretende la defensa.

III.2. A continuación me referiré a la adecuación legal realizada por el Juez, que fuera sindicada como errónea por ambos impugnantes.

En ese tren de ideas, cabe entonces desentrañar si esa conducta constituye o no robo con arma de utilería en los términos del art. 166 inciso 2° in fine del Código Penal; para ello intentaré andar sistemáticamente.

Para comenzar diré que el tema que nos convoca ha sido y es controvertido y ha suscitado arduos debates tanto en el seno de la doctrina como de la jurisprudencia.

El problema que se ha planteado requiere, en el primer paso, descifrar el significado de la locución "arma", cuestión que no es menor pues el texto legal no brinda un concepto al respecto salvo la incorporación efectuada por la Ley 25.882 que introdujo los vocablos "arma de

fuego" y "arma de utilería", los que permiten distinguir nítidamente a qué refieren.

Ahora bien, desde una perspectiva semántica según el Diccionario de la Real Academia Española (Vigésima Edición 1984) "arma" es, en su acepción primera, el "...instrumento, medio o máquina destinados a ofender o a defenderse..", pudiendo distinguirse, desde el idioma siempre, el "...arma blanca: La ofensiva de hoja de acero, como la espada..."; el "...arma de doble filo o de dos filos: La que tiene filo por ambas partes..."; el "...arma defensiva: el arma blanca de escaso alcance que se emplea sobre todo para la propia defensa..."; el "...arma de puño: La que consiste en una hoja de hierro y acero con punta y corte y un mango proporcionado para empujar con una sola mano..."; el "arma ligera: La blanca corta y la de fuego manejable con una sola mano..." (ver el Diccionario mencionado "supra").

Esta variedad impide, a mi parecer y a menos que sólo se tenga en cuenta la acepción uno, acotar su significado típico tomando en cuenta estos datos idiomáticos que permitirían observar el fenómeno desde lo ontológico, aún cuando el catálogo pueda referir al (o derivar del) punto primigenio.

Ya se ve como existe una variada gama de objetos que el propio lenguaje cataloga como "arma" y que pueden trascender- al menos así lo

percibo- la aparente objetividad que demarcaría el destino de origen.

Quizás ese haya sido el motor que movilizara el afán de búsqueda de los investigadores que ha intentado construir un concepto normativo, faena que se que considera parte de intentos de definir con apego a la dogmática. (Edgardo Alberto Donna lo refiere específicamente en la obra que veremos más adelante).

Ricardo C. Nuñez en su "Tratado de Derecho Penal" T IV, pág. 240, sintetiza el sentido y alcance de la figura (aún cuando su comentario refiera a la antigua redacción que poseía el art. 167 inc. 1° del C.P que otrora agravaba la conducta) de la manera en que sigue: "...Como lo que califica es la comisión del robo con armas, éstas deben ser un instrumento para la ejecución de aquél, constituyendo su uso la violencia física ejercida por el autor principal o coautor para cometer el delito. De tal manera, la concurrencia de un arma sólo contribuye a la calificación del robo si es utilizada o blandida contra una persona para vencer o evitar su resistencia al apoderamiento de la cosa. No basta por consiguiente, el hecho de llevar o portar el arma..." (ver Nuñez, op. cit., ídem página).

En su obra"Derecho Penal - Parte Especial T II- B- Rubinzal Culzoni Editores, pág. 159, por su parte, Edgardo Donna cita a Tozzini de quien predica que, basándose en la Ley de Armas y sus

decretos reglamentarios y en el Código Contravencional, sostiene que el concepto de arma debe otorgarse a todo artificio que, concretamente utilizado en cada caso, haya creado un peligro vital, tan real y de efecto inmediato para la víctima como para haberla privado de toda posibilidad de reacción o evasión efectiva. Sostiene que este peligro es ponderable mediante un juicio ex ante y no ex post, con independencia del resultado a que se llegó en el robo.

Donna, sin embargo, le pone un bemol al intento. Si bien considera que la definición es correcta objeta dos extremos; la utilización del vocablo "artificio" que a su juicio puede dar lugar a dudas acerca de qué objeto se trata, y el juzgamiento ex ante que puede dar lugar a incorporar como arma a aquella que esté descargada. Por ello considera que si bien debe colocarse en el lugar de la víctima ex ante, el peligro real debe ser juzgado ex post, con los elementos que se tengan por un observador objetivo con los conocimientos reales sobre el arma, pues es su opinión que los elementos del tipo deben darse en la realidad y no en la mente de los sujetos (ver op. cit. pág. 160).

Más adelante el propio doctrinario ensaya un concepto y dice que éste es normativo y debe surgir del orden jurídico; sostiene: "...por una parte, teniendo en cuenta el bien protegido. Las normas sobre el punto son variadas, pero ello no

debe llevar al intérprete a dar un concepto caprichoso de lo que debe entenderse por arma. Por eso es necesario buscar un criterio objetivo de qué se entiende por arma. La Ley 20.429, de armas y explosivos, y sus decretos reglamentarios, llevan a que deba reservarse lo que se entienda por arma a todo objeto concretamente utilizado en cada caso, que haya creado un peligro real y de efecto inmediato para la víctima, como para haberla llevado a una seria disminución de sus posibilidades de defensa, entendiendo este peligro ex ante, pero con los conocimientos obtenidos ex post, esto es la existencia y por lo menos blandir el arma..." (ver Donna op. cit. pág. 166).

Carlos Elbert en el precedente A.M.G. y otros de la CNCrim y Correcc, Sala I, 2004/05/06 (LL 2004- D- 483) es categórico en su afirmación de que, en consonancia con Nuñez, "arma" es tanto el objeto destinado a la defensa u ofensa (arma propia) como el que, eventualmente, por su poder ofensivo puede utilizarse para ese fin (arma impropia) y que, en síntesis, la definición de lo que es "arma" es abierta y corresponde integrarla en el caso y a la situación concreta.

En la misma sentencia Edgardo Donna considera el término "arma" como un elemento normativo del tipo y al que por ende se debe analizar como un elemento cultural- normativo, debiendo alejarse en estos temas de un mero

concepto ontológico pues "...como se sabe la mayoría de los conceptos jurídicos, salvo algunos fundamentales como ser la acción, son normativos, tal como fue visto en su momento por Frank y Engisch. Si esto es así, el arma no es sólo el arma propia, ya que este concepto viene dado desde la ontología. El arma, vista desde esa perspectiva, debe ser interpretada desde sus fines, esto es darle un mayor poder ofensivo o defensivo a la persona...". Entiende, por fin, que esa fue la idea del legislador para tomar el arma como agravante y que no se trata de una ampliación analógica del tipo sino de darle comprensión normativa.(ver el voto de Donna en LL 2004-D 484).

Juan Carlos Avaca, en su nota al fallo citado aparecida en LL 2004-E- pags. 585 a 590, disiente con Donna en punto a que el concepto "arma" sea un concepto normativo ya que, a su juicio, no hay ninguna norma que lo defina. Sobre la tesis de Elbert se pronuncia en sentido de que podría dar lugar a considerarla una analogía en mala parte. Empero marca el punto cuando sostiene que el destino del instrumento, medio o máquina, se lo da el que lo utiliza y explica "...Por ejemplo, quien va a cometer un robo llevando consigo (o consiguiéndolo en el momento de los hechos) algún instrumento de entidad como para atacar, herir, matar o incluso defenderse de su víctima, y así lo utiliza, no hay dudas que ese

delito debe ser calificado en los términos del art. 166 inc. 2° del C.P..." y culmina al respecto "...Es lógico que se sostenga que el motivo de la agravante es el mayor poder ofensivo con el que obra el autor. Incluso se ha resuelto que para que un determinado objeto pueda ser entendido como arma no solamente es requisito excluyente el poder intimidante que ejerce sobre la víctima, sino que también es necesario que concurra un poder vulnerante, es decir, que la eventual utilización del objeto por el propio agente, analizada ex ante a su efectivo empleo, constituya para el agraviado un peligro real y concreto...".

Avaca propone, finalmente, utilizar el concepto en su justa extensión y en que "...la interpretación taxativa del término no genera ..problema alguno. La voluntad del legislador fue correctamente plasmada en el texto mismo de la norma y, por ello, plenamente utilizable a los fines de la punición de los hechos que repugnan a las normas penales. Colijo entonces, que las mal denominadas armas impropias califican el robo en los términos del art. 166 inc. 2° del C.P...." (ver artículo citado, en op. cit. pág. 589).

Un breve repaso de la jurisprudencia nos permite rescatar ciertos denominadores que son comunes.

Así, se ha dicho que "… en el robo agravado por el empleo de armas, la ley califica el delito

por su comisión con armas, cuando las mismas se utilizan como instrumento para la ejecución, constituyendo su uso la violencia física o la amenaza de hacerlo, o cuando fue blandida contra la víctima para vencer su resistencia al apoderamiento de las cosas...Ella se fundamenta en que la circunstancia agravante prevista en la última parte del art. 166 inc. 2° C.P., reside, entre otras razones, en el peligro que constituye para el agraviado la utilización del arma por el propio agente para vencer o evitar su resistencia al apoderamiento de la cosa, cuando aquella tiene aptitud para el disparo...” (TCASBSAS. III c. 7640, R, E.F. 27/10/ 2005 en JPBA t. 130 sum. 26).

También que: “...agrava el robo en los términos del art. 166 inc. 2° C.P. la utilización en el hecho de un cuchillo con una hoja de 10 cm. poseyendo filo serrucho, apoyado en el pecho de la víctima...” (TOC 18. C. 1856, Herrera, G.J. 8/ 11/ 2004 en JPBA t. 127 sum. 66) y que “...Constituye un arma de las llamadas “impropias” que agravan el robo en los términos del art. 166 inc. 2° del C.P, el destornillador con punta filosa, que fue apoyado por el autor sobre el cuello de su víctima. Tal como resulta de aceptación general tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, arma es todo objeto capaz de aumentar el poder ofensivo del hombre y en tal concepto quedan incluidos tanto los destinados

específicamente al ataque o a la defensa como aquellos que, lejos de tales fines, se transforman en arma como consecuencia del uso dado en la ocasión..." (TOC. 10. C. 1853, Reyloba, C.A, 15/09/ 2004 en JPBA t. 127. Sum. 67 y la confirmación de lo decidido por la CNCASACP. S II, ídem obra sum. 200).

Me parece interesante resaltar, por fin, la idea de que en relación con la agravante que se viene tratando se hubiera tenido como su razón de ser "...el objetivo aumento de la capacidad ofensiva y defensiva del sujeto activo, merced a la cual la víctima ve menoscabada la posibilidad de reacción o evasión..." (CNac. Crim y Correc. Sala V, 2001/03/15, Vivarelli, Gastón M, en LL 2001-F- 663, pronunciamiento que declaró inaplicable la calificante en función de no haberse incautado el arma impidiéndose el peritaje para determinar su normal funcionamiento y aptitud para el disparo, sin otra constancia que sobrepujara esa falencia).

Realizada esta aproximación, sin pretensiones de hacer antología, daré mi opinión personal y sentaré el criterio con el que propondré que se dirima la cuestión.

Creo en la imposibilidad de brindar un concepto natural de arma que sea útil para resolver el caso; este o cualquiera, me atrevo a señalar.

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".

Esto, al menos para mí, tiene la ventaja de superar cualquier discusión sobre el carácter propio o impropio del arma supeditado a las zozobras del pensamiento de cada uno.

Bien lo advertía Carlos Borinsky en una nota a fallo aparecida en LL 1989 - C, pág. 535 bajo el título "Derecho Penal y Política Judicial (A propósito del robo con armas)" quien, citando textualmente a O. W. Holmes prologaba el artículo con estas palabras "...Para predecir el comportamiento posible del Juez, no se atengan a lo escrito. Esto, lo escrito es lo aparente. Los razonamientos, los silogismos son una suerte de racionalización. Subyacentemente está las verdaderas razones de la determinación judicial...".

Volviendo a lo particular que nos propone la especie, cabe en esta tarea desentrañar si el

elemento utilizado al que la cámara "a-quo" hizo valer como arma de utilería, lo fue en el cabal sentido del término.

Puesto, entonces, a la tarea de definir el alcance del calificativo: de "utilería", ante la falta de definición por parte de la ley que introdujo el concepto, como así también en la discusión parlamentaria, otra vez recurro al diccionario de la real academia española y leo: "...**1.** f. Conjunto de útiles **2. f.** Conjunto de objetos y enseres que se emplean en un escenario teatral o cinematográfico...."

Sin perjuicio de esas acepciones, y para completar el alcance del término citado, diré que encuentro acertado la aclaración contenida en el Código Penal Anotado y Comentado, Tomo II, página 423 de Andrés José D'Alessio, donde en el tratamiento de la diferencia entre arma de juguete y arma de utilería, expresa: "*...la utilería es definida por el lugar (escenario)- o, en todo caso, la ocasión (representación)...*"

Ahora bien, la construcción teórica que he citado carece de un soporte histórico sobre el cual aplicarse porque, y cabe destacarlo, si bien se secuestró el elemento sindicado como el utilizado por los incusos en la perpetración del atraco, cierto es que no se realizaron tareas indispensables para la determinación de su naturaleza y eventual denominación de arma de fuego, o de cualquier otro tipo.

En efecto, la investigación reflejó una actitud displicente por parte de quienes tuvieron a cargo su dirección por cuanto no se ordenó la realización de una pericia sobre el caño secuestrado para determinar si era una arma, de que tipo y calibre, si poseía capacidad de disparo, y si había sido disparada recientemente, como correspondía en la ocasión.

Es que, todas esas cuestiones que interesan a la averiguación de la verdad en la investigación de un delito, y que habitualmente van acompañadas de diversas tomas fotográficas que permiten a los jueces, a las partes y a los órganos de control, tener una vista aunque más no sea bidimensional del elemento, no fueron llevadas a cabo en la etapa de la instrucción.

La omisión que señalo constituyó, en concordancia con lo expresado más arriba sobre la naturaleza de un arma, una dificultad invencible para la formulación del reproche de un hecho de robo calificado, y ésta sin duda se reflejó en la decisión del Tribunal, que enmarcó el hecho en el desapoderamiento mediante el uso de un arma de utilería.

Mas, en honor a la verdad, debo decir que si no se pudo contar con algún dato que refleje las características propias del elemento utilizado para violentar la voluntad de las víctimas, que hubiese permitido calificar el hecho por el uso de armas, mal se lo puede agravar por el uso de

arma de utilería como lo hizo la "a-quo".

Es que, si bien sabemos que cumplió con una función de intimidación que venció la voluntad de los damnificados, esa sola circunstancia, aún tomando el alcance más amplio del vocablo, no alcanza para afirmar que se trató de un arma de utilería.

La defectuosa preparación del caso que he indicado arroja una duda insalvable en esta instancia sobre la naturaleza real del caño secuestrado, defecto que no puede hacerse valer en contra del imputado sin trasegarse la prohibición prescripta en el artículo 4 del Código Procesal Penal –Ley 3155, o aún del principio de congruencia, pues nada en la sentencia indica "ex ante" que la determinación de las víctimas se hubiese visto viciada por el uso del objeto.

IV. Por ello, estimo que se debe modificar la sentencia en lo que respecta a la calificación legal y la pena, condenando por el hecho base enmarcado en el delito de robo simple en conato (artículos 164 y 42 del Código Penal).

V. En punto a la determinación de la pena, cumpliendo con la manda de los artículos 40 y 41 del C.P. tengo en cuenta, además, las características particulares del hecho endilgado, haciendo mía las consideraciones del Juez de Mérito, y poniendo el acento en la particulares condiciones de violencia innecesaria que

representaron los golpes propinados a la víctima, estimo adecuado imponerle a A. D. A. la pena de tres años de prisión de efectivo cumplimiento con mas las accesorias legales, sin costas del juicio, declarándolo reincidente por primera vez en atención al antecedente que registra y luce informado en autos.

Respecto de Á. A. F. habré de ponderar además de lo reseñado más arriba, la calidad de primera condena a pena de prisión que, a tenor de su edad, educación y condiciones personales estimo adecuado graduarla en dos años de prisión en suspenso, sin costas procesales, dejando incólume las reglas de conductas impuestas por el Juez de Grado.

Así me expido y voto.

El Juez **Cortelezzi** dijo:

Ha quedado claramente establecido en el primer voto los motivos de las impugnaciones interpuestas por el abogado particular de A. D. A. y por el Defensor Público de A. A. F. . Asimismo se describió la plataforma fáctica que ha sido objeto de la presente investigación, por lo cual a ellos me remito para evitar reiteraciones innecesarias.

Que el primer motivo que indica la impugnación del doctor Donet es la violación de la defensa en juicio, argumentando que el Juez Penal calificó el hecho como robo agravado por haber sido cometido con arma de utilería, cuando

el Fiscal no incluyó en su acusación dicha terminología.

Más allá de lo que luego expondré, entiendo que no hubo violación al principio de congruencia. Así, en la audiencia preliminar se les informó a los imputados que cuando ingresaron al comercio damnificado A. esgrimió un cuchillo, mientras que Farias portó un arma de fuego de fabricación casera de las denominadas "tumbera".

Esta circunstancia constituyó parte de la plataforma fáctica que tuvo el juez para decidir el encuadre que daría a la conducta, optando por una calificación jurídica menor que la propuesta por la Fiscal, sin significar ello una alteración del hecho.

Sin embargo, se han afectado en el decisorio otras cuestiones procesales que lo terminan viciando y tornan procedentes las impugnaciones interpuestas por la defensa.

El Juez Penal de la ciudad de Comodoro Rivadavia, Guillermo Alberto Müller, luego de analizar el material probatorio exhibido en la audiencia, concluyó que encontraba debidamente acreditada la materialidad del hecho y la co-autoría de los sujetos sometidos al proceso, calificando el hecho como robo agravado por haber sido cometido con arma de utilería en grado de tentativa.

En cuanto a la existencia del hecho y la

responsabilidad de los sujetos no encuentro observación alguna, ya que la declaración de las víctimas, el testigo presencial, la rápida intervención policial, que logró la aprehensión de los imputados poco después del hecho, y el secuestro del dinero sustraído y los elementos utilizados en el robo, conforman un cuadro que permiten sostener con certeza la primer cuestión tratada en la sentencia.

La objeción tiene que ver con la calificación jurídica escogida.

Que habiendo escuchado las grabaciones del debate pude constatar que en el alegato final de la Fiscalía, en la oportunidad de tener que encuadrar el hecho bajo juzgamiento, califica la conducta como robo con armas en grado de tentativa, artículo 166, inc. 2°, primer supuesto.

Que la selección de la norma la basó en la utilización del cuchillo, y explicó en su discurso las características propias del arma, sosteniendo que su uso constituyó un peligro real y concreto para las víctimas.

Respecto al caño en forma de "L" que ha sido secuestrado en el comercio damnificado nada dijo, ignorándose el motivo por el cual no lo hizo, si ha sido por las falencias mencionadas por el juez Pfleger en la etapa preparatoria o sólo por convicción.

Sin embargo, cuando el juez adecua el hecho,

sostiene que la utilización del cuchillo no pudo ser debidamente acreditada con la prueba generada en el debate, y aplicando el principio contenido en el artículo 28 del ordenamiento procesal lo descarta.

El tema es que mantiene la agravante de la figura, ahora en el 3° supuesto, por la utilización del caño en forma de "L", elemento que denomina como arma de utilería, sin dar fundamentos ni explicación alguna.

Y es aquí cuando se equivoca, ya que el juez está constreñido por los límites que impone el Fiscal en este proceso adversarial.

Así, entiendo que lo que ha existido en este proceso es una violación al sistema que prevé el nuevo código.

Tal como lo sostuve en la oportunidad de votar en autos **"B., A. A. s/ violación de domicilio"** (Expediente 20.922 – B - 2007), *´...El espíritu de este código es darle al magistrado el lugar de espectador, que adquiere prueba y vela por la higiene procesal de la audiencia, permitiendo que las partes sean las protagonistas de lo que en ella suceda...´.*

Aquél principio utilizado en otras circunstancias, también puede ser adaptado al presente caso, ya que si la Fiscal descartó tácitamente la utilización del caño como agravante de la figura básica, y centró su atención únicamente en la utilización del

cuchillo, el juez no puede, ni debe, valerse de un elemento que no ha sido valorado por el fiscal. El caño secuestrado no formó parte de la acusación final, o al menos no fue el elemento que el Ministerio Público eligió para agravar el robo.

Aclaro que no nos encontramos ante el supuesto que expresamente autoriza el artículo 322, *el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta que aquella dada en la acusación*, sino que aquí hubo una clara intromisión por parte del juez, que al no compartir el criterio del ministerio público fiscal, decidió agregar un elemento, al cual denominó por su cuenta arma de utilería, sin que el protagonista del proceso lo haya siquiera evaluado como tal.

Por lo expuesto entiendo que corresponde declarar la nulidad de la segunda cuestión tratada en la sentencia y, toda vez que dicha sanción no afecta el fondo del fallo, habré de asumir competencia positiva y condenar a los imputados por el delito de robo simple en grado de tentativa, debiéndose modificar la pena impuesta.

Para ello coincido con los parámetros establecidos por el juez Pfleger, y estimo adecuada la pena de tres años de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales, sin costas para A. D. A., declarándolo reincidente;

y dos años de prisión en suspenso, y costas procesales para Á. A. F., debiéndose mantener las reglas de conducta impuestas por el Juez Müller.

Así voto.

El Juez **José Luis Pasutti** dijo:

En atención a lo normado por el último párrafo del artículo 25 del Código Procesal Penal –Ley 5478- procederé a emitir mi sufragio, en el que omitiré toda referencia a los antecedentes del caso y los agravios esgrimidos por sendos recurrentes, por razón de la minuciosa síntesis que el Juez Pfleger realizó con respecto a esas cuestiones.

Ha quedado probada en la causa la materialidad del hecho juzgado y su autoría en cabeza de los acusados, circunstancias que —por otra parte— no fueron cuestionadas por los recurrentes.

El asunto a dilucidar gira en torno a la calificación jurídica que el a quo dio al hecho, en tanto condenó al imputado por un delito agravado, utilizando una causa que no fue materia de acusación por el titular de la acción penal al momento de la acusación final.

Luego de analizar los argumentos utilizados por mis colegas preopinantes para dar respuesta a los planteos de los casacionistas, concuerdo con las razones dadas por el Ministro Cortelezzi para resolver la cuestión, pues juzgo que no hubo

violación alguna al principio de congruencia.

Desde la audiencia preliminar que marca el artículo 295 del C.P.P. los imputados fueron debidamente notificados de que el hecho por el cual fueron llevados a juicio, consistió en el ingreso a un local de venta de tarjetas telefónicas portando un arma de fuego de fabricación casera, denominada Tumbera, y un arma blanca (según acta de fs. 51).

De manera que la apreciación legal del hecho por parte del a quo circunscripta a la utilización del arma de fuego, desechando así la calificación jurídica propuesta por el Fiscal –que se basó en el empleo del arma blanca-, no importó una modificación del suceso base de condena, por lo que juzgo, no existió trasgresión alguna al principio de congruencia.

La equivocación del Juez Müller consistió en condenar a los acusados empleando un tipo penal diverso, en lo que respecta a la agravante seleccionada, al esgrimido por el titular de la acción penal para solicitar la condena de los encartados.

Es en este punto donde nace mi concordancia con el Ministro Cortelezzi, pues aun cuando el artículo 332 del ordenamiento ritual establece que el Tribunal puede dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella indicada en la acusación, el sentenciante no puede servirse de un elemento que no ha sido

valorado por el Fiscal, y por ende no fue materia de acusación, para condenar a los acusados.

Por los argumentos expuestos, corresponde modificar la sentencia traída en casación en lo que respecta a la calificación legal y la pena seleccionada por el a quo, y condenar a A. D. A. I. y a Á. A. F. por el delito de robo simple en grado de tentativa (artículo 42 y 164 del Código Penal).

Concuerdo con las razones dadas por el Ministro Pfleger para readecuar la pena impuesta a los acusados, pues estimo ajustada la de tres años de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales sin costas, para A. D. A., declarándolo reincidente; y dos años de prisión en suspenso, sin costas del juicio, para Á. A. F., debiéndose mantener las reglas de conducta impuestas por el Juez Müller.

Así voto.

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

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

1°) Declarar parcialmente procedente el recurso de fojas 74/79, sin costas.

2°) Condenar a A. D. A. I. o A. D. A., a la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo, más las costas del proceso, declarándolo reincidente por primera vez; y a Á. A. F. a la pena de dos de prisión en suspenso

más las costas del proceso, ambos como co-autores penalmente responsables del delito de robo simple en grado de tentativa, por el hecho ocurrido en esa ciudad el día 15 de enero de 2007, en perjuicio del señor J. R. M. (arts. 29 inc. 3°, 42, 44, 45 y 164 Código Penal)

3°) Protocolícese y notifíquese-

Fdo: Pfleger, Cortelezzi, Pasutti.-