

///MA, 11 de julio de 2017.

Reunidos en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro, doctores Liliana L. Piccinini, Adriana C. Zaratiegui, Enrique J. Mansilla, Sergio M. Barotto y Ricardo A. Apcarian, según surge del acta de audiencia obrante a fs. 375/376, con la presidencia de este último y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, para el tratamiento de los autos caratulados “MIRANDA, Mariano Javier y ULLOA, Eduardo Sebastián s/Robo agravado s/Casación” (Expte. N° 28683/16 STJ), elevados por Cámara Tercera en lo Criminal de General Roca, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, en conformidad con el orden del sorteo previamente practicado, respecto de la siguiente:

#### CUESTIÓN

1ª ¿Es procedente el recurso deducido?

#### VOTACIÓN

La señora Jueza doctora Liliana L. Piccinini dijo:

1. Antecedentes de la causa:

Mediante sentencia N° 46 de fecha 16 de junio de 2016 la Cámara Tercera en lo Criminal de General Roca resolvió condenar a Mariano Javier Miranda y Eduardo Sebastián Ulloa, de circunstancias personales obrantes en autos, como co-autores del delito de robo simple (art. 164 y 45 del CP) a la pena de ocho meses de prisión de ejecución condicional y al pago de las costas del proceso (arts. 29 inc. 3 del CP y 499 del CPP), estableciendo además determinadas reglas de conducta que deberían cumplir, por el término de dos años.

Contra lo decidido la Fiscalía de Cámara interpuso recurso de casación, que fue declarado formalmente admisible por el a quo y posteriormente este Cuerpo lo declaró bien concedido.

Se dispuso entonces que el expediente quedara por diez días en la Oficina para su examen por parte del Ministerio Público Fiscal. Asimismo, se dio intervención a la Defensoría General y a la Fiscalía General, que sostuvo el recurso a fs. 352/355vta.

Realizada la audiencia prevista en los arts. 435 y 438 del Código Procesal Penal, con la asistencia del señor Fiscal General doctor Marcelo Álvarez y la señora Defensora General\n/// doctora María Rita Custet Llambí, los autos han quedado en condiciones de ser tratados.

2.- Agravios recursivos:

La Fiscalía de Cámara, conforme se extrae del acápite III -MOTIVOS-FUNDAMENTACIÓN- de su libelo (fs.333), se agravia sosteniendo que la sentencia adolece de motivación deficiente, tildándola de arbitraria y carente de validez como acto jurisdiccional. Más arriba -acápite II- había invocado errónea aplicación de la ley sustantiva y su inobservancia (art. 429 inc. 1 C.P.P.) en el caso concreto, por estimar que la sentencia de condena interpreta erróneamente el Código Penal, la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales de aplicación.

Critica la sentencia en tanto descarta la existencia de la agravante (utilización de arma) sin argumentos jurídicos de entidad, al estimar el a quo que los vidrios no fueron secuestrados y que no puede observarse con claridad en las fotografías. Dice que, si bien lo primero es cierto, no podría dudarse de la nitidez de la fotografías n° 9 y 10 de fs. 293, a la vez que no sería necesario puntualizar más detalles que los brindados por los damnificados –los que refiere- en cuanto a las características del hecho y como fueron usados los vidrios para doblegar su voluntad. Sobre esto último refiere que resulta imposible para una persona "normal" brindar mas datos, no debiendo olvidarse que esta escena delictiva se produce a altas horas de la noche y de manera rápida, conforme lo sostuvo el testigo Torres, quien entre otras consideraciones señaló la existencia de los vidrios rotos cuando llega al lugar, aclarando que el chico le contó que los cacos rompieron la botella y uno dijo "dame la moto".

Cuestiona que el juzgador ponga en duda la existencia del elemento, por lo que estima que la interpretación de la prueba fue sesgada y claramente fragmentada.

Efectúa especificaciones sobre el tipo penal contemplado en el art. 166 inc. 2 del Código Penal, que agrava el robo que se cometiere con armas, las que pueden ser propias (por ejemplo, un cuchillo) o impropias (por ejemplo un palo), y deben ser usada antes o al momento de la ejecución del hecho y aun posteriormente. Refiere que el término armas alude a todo instrumento específicamente destinado a herir o dañar al individuo, como cualquier otro objeto que sea transformado en arma por su destino (por ejemplo, los vidrios de una botella), y que la doctrina establece “que la razón de la agravante estriba en que el uso del arma aumenta el poder ofensivo del ladrón como que la víctima resulta estar más vulnerable”.

Cuestiona que la sentencia refiera que no hay secuestro de los vidrios, y cita jurisprudencia que afirma que tratándose de armas filocortantes o punzantes el secuestro para su peritación no resulta necesario, dado que “sus condiciones objetivas para agredir y vulnerar están ínsitas en su estructura externa y con perfectamente observables por la

víctima”. Agrega que nadie, ni la defensa, adujo que se tratara de un botella de plástico o elemento similar, por ejemplo, aunque la propias fotografías se encargan de desvirtuar semejante pretexto.

Reseña los dichos de los damnificados, en relación a los ademanes con la botella rota, es decir el vidrio, dirigidos hacia el cuello de la joven, y aprecia la coincidencia en el relato y la no exactitud en todos los detalles pero si en lo esencial, lo que a su entender demuestra su verosimilitud, racionalidad y consistencia. Afirma que ello logró intimidar y realizar el desapoderamiento, lo que vincula con la exigencia del tipo en cuanto a que el arma debe ser utilizada por el agente, en una efectiva acción violenta o intimidatoria para doblegar o evitar la resistencia de la víctima, ya sea blandiéndola o mostrándola significativamente.

Reitera que la sentencia es arbitraria y contradictoria, al hacer un análisis parcializado, no integral, y una disquisición netamente académica al valorar e interpretar la prueba, violando los principios de la sana crítica racional.

Cita doctrina y solicita que este Superior Tribunal de Justicia case la sentencia recurrida por aplicación errónea de la ley sustantiva y condene a los imputados como co-autores del delito de robo calificado por el uso de arma (arts. 45 y 166 inciso segundo, primer supuesto del C.P.), accesorias legales del art. 12 C.P. y costas.

### 3.- Sosténimiento de la Fiscalía General:

El señor Fiscal General sostiene en su escrito el recurso interpuesto por la Fiscalía de Cámara, por compartir sus argumentos.

Señala que del plexo probatorio incorporado en la causa surge que ambos damnificados fueron contestes al describir la forma en que sucedieron los hechos, a lo que suma los dichos del testigo Torres, por lo que entiende que quedó demostrado que los vidrios de la botella fueron utilizados como arma para cometer el ilícito que se investiga.

Cita fallos en relación a la categoría de arma impropia del objeto utilizado en autos, efectúa la reserva del caso federal y solicita que se haga lugar al recurso, se declare la nulidad del fallo puesto en crisis por ausencia de motivación y se ordene el reenvío pertinente para que el tribunal, con otra integración, resuelva conforme a derecho.

### 4.- Hecho reprochado:

Se atribuye a los imputados el siguiente hecho: "En la ciudad de General Roca (R.N.), jurisdicción de Cría. 3ra., a los 16 días del mes de junio de 2012, alrededor de 3:30 hs., en circunstancias que una pareja se encontraba sentada en un nicho de gas ubicado -en la vía pública- en calle Isidro Lobos entre Misiones y Santa Cruz (sector norte-antes del

canalito), se presentan los imputados MARIANO JAVIER MIRANDA (20 años) y EDUARDO SEBASTIÁN ULLOA (19 años), quienes se conducían en una motocicleta marca 'Honda Wave', 110 cc., color negra, dom. 885-IKT, cuya propiedad no se ha acreditado. Ambos se bajan de la moto y sin sacarse los cascos, solicitan al varón (novio) un cigarrillo y trago de vino, accediendo sin problemas. A continuación los dos imputados previo hacer saber que estaban en el lugar para robar la moto en la que se conducía la pareja, resultando ser marca Motomel 110cc., color naranja con asiento negro, proceden a romper tres botellas de vidrio que había tiradas en el lugar y uno de ellos, realizando ademanes de ataque hacia el cuerpo de la mujer, a la altura del cuello, se apoderan de la moto aludida, previo expresar: '...la hacemos corta dame las llaves de la moto...'; mientras que el varón aprovechó salir corriendo a buscar ayuda. Uno de ellos sacó de las prendas de la mujer una llave que no resultó la que encendía la moto, por lo que se la llevó a cuestas corriendo, mientras que el otro lo hacía en la moto que se habían presentado. Ante la persecución del varón con el auxilio de otra persona, abandonan la moto sustraída a la mitad de calle Santa Cruz (entre Isidro Lobos y Rodhe), para ambos salir huyendo en la moto que se conducían. En momentos que lo hacían por Rodhe y Santa Cruz, el imputado que conducía producto de ser golpeado por una botella en el casco, arrojada por quienes lo perseguían, pierde el control de la moto y ambos caen al suelo. Mientras que éste es detenido resultando ser Mariano Javier Miranda, Ulloa logra huir. Siendo posteriormente detenido" (conf. requisitoria de elevación a juicio obrante a fs. 130/133, citada en la sentencia a fs. 307/307 y vta.).

5.- Alegatos en la audiencia ante este Superior Tribunal de Justicia:

La Fiscalía General expuso reiterando la crítica ya formulada en su escrito de sostenimiento y abundó con breves notas y citas de precedentes de este Cuerpo.

Concretamente ratificó el recurso de casación, señalando que se trata de un hecho sencillo, no controvertido, y que tampoco se discutía la coautoría, pues lo único que cuestionó\n///3. la Defensa tenía que ver con la consumación del ilícito. Hizo una reseña de lo sucedido, aludió a la calificación jurídica establecida en definitiva por el Tribunal y criticó lo resuelto respecto de la utilización de vidrios o botellas rotas para la figura calificada del robo, en tanto consideró que el a quo había decidido en contradicción con los hechos que estimó acreditados. Adujo que se ha violentado el método de la sana crítica para el análisis e indicó dos aspectos sobre los que discrepaba: el primero vinculado con el principio de legalidad en cuanto al arma impropia, en la medida en que considera que el a quo inició su razonamiento al respecto mas no lo finalizó para

concluir en la desincriminación; en cuanto al segundo, porque se sostuvo que no había sido probado que esos vidrios hubieran sido utilizados para intimidar a las víctimas, dado que no compartía la argumentación acerca de la falta de especificidad que atribuyó la sentencia a esta temática. Entendió que se trataba de un argumento irrelevante, ya que eran dos víctimas que indican lo contrario: que se utilizaron vidrios de una botella colocados a la altura del cuello. Hizo referencia al informe de Criminalística y afirmó que se omitió la valoración de esa prueba con la finalidad de excluir una agravante aplicable al caso. Desarrolló el tema de la utilización de armas impropias en un robo y su equiparación con las propias, en tanto advirtió un incremento del riesgo, y expresó que hay doctrina legal que rige el caso (precedentes STJRNS2 Se. 193/06 “Cabrera” y Se. 166/14 “Fuentes”). Por lo expuesto, solicitó que se haga lugar al recurso, se anule el fallo, se concrete el reenvío para que otro Tribunal resuelva conforme al derecho, y se tenga presente la reserva efectuada en su escrito.

La Sra. Defensora General alegó, si bien reconociendo que no había sido expuesto oportunamente por la Defensa Técnica y como argumento defensivo, que el razonamiento del voto ponente reflejaba a su entender un análisis acabado y fundado. Citó los mismos precedentes del Sr. Fiscal General. Afirmó que arma es todo lo que incrementa el poder vulnerante y se use para tal fin, y que en el caso no se tiene conocimiento de las características objetivas del elemento utilizado y es necesario ser cuidadoso. Reseñó los fundamentos de la Jueza en cuanto a la ausencia de pruebas acerca de tales características, a lo que sumó que tampoco quedaban claros el modo de uso, los ademanes, la distancia, la incidencia para el caso, etc., puesto que no había secuestro ni fotografías. Explicó que la utilización del elemento integra el tipo objetivo básico. Luego alegó que se trata de chicos jóvenes no reincidentes. Consideró adecuada la sentencia y el análisis en ella desarrollado, e insistió en que no se ha probado el tipo de ademán contra las víctimas y las características del vidrio utilizado. Sobre el punto, afirmó que los jueces no pueden desentenderse de la pena, que entra en juego el principio de lesividad y que se trataría de un acto de suma violencia estatal. También adujo que, de hacerse lugar a lo solicitado por la parte acusadora, quien reclama nulidad por falta de fundamentación y reenvío, sus defendidos no podrían ejercer el argumento defensivo de delito tentado.

Ambos funcionarios comparecientes presentaron breves notas, a las que remitieron, con argumentos de similar tenor a los desarrollados durante la audiencia, que fueron agregados al expediente (fs 365/370 y fs. 371/374, respectivamente.).

6.-Naturaleza y motivo casatorio:

Ingresando en el estudio de la cuestión que habilitara el recurso, en su justo alcance y con los límites del agravio enarbolado por la Fiscalía, estimo necesario puntualizar - como lo he hecho en otros precedentes (STJRNS2 Se. N° 61/14 “Llambay”, 73/14 “Avin” y 77/14 “Leal”)- que de lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Casal, Matías E. y otro s/robo simple en grado de tentativa” (que fue reiterado en “Recurso de hecho deducido por Martínez Areco, Ernesto” y a los que se remite en “Salto, Rufino Ismael s/abuso sexual”), ha quedado en claro que la letra ritual, en cuanto prevé como motivo casatorio la inobservancia de normas que el Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, es abarcativa de la inobservancia de las normas que rigen los recaudos sentenciales, entre ellas, la norma que dispone que será nula la sentencia a la que le faltare o fuere contradictoria su fundamentación. Así también, en el sistema procesal penal imperante, rige la valoración de las pruebas mediante la sana crítica, el que, de no ser respetado o de ser erróneamente aplicado, conllevaría falta o ausencia de fundamentación de la sentencia. Preceptiva que permitió a la Corte sostener que no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto de la ley procesal para excluir de la casación el análisis de la aplicación de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto. O sea, que nada obsta a que el Tribunal revise el fallo en pos de establecer si se aplicaron estas reglas y si la aplicación fue correcta. En el marco de dicha revisión, nada impide que se lleve adelante la tarea aplicando la teoría del agotamiento de la capacidad de revisión o capacidad de rendimiento, agotando la revisión de lo revisable y dejando por sentado que lo único no revisable es aquello que surja directamente de la intermediación (limitaciones del conocimiento en el plano de las posibilidades reales). Esto último, porque no puede existir contradicción del plexo constitucional (un dispositivo no puede cancelar a otro) y, si los pactos y convenciones internacionales que forman el bloque de constitucionalidad (arts. 8.5 CADH y 14.1 PIDCyP) exigen la publicidad del juicio (oralidad), no puede concebirse que el art. 8.2 de la Convención y el art. 14.5 impongan un recaudo que la cancele. Por ello, corresponde interpretar que la exigencia alude a la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a los Jueces que hayan estado presentes en el juicio; tal el límite real de conocimiento, derivado de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas. No existirá límite para revisar la prueba documental, pericial o informativa y aquel podrá surgir en la prueba testimonial; pero, aun así, el máximo esfuerzo también conlleva el verificar si los

sentenciantes han dado razón y fundamento respecto de todo aquello que han aprehendido de la prueba testimonial.

En palabras de la Corte, "... lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el Tribunal, pero de la cual el Tribunal debe dar cuenta circunstanciada, si pretende que se la tenga como elemento fundante válido...".

La Corte también invita a reflexionar sobre la regla de la sana crítica y advierte que la doctrina en general rechaza la pretensión de que pueda ser válida una sentencia fundada en la íntima convicción ("juicio subjetivo de valor que no se funda racionalmente y respecto del cual no se puede seguir ni criticar"), y remarca el requisito de racionalidad del pronunciamiento, en el que debe ser reconocible el razonamiento del Juez, dado que la sana crítica no es más que el método racional en la reconstrucción de un hecho pasado. Método similar al que aplica el historiador (heurística, crítica interna, crítica externa, síntesis). Es ese camino del método de reconstrucción histórica el que debe ser materia de revisión de la casación. De modo que el motivo casatorio que se inscribe en la vulneración del sistema de la libre convicción y en la ausencia o insuficiencia de fundamentación razonada y legal es subsumible en el "error in iudicando", aun cuando también se trate de un "error in procedendo" por ausencia del recaudo sentencial. Consiguientemente, sin hesitación, el motivo casatorio y el agravio que lo sustenta es de inobservancia o error en la aplicación del derecho sustantivo que el recurso permite y obliga a realizar la revisión de lo revisable, atendiendo al máximo rendimiento, a los fines de elucidar si, tal como lo reclama la recurrente, se ha efectuado una arbitraria o absurda valoración de los elementos de prueba arrojados al juicio, y si, en virtud de la interpretación "caprichosa", tal como lo denuncia la parte acusadora, se ha interpretado erróneamente la ley.

#### 7. Análisis y solución del caso:

Tal como surge de los considerandos precedentes, la Fiscalía cuestiona la valoración de la prueba en relación a la utilización de una botella rota, es decir de vidrios, para consumar el robo, estimando que debió haberse encuadrado el hecho en la figura de robo agravado por su comisión con armas en vez de robo simple. En definitiva sostiene que la arbitrariedad de la sentencia, en relación a la motivación de ese aspecto, determinó la errónea aplicación de la ley sustantiva.

Sobre dicho aspecto puntual la sentencia repasa al alegato Fiscal y reza: "Corresponde ingresar al análisis de la agravante propuesta por la Fiscalía de Cámara, quien señaló que "Lo que torna este hecho como robo agravado es que provocando la rotura de dos o

tres botellas, amenazan a Huentemilla con esos vidrios para lograr el desapoderamiento de la moto... En cuanto a la calificación legal, el hecho encuadra en el artículo 166 inc. 2, primer supuesto, entendiendo como arma, de acuerdo a la jurisprudencia y doctrina, tanto arma de fuego como impropia, como en este caso. Cualquier elemento que tenga posibilidad de arremeter contra la víctima en este caso puntual, las botellas, los vidrios que utilizaron para reducir y doblegar la voluntad de la víctima. Nadie puede dudar del poder vulnerante y cortante del elemento utilizado. De tal manera entiende que la calificación no admite mayor discusión"; la Defensa no alegó respecto de este extremo".-

Al ponderar los elementos de prueba, sobre este aspecto detalla: "Sobre este punto se cuenta con la versión de la damnificada Huentemilla quien señaló que el desapoderamiento se produjo "previo romper tres botellas de vidrios que se encontraban tiradas en el lugar y realizando ademanes dirigidos hacia mi cuerpo con el vidrio roto, más precisamente a la altura de mi cuello....llevándose el que vino a intimarme la moto a la par", mientras que Berrios señaló: 'enseguida rompen unas botellas que estaban dispersas en el lugar y hacen ademanes dirigidos al cuello de mi novia con la botella rota que tenía en la mano'.

"Tanto del hecho intimado y dado por probado por la Fiscalía de Cámara, y por la Suscripta al tratar la primera cuestión, surge que la botella rota que tenía uno de los sujetos al momento de comisión del hecho, no fue utilizada como elemento contundente, ambos testigos coinciden que se hicieron ademanes, o sea, que la exhibieron en forma intimidante a la damnificada.- Estimo que este no es un dato menor en el caso concreto de autos que presenta ciertas particularidades que se analizarán in fra (sic).

"La inclusión de elementos no creados específicamente con la finalidad de defenderse, que aumentan el poder vulnerante al momento de la comisión del robo en lo que en doctrina se constituye como 'arma impropia', configurando la agravante del art. 166 inc. 2do. del CP, es un elemento no pacífico en doctrina, desde posturas que consideran que tal circunstancia implica violación al principio de legalidad por aplicación analógica, hasta quines aceptan sin objeciones tal agravante.- El STJRN ha adoptado criterio en el sentido de que las denominadas 'armas impropias' están incluidas en la agravante del art. 166 inc. 2 del CP y no resultan inconstitucionales por violación al principio de legalidad, tratando expresamente este tema en la Se. 222/10, 'Hormazabal Peralta...', del 02-11-2010. Ahora bien, no es menos cierto que tal concepto es de creación

doctrinaria, de difícil apreciación para los operadores judiciales y que el considerar un elemento incurso o no en dicha categoría, genera graves consecuencias en el nivel de la pena, por lo que al igual que en el caso de la ‘prueba única’ o el ‘testigo único’, se impone una regla de prudencia en su valoración, circunstancia especialmente tenida en cuenta por el STJRN, al señalar: ‘En rigor, todo lo atinente al tema «armas impropias» merece tratamiento especialmente cuidadoso, (...en virtud de la analogía vedada por el Derecho penal... Y bien, se admite que «arma» es todo elemento que incrementa de cualquier modo el poder ofensivo del hombre, sea ésta de fuego o cualquier elemento destinado inequívocamente a ejercer violencia o agredir, recibiendo entonces el nombre de «arma propia». O bien, todo instrumento (vgr., contundente, filocortante, punzante, etc.) con aptitud para inferir una herida corporal capaz de poner en peligro la salud o la vida, aunque no estuviese destinado al efecto, recibiendo en este caso el nombre de «arma impropia» (Altieri, «El delito de robo calificado por el uso de armas y la prohibición de doble valoración», J.A. 2002-IV, pág. 1150; Prunotto, «El concepto legal de arma, delitos y competencia, su problemática», misma publicación, pág. 953). En este último caso «... será el juez el que deba apreciar si por el modo en que se lo utilizó aumentó el poder ofensivo del sujeto activo de injusto y, por ende, constituye una violencia física\n/// intimidante, para considerar integrados los elementos de los distintos tipos que prevén el uso de armas...’ (TCPenal BA, in re ‘FERREIRA’, del 28-09-04, Lexis N° 70023478; en igual sentido, causa número 1209 del 03-05-05). Esto último no falta en la sentencia condenatoria, donde el magistrado de primer voto ha practicado una evaluación como la que pide la doctrina, y ha considerado asimismo su contundencia y dimensiones (ver fs. 5/6)’.- in re ‘Cabrera...’, Se. 193/06, en igual sentido in re ‘Fuentes...’, Se.166-14 (El resaltado me pertenece).

“En caso de autos, se alude a un ‘vidrio correspondiente a una botella rota’ elemento que sin duda podría ser idóneo para ser considerado ‘arma impropia’ a los fines de la agravante, pero para determinar tal extremo, resulta imprescindible -conforme presupuestos expuestos en la doctrina señalada- analizar en el caso concreto la prueba relativa a las características objetivas del elemento y la forma en que fue empleado el mismo al momento del hecho.

“Con relación a las características del objeto, como primer apreciación cabe señalar que el mismo no fue secuestrado, ni puede observarse con claridad las fotografías Nro. 9 y 10 de fs. 293, a lo que se suma que se desconoce si los trozos de vidrios que lucen en las fotografías, fueron o no los utilizados por los autores.- Sobre el particular, Huentemilla

refirió que previo romper tres botellas de vidrio que se encontraban tiradas en el lugar, uno de los autores realiza ademanes dirigidos hacia su cuerpo con el vidrio roto (vid fs.04), en tanto que Berrios dijo que ‘rompen unas botellas que etaban dispersas en el lugar y hacen ademanes dirigidos al cuello de mi novia con la botella rota que tenía en la mano...’.- Queda claro, por la coincidencia de los testigos, lo que se observa a lo lejos en las fotografías y demás constancias procedimentales, que los autores rompen varias botellas que había en el lugar y le realizan ademanes a la damnificada. Ahora bien, no hay certeza si los dos sujetos utilizaron elementos de estas características o uno de ellos (la víctima habla en singular, su acompañante en plural), tampoco hay precisiones si se tomó un trozo de vidrio o en su defecto una botella partida, y en ambos casos, las dimensiones y características de los mismos, tales detalles no han sido consultados durante la instrucción, y tratándose de declaraciones incorporadas por lectura -como bien señala la Sra. Defensora-, la interpretación sobre los dichos asentados debe ser literal, no pudiendo extraerse conclusiones, que aunque resulten posibles, no surjan de la declaración.-\n//6.“Y en este caso cobra mayor relevancia las características objetivas del elemento, ya que el objeto no fue utilizado en forma contundente para golpear a la víctima, lo que hubiere evidenciado claramente la inclusión en la categoría de ‘arma impropia’; las víctimas y la acusación hablan de la existencia de ‘ademanes’ con el objeto, según Huentemilla dirigidos al cuerpo a la altura del cuello, y según Berrios a la zona del cuello.- Igual apreciación que en el párrafo anterior, merecen tales expresiones.-No es posible, a ciencia cierta, determinar las características de los llamados ademanes, la distancia y forma en que se realizaron, si fue uno o los dos sujetos lo que lo hicieron, cuánto incidió tal maniobra en doblegar la voluntad de las víctimas, entre otras circunstancias, que no surgen de la testimonial escrita.-

“En síntesis, la falta de secuestro del efecto o en su defecto una fotografía clara que ilustre las características del mismo y el carecer de una versión detallada y precisa de parte de los damnificados, impiden contar con elementos probatorios para aseverar que el efecto utilizado ingresa en la categoría de arma impropia requerida para la agravante, por sus características objetivas o bien por la forma que fue utilizado.

“Tengo en cuenta, además, que el análisis precedente se condice absolutamente con el espíritu de la reforma introducida por ley 25.882 al art. 166 del C.P., en la que se fijaron cuatro hipótesis de robo calificado: 1) Robo con arma de fuego; 2) Robo con arma que no sea de fuego (propia o impropia); 3) Robo con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no se puede acreditar y 4) Robo con arma de utilería, estableciendo diferentes

penas en los distintos supuestos.- La doctrina ha señalado respecto de dicha reforma: ‘Se advierte, además, que la finalidad de la reforma fue terminar con la antigua discusión en torno al fundamento de la agravante y que había dado lugar al nacimiento de las denominadas teorías objetiva y subjetiva. En este punto, es claro que en las dos primeras hipótesis (aclaro que alude arma de fuego y arma no de fuego propia o impropia) el fundamento de la agravante lo constituye el mayor peligro real para la vida y la integridad física del sujeto pasivo. Se trata, como lo explica Donna, al analizar el robo con armas, de un delito complejo, de resultado en cuanto al robo y de peligro concreto en cuanto a las lesiones. Siendo así, en estos casos, la ofensividad del arma deberá ser acreditada fehacientemente.- En cambio, en los restantes, el fundamento lo constituye la mayor intimidación sufrida por la víctima de un robo, en el que se ha utilizado un arma sin poder ofensivo acreditado o un objeto con la apariencia de aquella’;\n// Ver: Donna en ‘Reformas Penales’ Edit. Rubinzal-Culzoni, pág. 192-193 (el subrayado me pertenece, por ser de aplicación al caso de autos).-

“Siguiendo dicha línea de pensamiento, tengo en cuenta además que desde la lógica de la sanción punitiva, aunado al fundamento de la agravante antes reseñado, resultaría irrazonable y desproporcionado, que exhibir y hacer ademanes con un revolver, pistola e incluso una ametralladora o cualquier otra arma de fuego que no se secuestra -con altísimo poder intimidante-, ingrese en el ‘tercer supuesto’ (arma cuya aptitud no se ha demostrado), con una pena mínima de tres años de prisión, mientras que el exhibir y hacer ademanes con un vidrio o trozo de botella -cuyas características en definitiva no se conoce con certeza-, ingrese en el ‘primero’ (robo con arma impropia), con una pena mínima de cinco años de prisión.-

“Por las razones expuestas, descarto que la utilización del objeto descrito en el hecho que dí por probado constituya ‘arma impropia’ y por consiguiente se configure la agravante de uso de armas (Conf. art. 166 inc. 2 CP).-

“Se configura, en la especie, el delito de Robo Simple, y los imputados deben responder en calidad de co-autores (arts. 45 y 164 del CP).- El uso del elemento mencionado se constituye en la vis compulsiva requerida por la figura penal, la que se utilizó durante la comisión del hecho, según se acreditó al tratar la primera cuestión”.

La extensión de la transcripción del acápite del fallo puesto en crisis, se ha hecho necesaria para dejar inicialmente establecido aquello que corresponde sea revisado, teniendo en consideración el agravio expresado por la recurrente.

Así, se tiene en claro que la Magistrada ponente, acordando con la doctrina de este

Cuerpo, sostiene que un elemento filo/cortante como lo es un vidrio o trozo de botella, es considerado arma impropia. Alude a las posiciones doctrinarias en cuanto al concepto de “arma” que agrava el delito de robo, deja en claro que lo son tanto las propias, como las impropias, cuando estas aumentan el poder ofensivo. Señala con suma claridad que el delito de robo así agravado-citando a Donna- es de resultado en cuanto al robo y de peligro a la integridad física, en cuanto al uso del arma.

De modo que hasta aquí, bien puede advertirse, el fallo va en línea con lo que sostiene la Fiscalía del grado inferior y con lo que ha venido a exponer su Superior en la audiencia ante este Tribunal.

Siguiendo el razonamiento plasmado en la sentencia, lo que se sostiene es que para desentrañar la naturaleza del instrumento utilizado y arribar a la conclusión de estar ante un desapoderamiento utilizando arma impropia, que habría aumentado el poder vulnerante al momento de la comisión del delito de robo, corresponde ponderar “la prueba relativa a las características objetivas del elemento y la forma en que fue empleado el mismo al momento del hecho”.

Emprendiendo tal tarea la sentencia expone el análisis de lo que se extrae de los elementos arrimados al juicio y bien puede inteligirse que cuando dio por probado el hecho reprochado por la Fiscalía, lo tuvo como existente en su integralidad. Esto es, que tuvo por acreditado que existieron botellas rotas y ademanes con vidrios. Respecto de ello, corresponde se aclare que no existe autocontradicción como pretende la recurrente, toda vez que la materialidad probada que se analiza, lo es a los fines de la significación jurídica (tarea de subsunción del hecho a la norma) específicamente; las características objetivas del elemento y la forma en que fue utilizado.

Por consiguiente, y en orden a la revisión de la prueba incorporada al debate, con más la rendida en el juicio, se arribó a la conclusión de no encontrar acreditado que el objeto haya sido utilizado en la comisión del hecho como “arma impropia”.

Repasando lo arrimado al juicio, en pos de establecer los extremos indicados, se ponderaron las declaraciones de Huentemilla y Berrios, se advirtió (en cuanto al objeto) que no existía su corporalidad por no haber sido secuestrado, y que las fotografías obrantes en el expediente carecían de nitidez a los fines de apreciar las posibles características del objeto.

Así se expone que de las testimoniales de Huentemilla y Berrios (analizadas en su pura literalidad, toda vez que no comparecieron al debate y la Fiscalía desistió de su convocatoria conformándose con la lectura), surgen contradicciones e imprecisiones

respecto a si se trataba de un vidrio o de una botella rota. Como tampoco podía extraerse de los relatos literales, el modo de utilización, más allá de decir “ademanes” dirigidos a Huentemilla.

En la presente revisión de la prueba, efectivamente, se advierte que ello es tal como lo destaca la sentencia. No hay precisión en los relatos, (ver. fs. 68 y 69 ratificando las declaraciones de fs. 4 y 5); se establece sí que se rompieron botellas, se pueden apreciar restos de botellas en las fotografías (aún con falta de nitidez), pero no surgen con certeza y contundencia las características del vidrio y/o trozo de botella que fuera utilizado. Claro está que no resulta imprescindible el secuestro y/o el registro fotográfico apto; siempre que las descripciones de víctima y testigos sean lo suficientemente descriptivos, coherentes y verosímiles. Lo cual, conforme lo desarrolla el razonamiento del Juzgador y se verifica en su revisión; no ha ocurrido en marras. El señalamiento de ausencia de secuestro del vidrio y/o botella, amén de ser un dato concreto, también da cuenta de la imposibilidad de dimensionar aquello que -en su pura literalidad- no ha surgido. Dado que, bien distinto es que solo se mencione un vidrio o un pedazo de botella rota, a poder apreciar su tamaño, su alcance y su poder vulnerante. En relación a dicho aspecto (características no precisadas del objeto) el razonamiento no luce caprichoso ni arbitrario. Es incontrastable que ello no surge de los elementos de cargo de los que intentó valerse la Fiscalía y sus esfuerzos en pos de hacer comparecer a quienes vivenciaron el suceso lucen ausentes.

Tampoco puede elucidarse qué tipo de ademanes se efectuaron. Por consiguiente, y en punto al modo en que fuera utilizado el vidrio y/o botella rota, el déficit de la prueba es idéntico.

Ambos testigos mencionan “ademanes” y agregan solamente “dirigidos al cuello”; se desconoce qué clase de ademanes, a qué distancia de la joven Huentemilla, con qué impronta gestual. Todo lo que no emerge de la pura literalidad y que debía extraerse del hábil interrogatorio en la audiencia; llevando a conocimiento de los Jueces la convicción de estar ante la utilización de un elemento filo cortante que, por sus características y por el modo en que fuera utilizado, fue generador de peligro para la integridad de la víctima y -en consecuencia- apto para aumentar el poder ofensivo y reforzar la violencia típica del robo, doblegando la voluntad de la víctima.

En cuanto a dicho aspecto central y repasadas las piezas testimoniales de fs. 4 y 5 también se advierte un detalle trascendente a la hora de discernir, si el objeto y su modo de utilización, generó el peligro para la integridad física de Huentemilla. Su

acompañante Berrios, a fs.5 -ratificada luego a fs.68 por ser “correcta y exacta”- luego de aludir a la rotura de unas botellas y (en plural) atribuir ademanes dirigidos al cuello de su novia, expresó que les fue dicho: “la hacemos corta dame la llave de la moto”, tras lo cual el declarante acotó: “negándose rotundamente mi novia a esto, por lo que estos le sacan la llave que tenía”.

El relato efectuado a poco de haber vivenciado el suceso, está dando cuenta de que, si bien Huentemilla pudo negarse “rotundamente a entregar” lo que se le exigía, su integridad física no se encontraba en vilo. Luego, si en definitiva, le arrebataron la llave, es porque ésta no la entregó, por lo que no fue doblegada su voluntad.

Si bien Huentemilla nada expresa sobre su negativa a entregar la llave, sí admite a fs.4 vta. (ratificada a fs.69 por ser “tal cual”) que uno de ellos se la sacó -y aclara- que no era de la moto. A raíz de este detalle, relata la siguiente secuencia -luego de las roturas de botellas y ademanes- “...ante esto mi novio se retiró en busca de ayuda mientras estos intentaban arrancar mi moto sin lograrlo, ya que la llave que me sacó uno de ellos no pertenecía a la misma”. De lo que es dable inferir que quedó junto a sus agresores, mientras su novio buscaba ayuda y estos intentaban arrancar la moto. Circunstancia que no se compadece o al menos resulta extraña con haber vivenciado- instantes antes- la acción intimidante.

Cabe aclarar que esta secuencialidad es la que ha sido intimada en las declaraciones indagatorias de fs.36 y 40, en el relato de auto de procesamiento de fs. 57 y en el requerimiento de elevación a juicio de fs.130/133.

Corresponde a esta altura puntualizar algunos conceptos relacionados con la configuración del delito de robo agravado, atendiendo al encuadre de robo simple dado en la sentencia y que agraviara a la Fiscalía.

Se ha destacado supra que en el fallo se expone la tesis amplia, esto es, que se encuentran contempladas tanto las armas propias como las impropias, sin que ello constituya vulneración al principio de legalidad o taxatividad.

Según Soler debe entenderse por “arma” tanto aquel instrumento específicamente destinado a herir o dañar a la persona, como cualquier otro objeto que sea transformado en arma por su destino, al ser empleado como medio contundente. El autor advierte que resulta necesario que el juez aprecie en los hechos la forma en que las mismas fueron mostradas, al efecto de verificar si representaban o no un argumento de fuerza física inmediata. En tanto Núñez sostiene que “arma” es todo objeto destinado para defensa u ofensa (arma propia), como el que eventualmente puede utilizarse para ese fin (arma

impropia). Fontán Balestra opina que deben incluirse dentro del mentado concepto tanto a las armas propias como a las impropias, es decir, las específicamente destinadas para el ataque o defensa, y los objetos que adquieren tal carácter por razón de su empleo como medio contundente. Molinario, seguido por Donna considera que arma propia es todo objeto que ha sido fabricado ex profeso para ser empleado en la agresión o defensa de las personas; en cambio, arma impropia es todo instrumento fabricado con diverso fin, pero que ocasionalmente puede producir agresión o defensa de las personas. Para Creus el concepto de arma comprende tanto las propias como las impropias equiparadas a las propias y las verdaderamente impropias que son aquellas que por sus características, se adecuen a la razones de ser de la agravante como lo serían ciertas herramientas de punta o filo o los objetos de gran poder contundente. Arocena, enrolado en la tesis amplia admite como armas a las llamadas “armas impropias equiparadas a las propias” (una cuchilla de cocina o un cuchillo de mesa) y también a las “armas impropias en sí mismas” que por sus características de punta o filo son unánimemente reconocidas por la comunidad de los legos o por las costumbres lingüísticas de los ciudadanos comunes, como un vidrio roto o ácidos; al mismo tiempo que rechaza dentro de esta última categoría a las que revelan aptitud para ofender en razón de su contundencia (máquina de escribir) o por la dañosidad de sus efectos (agua hirviendo), dado que en estos casos el sentido literal de los términos de la ley, establecido de conformidad al “consenso semántico de la comunidad” no permite admitirlos dentro de las voz “arma” (SOLER, Sebastián (1987), Derecho Penal Argentino, actualizado por Manuel A. Bayala Basombrío, 4º edición, TEA, Bs. As. t. IV; FONTAN BALESTRA, Carlos (1969), Tratado de Derecho Penal, Abeledo-Perrot, Buenos Aires. t. V. :MOLINARIO, Alfredo J. (1996), Los delitos, actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tea, Bs. As., t. II; NUÑEZ, (Tratado de Derecho Penal, T. IV, p. 223 y ss.), MOLINARIO – AGUIRRE OBARRIO, (T. II, p. 266 y ss.), CREUS, Carlos (1998), Derecho penal. Parte especial, 6º edición, Astrea, Bs. As. t. I DONNA, Edgardo Alberto (2001), Derecho penal. Parte especial, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., t. II-B. DONNA, Edgardo Alberto (2007), Derecho penal. Parte especial, 2º edición, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., t. II-B).

Pero además, los partidarios de la tesis amplia a la que este STJ adscribe, también señalan: “La amenaza con arma a una persona para apoderarse de cosa ajena, no es una simple intimidación, sino que constituye el despliegue de una energía física que, aunque no obra sobre el cuerpo de la víctima, se dirige contra ella y, por su poder material,

vence su resistencia. No se trata de un medio puramente moral, sino de un acto de apremio físico” (NUÑEZ, op. cit. p. 225).

Lo que se requiere, es que esa violencia intimidante, sea desplegada para facilitar el apoderamiento, para cometerlo, es decir que se exige una conexión ideológica entre la actividad y el resultado perseguido. Conforme la doctrina española, esa conexión se establece cuando la víctima entrega la cosa: “Lo importante es que la obtención de la decisión de la víctima de entregar la cosa esté en una relación de imputación objetiva con la conducta del autor” (SILVA SANCHEZ, “Lecciones de Derecho Penal”, PE., p. 202.).

Tal como ya se referenciara, Soler remarca que resulta necesario que el juez aprecie en los hechos la forma en que las mismas fueron mostradas, al efecto de verificar si representaban o no un argumento de fuerza física inmediata.

Sayago, al igual que los destacados autores mencionados, conceptúa a las “armas propias” como las que han sido fabricadas y cuya estructura y funcionamiento han sido pensados con la finalidad de que sirvan para potenciar las posibilidades ofensivas o defensivas de quien las utiliza, y a las “impropias” a todo objeto que, no obstante no haber sido construido o destinado al ataque o la defensa, su estructura material y la forma en que se la emplea, le otorga poder ofensivo (SAYAGO, Marcelo J. (2005), Nuevo régimen legal del robo con armas. Ley 25.882, Advocatus, Córdoba).

Así también, Pérez Barberá admite la necesidad de acometimiento, el que define conforme la RAE como embestir con él contra algo, y hacerlo "con ímpetu y ardimiento". De esta forma, quien acomete merece una respuesta punitiva más grave de quien sostiene un objeto en forma amenazante, lo que se vincula a la razón de ser de la agravante, pues el acometimiento genera un peligro real y concreto, mientras que ello no ocurre, la generación de tal clase de peligro es meramente contingente.

Elizabeth Marum expone que una cierta clase de objetos, en su eventual utilización, es decir antes de su efectivo empleo, debe constituir un peligro real y concreto para el sujeto pasivo, de ello surge la necesidad de establecer el modo como han sido empleados, como pauta para fijar el concepto de arma, porque en ello se basa el mayor disvalor de la acción del autor y el mayor contenido del injusto. Toda vez que no debe olvidarse que el ámbito de protección de un tipo, al que ha de orientarse la interpretación, se determina no solo mediante el bien jurídico, sino también mediante los requisitos específicos de la acción. Agregando que debe tenerse en mira el peligro real y el plus en relación a la “violencia en las personas” del robo simple. Citando a

Tozzini, en cuanto señala los excesos de la jurisprudencia, sostiene que se ha olvidado que ya el robo es un hurto agravado por el uso de violencia sobre las personas, y en consecuencia el robo agravado por el uso de un arma requiere mayor precisión en el contenido de la calificante. (“Código Penal y Norma Complementarias, Análisis Doctrinal y jurisprudencial-Baigún, Zaffaroni, Terragni, Tomo 6, págs.285/285).

Teniendo en consideración el repaso doctrinario relativo al tema, habida cuenta que la sentencia recurrida ha dejado expresa su adhesión a la tesis amplia de los precedentes de este Tribunal, puntualizando que el tipo agravado se configura con el uso del arma (impropia) para cometer el furtum, siendo ello una cuestión de prueba de la que debe surgir con claridad la clase de instrumento, como también qué tipo de movimiento, energía o acometimiento se asumiera con el mismo, para luego determinar que -merced a ello- la víctima se encontró ante un peligro real y concreto, entregando el bien por haberse doblegado su voluntad. Único modo de discernir la violencia del robo simple del plus de la agravante. Todo lo cual en el sublite no ha sido acreditado, tal como se razona y fundamenta en la sentencia.

#### 8. Conclusión:

Habiendo realizado el análisis de los elementos probatorios y examinado el razonamiento efectuado por el Tribunal, al ponderar cada uno de ellos, en pos de determinar si el hecho reprochado y acreditado merecía encuadrarse en el art. 166 inc.2 del Código Penal; con más el máximo esfuerzo que la casación habilita para escrutar los extremos que surgen de las pruebas y verificar si estos han sido valorados a la luz de la sana crítica racional; se concluye categóricamente que el fallo puesto en crisis por la recurrente, ha cumplido acabadamente y cabalmente con la manda del art. 200 de la C.Pcial.

Ello así en tanto ha dado motivación razonada y legal en su tarea de subsunción, poniendo de relieve la ausencia de elementos probatorios que arrimen certeza sobre los extremos necesarios para tener por acreditado el ilícito agravado; haciendo un análisis prudente y meduloso de aquello que fue llevado a su conocimiento.

Por consiguiente el agravio de la recurrente no debe prosperar, propiciando al Cuerpo rechazar el recurso de casación incoado contra la sentencia de la Cámara Tercera en lo Criminal de General Roca. MI VOTO.

Los señores Jueces doctores Adriana C. Zaratiegui, Enrique J. Mansilla y Sergio M. Barotto dijeron:

1. Sin perjuicio de compartir los primeros considerandos (1 al 6) del voto que nos precede, hemos de disentir con el análisis y solución del caso que allí se propone

(puntos 7 y 8), en tanto estimamos que, tal como lo expone la recurrente, la conducta de los imputados debió haber sido encuadrada como robo con armas, en los términos del art. 166 inc. 2 del Código Penal, y no lo fue precisamente en virtud de una valoración arbitraria de la prueba y de una incorrecta interpretación de los alcances de la doctrina legal de este Superior Tribunal.

En efecto, de la lectura de la fundamentación desarrollada en la sentencia al descartar la agravante se advierte que, por un lado, se desentiende de la naturaleza objetiva del elemento empleado soslayando la convicción que emerge de las constancias del expediente en lo que respecta a la acreditación de tal extremo, y, por el otro, le asigna a la doctrina legal de este Superior Tribunal de Justicia, a la que citó expresamente, una interpretación extensiva, incluyendo elementos que esta no exige.

2. Para así concluir resulta pertinente comenzar el análisis haciendo referencia a los dichos de las víctimas, Laura Giselle Huentemilla y Marcelo Adrián Berrios, tal como lo hizo la Cámara en lo Criminal, al reseñarlos sosteniendo que “[s]obre este punto se cuenta con la versión de la damnificada Huentemilla quien señaló que el desapoderamiento se produjo ‘previo romper tres botellas de vidrios que se encontraban tiradas en el lugar y realizando ademanes dirigidos hacia mi cuerpo con el vidrio roto, más precisamente a la altura de mi cuello...llevándose el que vino a intimarme la moto a la par’, mientras que Berrios señaló: ‘enseguida rompen unas botellas que estaban dispersas en el lugar y hacen ademanes dirigidos al cuello de mi novia con la botella rota que tenía en la mano’”.

Teniendo ello en consideración, el a quo invocó la doctrina legal de este Superior Tribunal respecto de esta temática, no sin mencionar que su recepción no ha sido pacífica en la doctrina. Sostuvo entonces que “El STJRN ha adoptado criterio en el sentido de que las denominadas ‘armas impropias’ están incluidas en la agravante del art. 166 inc. 2 del CP y no resultan inconstitucionales por violación al principio de legalidad...”. Establecido esto, y luego de referir ciertos tramos de esa doctrina legal, la Cámara en lo Criminal estimó que para establecer si se estaba en presencia de un arma impropia era necesario valorar con prudencia, en particular, la prueba sobre dos aspectos: las características objetivas del elemento y la forma en que fue empleado al momento del hecho. Desarrolló entonces su argumentación, arribando a la conclusión de que el elemento utilizado no constituía un arma impropia, en los términos de la agravante penal en cuestión.

Sin embargo, una correcta interpretación de la doctrina legal de este Superior Tribunal

de Justicia indica que solo el primer aspecto (características objetivas) resulta decisivo para tal encuadre calificado (no así lo relativo al modo de utilización, como se verá). De la adecuada ponderación de las constancias de la causa surge, además, que ese primer ítem -en el caso- efectivamente era constitutivo de un arma impropia.

Y en este punto se advierte un razonamiento arbitrario –por contradictorio- en la sentencia, en tanto inicialmente se afirma que “se alude a un ‘vidrio correspondiente a una botella rota’ elemento que sin duda podría ser idóneo para ser considerado ‘arma impropia’ a los fines de la agravante”, para luego terminar decidiendo lo contrario. Cabe señalar que ese enunciado es conteste con lo que establece la doctrina legal, precisamente en determinados tramos a los que el juzgador hizo referencia de modo expreso (particularmente cuando se especifica que “se admite que ‘arma’ es todo elemento que incrementa de cualquier modo el poder ofensivo del hombre, sea ésta de fuego o cualquier elemento destinado inequívocamente a ejercer violencia o agredir, recibiendo entonces el nombre de ‘arma propia’. O bien, todo instrumento (vgr., contundente, filocortante, punzante, etc.) con aptitud para inferir una herida corporal capaz de poner en peligro la salud o la vida, aunque no estuviese destinado al efecto, recibiendo en este caso el nombre de ‘arma impropia’...”).

Sin perjuicio de que queda claro –y así pareció entenderlo el a quo según consta al inicio de su análisis- que un trozo de vidrio, o una botella de vidrio rota, por su naturaleza filocortante encuadra inexorablemente en ese último concepto, luego la Cámara describe ciertas circunstancias que le impedirían considerar al elemento empleado como tal. Las enumeró separándolas en dos grupos, en función de las dos categorías que, según estableció, debían ser merecedoras de una particular prudencia al valorar la prueba: las características objetivas del elemento y la forma en que fue empleado al momento del hecho.

3. En cuanto a lo primero, ponderó en particular que el elemento utilizado no fue secuestrado, que no podría ser observado con claridad en las fotografías obrantes en el expediente (concretamente las que aparecen con los números 9 y 10 a fs. 293) y que, en todo caso, “se desconoce si los trozos de vidrios que lucen en las fotografías, fueron o no los utilizados por los autores”.

/// 11. Se advierte así que lo argumentado es contrario a las reglas de la experiencia, en tanto por más que no se haya secuestrado el trozo de vidrio o botella esgrimido en la ocasión no por ello podría dudarse de su naturaleza filocortante y, como tal, de su capacidad para poner en peligro la integridad física e incluso la vida de la víctima

–Huentemilla- a cuyo cuello fue dirigido.

Es necesario consignar, por un lado, que la Cámara en lo Criminal no puso en duda que los autores rompieron varias botellas que había en el lugar y le realizaron ademanes a Huentemilla (así quedó expresado en la sentencia: “[q]ueda claro, por la coincidencia de los testigos, lo que se observa a lo lejos en las fotografías y demás constancias procedimentales, que los autores rompen varias botellas que había en el lugar y le realizan ademanes a la damnificada”), lo que se suma a que en ningún momento argumentó que los relatos de Huentemilla y Berrios no fueran creíbles. Solo puso de resalto ciertas incongruencias entre sus declaraciones que, como se verá, versan sobre detalles que no resultan significativos.

Asimismo, las fotografías aludidas permiten apreciar de modo suficiente que efectivamente había en el lugar numerosos vidrios de botella, y también puede visualizarse en ellas, en la misma área, la existencia de líquido derramado, lo que es demostrativo de que las botellas habrían sido rotas, vertiendo parte de su contenido, en un tiempo inmediato anterior o cercano a aquel en que fue fotografiada la escena, todo lo cual brinda respaldo a los dichos de ambas víctimas, en el sentido de que las botellas fueron rotas delante de los jóvenes para luego efectuar con sus restos los ademanes intimidatorios.

Por último, sin perder de vista que el extremo a dilucidar era la temática de la naturaleza del elemento empleado, resulta irrelevante si el o los vidrios utilizados se encontraban o no fotografiados en el expediente, dado que en cualquier caso -como hemos dicho- se trata de elementos filocortantes, con aptitud para herir y eventualmente matar, esto último teniendo en consideración que habrían sido dirigidos a la zona corporal aludida (cuello).

Cabe agregar que tal aptitud para causar daños en el cuerpo (lesiones por heridas cortantes) fue asignada deliberadamente por los autores. En este aspecto es dable remarcar que toda botella tiene por sí misma poder vulnerante, puede ser utilizada como elemento contundente (en este expediente, a modo de ejemplo, al perseguir a los autores, Berrios logró que el conductor de la moto perdiera el control arrojándole una botella, tal como surge de lo declarado por el a fs. 5 y por Huentemilla a fs. 4) o bien, si se rompe, como elemento filocortante. A su vez si se muestra de modo amenazante (por ejemplo, si la botella está rota y se dirige al cuello, luego de confirmar las intenciones de robo y solicitar las llaves de la moto, como sucedió en el caso, según esas declaraciones) también tiene efecto intimidante. A ello se suma que la

circunstancia de romperlas deliberadamente frente a las víctimas, como lo hicieron los autores del hecho, es demostrativa de que estos decidieron así aumentar el poder vulnerante de los objetos aludidos (botellas que se encontraban tiradas y dispersas en el lugar, como dijeron las víctimas), y mediante una maniobra explícita que fuera advertida por ambos jóvenes. En otras palabras, los autores optaron por romper las botellas, pudiendo no hacerlo y, sabiendo que ello fue visto por las víctimas, posteriormente las utilizaron –haciendo ademanes- para consumir el robo, conocedores del efecto intimidante que usualmente tiene la exhibición de tales elementos cortantes, máxime si se los dirige a determinados lugares del cuerpo, por su idoneidad para herir y eventualmente matar. Un indicio de tal intimidación, lograda con un elemento filocortante con poder vulnerante, es la circunstancia de que, ante tales maniobras (romper botellas de vidrios y dirigiéndolas al cuello de Huentemilla), Berrios decidió ir a pedir ayuda (“ante esto, mi novio se retiró en búsqueda de ayuda”, “ante todo esto yo salí a pedir ayuda...”, manifestaron ambos, respectivamente), o sea no intentó él solo, por sí mismo, oponerse a lo que estaba ocurriendo, siendo esto justamente una de las consecuencias posibles buscada por los imputados al utilizar un arma, las que el legislador tuvo en cuenta para la calificación que agrava la figura básica.

4.- En relación con el segundo grupo de circunstancias a las que se aludió en la sentencia para descartar la existencia de la calificante, la Cámara en lo Criminal dijo no tener “certeza si los dos sujetos utilizaron elementos de estas características o uno de ellos (la víctima habla en singular, su acompañante en plural)”, extremo que en modo alguno resultaba relevante en el caso, teniendo en consideración que –al tratar las demás cuestiones sometidas a decisión- se tuvo por acreditado un robo en coautoría.

A ello agregó que “tampoco hay preci[s]iones si se tomó un trozo de vidrio o en su defecto una botella partida, y en ambos casos, las dimensiones y características de los mismos”. Tales distinciones, si bien hubieran sido útiles para ilustrar mejor al tribunal sobre las características del elemento empleado, carecen de trascendencia en tanto, en cualquiera de los supuestos, se trataba de un elemento de naturaleza filocortante “con aptitud para inferir una herida corporal capaz de poner en peligro la salud o la vida, aunque no estuviese destinado al efecto”, tal como lo establece la doctrina legal que resultaba de aplicación al caso.

Del mismo modo, cabe descartar la relevancia que le asignó el a quo al último ítem que refirió, relativo a que “las víctimas y la acusación hablan de la existencia de ‘ademanes’ con el objeto, según Huentemilla dirigidos al cuerpo a la altura del cuello, y según

Berrios a la zona del cuello.- Igual apreciación que en el párrafo anterior, merecen tales expresiones.-No es posible, a ciencia cierta, determinar las características de los llamados ademanes, la distancia y forma en que se realizaron, si fue uno o los dos sujetos lo que lo hicieron, cuánto incidió tal maniobra en doblegar la voluntad de las víctimas, entre otras circunstancias, que no surgen de la testimonial escrita”.

Sobre este punto -los ademanes y sus características- es dable reiterar que frente a la naturaleza del objeto que se estaba exhibiendo –vidrios de botellas, a las que previamente se rompió delante de las víctimas-, idóneo por sí mismo para poner en riesgo la integridad física y vida de la persona a la que se lo dirigía, resulta irrelevante conocer con más precisiones cómo fueron, más cuando no se puso en duda que se desplegaron a la altura o en la zona del cuello de la joven.

En relación con la incidencia de la maniobra desplegada en la voluntad de la víctima, se trata de un aspecto que excede las exigencias establecidas por la doctrina legal, ya referida, cuando se está en presencia de este tipo de supuestos (utilización de elementos filocortantes), sin perjuicio de que pueda ser necesaria su comprobación para que encuadre en otras figuras agravadas.

En tal sentido se advierte la ilogicidad de la sentencia –también aquí por su notoria contradicción-, en tanto la propia Cámara en lo Criminal citó en su desarrollo argumental una opinión doctrinaria que establece con claridad -al distinguir los fundamentos de cada uno de los supuestos legales contenidos en la norma del art. 166 del Código Penal- que, en el caso de las armas impropias, este radica en el mayor peligro real para la vida y la integridad física del sujeto pasivo, y no en la mayor intimidación sufrida por la víctima del robo.

A mayor abundamiento, la decisión recurrida contraría también las reglas de la lógica –concretamente por vulneración al principio lógico de derivación- en tanto la exigencia de la referida segunda regla de prudencia que allí se establece (en relación con la valoración de las pruebas sobre el modo en que se empleó el elemento en cuestión) de ningún modo surge de la doctrina legal, como lo refiere el a quo. Ello en virtud de que la Cámara en lo Criminal sostuvo, erróneamente, que tal regla derivaba de una cita contenida en uno de los precedentes de este Superior Tribunal que trajo a colación (STJRNS2 Se. 193/06), cuando en rigor esa referencia, en el aspecto resaltado por el a quo, no se ajusta a las constancias de este expediente. En efecto, allí se estaba aludiendo a la necesidad de que el juez aprecie “si por el modo en que se lo utilizó aumentó el poder ofensivo del sujeto activo de injusto y, por ende, constituye una violencia física

intimidante, para considerar integrados los elementos de los distintos tipos que prevén el uso de armas”, justamente cuando antes se venía distinguiendo cuáles son esos diferentes supuestos legales, explicando que la temática del aumento del poder ofensivo resulta relevante cuando se trata de armas propias (“se admite que ‘arma’ es todo elemento que incrementa de cualquier modo el poder ofensivo del hombre, sea ésta de fuego o cualquier elemento destinado inequívocamente a ejercer violencia o agredir, recibiendo entonces el nombre de ‘arma propia’”) mientras que la categoría que aquí interesa y resulta aplicable en este caso no era esa sino la de arma impropia (que en esa misma cita de la doctrina legal se define, reitero, como “todo instrumento (vgr., contundente, filocortante, punzante, etc.) con aptitud para inferir una herida corporal capaz de poner en peligro la salud o la vida, aunque no estuviese destinado al efecto, recibiendo en este caso el nombre de ‘arma impropia’ ...”).

Por último, en relación con la referencia que efectúa el juzgador respecto de que las botellas no fueron utilizadas en forma contundente para golpear a la víctima, se trata de una hipótesis diversa, claramente inaplicable al caso, que tampoco fue alegada por las partes.

5. De todo lo anterior desprende, en síntesis, que la Cámara en lo Criminal no ha aplicado las reglas de la lógica y experiencia común, que integran la sana crítica racional, al valorar las constancias de la causa y al interpretar las exigencias de la doctrina legal establecida por este Superior Tribunal, todo lo cual ha dado como resultado una decisión arbitraria, que ha inobservado la ley sustantiva –además de la referida doctrina legal- en lo que respecta a la correcta subsunción del hecho, que debió ser en la figura calificada de robo cometido con arma, impropia en este caso (conf. art. 166 inc. 2, primer supuesto, del C.P.).

///13. Efectuado entonces el máximo esfuerzo y realizada la revisión de la prueba y el control de la motivación de lo decidido, se advierte que la crítica del recurso ha resultado relevante y el recurso debe prosperar.

Ahora bien, sus efectos no podrían ser de nulidad con reenvío por cuanto, tal como viene sosteniendo la mayoría de este Cuerpo (in re STJRNS2 Se. 73/14 “Avin”), el reenvío a nuevo debate implicaría realizarlo con sujeción a los límites de la prueba producida, respecto de las cuales este Cuerpo ha realizado la revisión integral, y ha establecido además –aspecto que adquiere relevancia al decidir el temperamento a adoptar- que correspondía aplicar la doctrina legal que rige la correcta subsunción de la ley sustantiva al caso, inobservada por el a quo.

En virtud de lo expuesto, propiciamos al Acuerdo: 1) hacer lugar al recurso de casación interpuesto en autos; 2) casar la sentencia impugnada (art. 440 C.P.P.), revocando el punto I de su parte dispositiva y condenar a los imputados, de condiciones personales obrantes en autos, como co-autores del delito de robo agravado por su comisión con armas (art. 166 inc. 2 del Código Penal); y 4) reenviar el expediente al a quo para la determinación de las penas que les correspondan, toda vez que tuvo conocimiento de visu de los imputados en la audiencia de debate y se encuentra en las mejores condiciones para ello. Esto último, además, con el fin de garantizar el derecho a recurrir y a obtener una revisión amplia de las penas que eventualmente se les impongan (conf. arts. 8.2.h CADH y 14.5 PIDCP). NUESTRO VOTO.

El señor Juez doctor Ricardo A. Apcarian dijo:

Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces doctores Adriana C. Zaratiegui, Enrique J. Mansilla y Sergio M. Barotto, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 38 L.O.).

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA  
POR MAYORÍA RESUELVE:

Primero: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 332/340 de las presentes actuaciones por la señora Fiscal de Cámara doctora Graciela E. Echegaray;

Segundo: Casar la sentencia N° 46 dictada el 16 de junio de 2016 por la Cámara Tercera en lo Criminal de General Roca (art. 440 C.P.P.), revocar el punto I de su parte dispositiva, y\n// condenar a Mariano Javier Miranda y Eduardo Sebastián Ulloa, de circunstancias personales obrantes en autos, como co-autores del delito de robo agravado por su comisión con armas (art. 166 inc. 2 del Código Penal);

Tercero: Reenviar el expediente al tribunal de origen para la determinación de las penas que les correspondan a los nombrados

Cuarto: Registrar, notificar y oportunamente archivar.

ANTE MÍ:

Firmantes:

PICCININI (en disidencia) - ZARATIEGUI - MANSILLA - BAROTTO - APCARIAN

(en abstención)

ARIZCUREN Secretario STJ

PROTOCOLIZACIÓN:

Tomo: 3

Sentencia: 172

Folios Nº: 583/595

Secretaría Nº: 2