

///en Necochea, a los 26 días de mayo de 2011, se reúne el Tribunal en lo Criminal N° 1 a los fines de dar lectura al Veredicto y Sentencia recaídos en los autos caratulados: "PACHECO, Jonathan Ezequiel s.Robo Agravado por el uso de arma" (Expte. N° 4715-0085), producto de las deliberaciones realizadas en el Acuerdo Ordinario celebrado por el Tribunal, en el que se practicó el sorteo prescripto por el artículo 168 de la Constitución de la Provincia, resultando del mismo que la votación debía ser en el orden siguiente: Mario Alberto Juliano, Luciana Irigoyen Testa y Mariana Giménez, donde se resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones:

PRIMERA: ¿Se encuentra acreditado el hecho en su exteriorización material?

A LA CUESTION PLANTEADA EL JUEZ JULIANO DIJO:

.....a) LA PRUEBA INGRESADA AL JUICIO POR LECTURA.

.....1.- A fs. 3 obra croquis ilustrativo sin escala realizado por el Teniente Sergio Fabián Heredia, que indica el lugar donde sucedieron los hechos, esto es, 58 entre 45 y 47 de Necochea.-

.....2.- A fs. 6/7 obra carta llamado al 911, de la que surge que se pone en conocimiento que a una señora le habían arrebatado el bolso con pertenencias, tratándose de un N.N. de buzo gris que se fue por 58 para 59, retomando en 49 para el lado de 60. Que se constituyen numerarios policiales en distintos móviles, lográndose la detención del N.N. en 49 entre 72 y 74, hallándose en su poder el bolso y un cuchillo. Que la damnificada adujo que el N.N. la amenazó con un cuchillo y le sustrajo un bolso marca puma con un celular y unas llaves.

.....3.- A fs. 11 obra examen de visu realizado por el Teniente Sergio Fabián Heredia correspondiente a un bolso de cuero color negro, marca Puma, una caja metálica con instrumental podológico, un torno eléctrico de podología, una chaqueta color blanco, un teléfono celular marca Samsung, modelo SGH, deslizable, abonado 2262-15631464 empresa Movistar, una caja con hojas de bisturí, un par de anteojos recetados, un par de anteojos de sol y una agenda personal.

.....4.- A fs. 13 obra examen de visu practicado por el mismo Teniente sobre un cuchillo de 20 cm. de hoja, empuñadura de madera, con tres remaches metálicos, marca Stainless Steel y una campera con capucha de color gris, con detalles a rombos en gris oscuro, marca Billabong.-

.....5.- A fs. 34 obra informe del Registro Nacional de Reincidencia correspondiente a Jonathan Ezequiel Pacheco, del que surge que el nombrado no registra antecedentes a informar por esa Repartición.-

.....6.- A fs. 42/44 obra planilla de antecedentes policiales correspondiente al imputado de autos, del que surge que el nombrado registra la causa N° 6910 por Inf. al Art. 42 y 79 de la Ley 8031, la cual se encuentra paralizada con averiguación de paradero del nombrado.-

.....7.- A fs. 4 obra denuncia radicada por la señora Ana María Jensen, donde manifestó que siendo las 21.25 horas del 18 de febrero de 2011 y en circunstancias en que se desplazaba caminando por 58, cruzando la 47 de este medio, es abordada por una persona del sexo masculino, de contextura física delgada, de muy baja estatura, vestido con un buzo con capucha de color gris, el que mediante la utilización de un arma tipo cuchillo, de grandes dimensiones, le dijo "NO TE RESISTAS, DAME LA PLATA, DAME TODO, ES UN ASALTO". Que seguidamente ingresa la mano dentro del bolsillo de la campera, no hallando nada, por lo que inmediatamente le arranca del brazo un bolso de cuero de color negro, marca Puma, una caja metálica con instrumental podológico, un torno eléctrico de podología, una chaqueta de color blanco, un teléfono celular marca Samsung, modelo SGH-F250, deslizable, abonado N° 2262-15631464 Movistar, una caja con hojas de bisturí, un par de anteojos recetados, uno de sol y una agenda personal. Luego se da a la fuga por 58 hacia 47 y por esta hacia 60, donde lo pierde de vista. Luego intercepta a un automovilista al cual le indica que llame a la Policía, llegándose a la Terminal de Omnibus, donde se encontraba el móvil de parada fija, quien vía radial comunica la novedad para los móviles del resto de la jurisdicción. Luego es trasladada a la dependencia policial a los fines de radicar la denuncia, tomando conocimiento que ya habían demorado al autor del hecho.

.....8.- A fs. 5/6 del Incidente de Excarcelación N° 923/11 correspondiente a Jonathan Ezequiel Pacheco obra Informe de Perito Asistente Social de la Asesoría pericial Departamental, Susana Lía Kruger, quien luego de efectuar las evaluaciones correspondientes, refiere en sus conclusiones que de la historia vital del nombrado pacheco, de su familia de origen no se obtuvo información por desconocimiento de su pareja. Jonathan y María Eugenia Moyano desarrollan sus vidas en un contexto de indigencia, poniendo en práctica estrategias de supervivencia: la actividad de "cuida coches" como una alternativa a la generación de ingresos, la mendicidad y la ayuda familiar. María Eugenia Moyano es menor de edad, denotando limitaciones para su desenvolvimiento autónomo; es su madre quien se presenta guiándola, brindándole contención emocional y económica. Situación habitacional precaria.

.....b) LA PRUEBA RECIBIDA EN EL CURSO DE LA AUDIENCIA ORAL Y PUBLICA.

.....1.- WALTER ALBERTO es un Subteniente de la Comisaría 1ra. Relata que el día del hecho recibió un llamado del 911 dando cuenta que un individuo había apretado a una señora con un arma blanca, sacándole el bolso. Le dan las características y que había salido corriendo por 58 hacia 59. El hecho había sido a la altura de la Terminal. Que tomó por 70 y en un negocio, no recuerda si en la intersección 49 y 70, ve a una persona de similares características. Que le da la voz de alto y se mete en un negocio. Cuando sale del mismo tira un bolso y sale corriendo. Que lo persiguió dos cuadras y lo intercepta, cree que en 49 y 72, donde fue reducido. Que luego, con la presencia de testigos, secuestraron el bolso que había arrojado esta persona, donde estaban las pertenencias de la mujer.

.....2.- RICARDO DE ESTEBAN es el Teniente que también intervino la aprehensión del imputado. Relata que ese día recibieron un llamado del 911 por un hecho que se había cometido en la terminal. Con su compañero de patrulla bajaron para ese lado y agarraron por 70 hasta 51 y cuando pasa ve que por la vereda derecha venía una persona corriendo que tira un bolso color oscuro entre los pastos y luego se frena. Que también frena la patrulla, estacionando. El bolso, o lo que tira, queda a una distancia de cuatro o cinco metros de la camioneta. El sujeto ingresa a una carnicería y lo esperan afuera. Cuando sale se escapa, pero lo corren y llegan a la esquina de 70 y 51 y agarra por 70 hacia 49 y su compañero lo corría a pie y el declarante en camioneta. Le parece que era 49 entre 70 y 72. Le cruza la camioneta y lo reducen. Por características era el del hecho de la terminal. Piden apoyo, vuelve al lugar a buscar lo que había tirado y encuentran un bolso que estaba al lado de un basurín.

.....3.- MANUEL FERNANDO GUTIERREZ fue testigo del procedimiento. Dijo que estaba en su casa cuando sintió ruidos. Que vio policías, sale y estaba su cuñado para salir como testigo. Su intervención se produjo frente a su domicilio, en 49 N° 3166, entre 68 y 70 de Necochea. Le pidieron que saliera de testigo, revisaron el bolso, cree color negro, donde encuentran un cuchillo, entre otras cosas.

.....c) LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES.

.....Para el representante del Ministerio Público Fiscal, Silvia Gabriele, no ha sido controvertida la existencia del hecho ni la participación que le cupo al imputado en su comisión. A su criterio se trata de un delito consumado, solicitando que al momento de dictar la sentencia se imponga una pena de cinco años de prisión por resultar el causante autor del delito de robo agravado por el uso de armas, previsto y sancionado por el artículo 166.2 del Código Penal.

.....Por su lado, el señor defensor oficial interviniente, Daniel Oscar Surgen, sin controvertir la existencia del hecho ni la participación en el mismo de su asistido, sostiene que el delito quedó en grado de conato, habida cuenta la corta distancia existente entre el lugar del hecho y el sitio en que es interceptado por la Policía (cinco o seis cuadras), lo cual no habría permitido poner a buen resguardo a la res furtiva. Subsidiariamente sostiene que no se encuentra acreditado el uso de armas, como lo requiere el tipo penal, ya que de las constancias agregadas a la causa para ser empleadas como prueba, no surge de qué modo habría sido empleado el cuchillo, o

si simplemente o exhibió. Que a su criterio, el hecho debe ser recalificado como robo simple en grado de tentativa, previsto y sancionado por el artículo 164 en relación con el 42, ambos del Código Penal, solicitando que al momento de dictar la sentencia se imponga el mínimo de la pena prevista, tomando en consideración para ello los informes socio económicos agregados en el incidente de excarcelación, que dan cuenta que el causante se encuentra en estado de indigencia.

.....d) MI SINCERA CONVICCION SOBRE LA OCURENCIA DE LOS HECHOS.

.....La ocurrencia del hecho, como asimismo la participación que en el mismo le cupo al señor Pacheco (autor) se encuentra fuera de discusión y no ha sido controvertida en el juicio.

.....Las mismas se encuentran plenamente acreditadas habida cuenta haber sido detectada su ocurrencia en la flagrante comisión del delito (artículo 154 C.P.P.) donde, casi sin solución de continuidad (concomitancia témporo espacial), se registra el desapoderamiento de la víctima y la aprehensión por parte del personal policial, en posesión de la res furtiva.

.....Que la única cuestión controvertida, según han coincidido las partes, es si el hecho se encuentra consumado o meramente tentado.

.....He sostenido reiteradamente que, a mi criterio, el límite entre la tentativa y la consumación no depende ni del tiempo transcurrido entre la comisión y la frustración del delito, y tampoco de la posible distancia que pueda separar a los partícipes o autores del lugar geográfico donde ocurrió el hecho.

.....Coincido con las apreciaciones formuladas desde la defensa, en el sentido que el tipo penal requiere una doble acción: el desapoderamiento de la víctima y el apoderamiento por parte del sujeto activo.

.....Relacionado con la primera de las cuestiones, no hay dudas que en este caso se configuró el primer tramo de la acción, esto es, el desapoderamiento, consistente en la sustracción del bolso que portaba la víctima por parte del señor Pacheco.

.....Ahora, ¿existió apoderamiento? A estos fines debo explicitar qué implica la mentada fórmula del apoderamiento para mi modo de ver las cosas. En este sentido, adscribo a las tesis más tradicionales, que identifican dicha acción con la posibilidad de disponer de la cosa sustraída.

.....Como es obvio, dilucidar cuando existe apoderamiento, esto es, disponibilidad de la cosa por parte del autor, no depende de una fórmula matemática, sino que se encuentra sujeto y condicionado a aspectos fácticos de cada caso en particular, y muy especialmente con respecto a las características de la cosa sustraída (no es lo mismo apoderarse/disponer de dinero en efectivo que de un camión cargado de hacienda).

.....Trasladando las convicciones precedentes al caso en juicio, debo decir que, no obstante la poca distancia existente entre el lugar del hecho y el sitio en que el señor Pacheco es interceptado por las fuerzas policiales (cinco o seis cuadras) y el escaso tiempo transcurrido entre ambos momentos, el causante tuvo la posibilidad de disponer de la cosa. Lo que no tuvo fue la suerte (para sus propósitos delictivos) de eludir la intervención policial, que es una cuestión distinta a los límites entre la consumación y la tentativa.

.....Así lo ha entendido la Casación provincial: "...Para que pueda considerarse que la cosa ha salido de la esfera de custodia del dueño, la persecución ha de haber sido sin solución de continuidad. El desapoderamiento se abastece con la pérdida de la relación de hecho del tenedor respecto de la cosa objeto de la sustracción. La inmediatez en la detención -mediando solución de continuidad en la persecución- es producto del acaso y de la efectividad del personal que afrontó la interceptación y ni puede ello beneficiar a los imputados..." (Casación Penal de Buenos Aires, Sala III, CP0302 LP, P 88335 RSD-97-96 S 30-8-1996, Juez SAL LLARGUES (SD) CARATULA: E.,A. s/ Robo calificado).

.....Es incluso ésta la doctrina de la Corte de Justicia provincial: "...Corresponde mantener la calificación legal actuada por laalzada en los términos de los arts. 42 en relación al 164 del C.P., si la alzada concluyó (...) que la disposición del camión y su carga no llegó nunca a ser

libre (por ejemplo, ante la presencia sin solución de continuidad de la víctima); en tanto no se advierte en ese proceder una aplicación de la doctrina de esta Corte -que, en lo que cuenta, entiende que lo relevante para tener por consumado el desapoderamiento resulta la "posibilidad de disposición" de la res furtiva, "fuera de la esfera de custodia de la propia víctima o un tercero"- manifiestamente incompatible con tales postulados.." (SCBA, P 67665 S 21-3-2007 , Juez SORIA (MI) CARATULA: R.,G. s/ Robo agravado ).

.....Efectivamente, Pacheco tuvo muchas oportunidades entre que desapoderó a la víctima y se dio a la fuga (haber tomado otro camino, haberse ocultado, haber ocultado la cartera), habida cuenta que existió un tramo de unas cinco o seis cuadras donde su suerte pudo haber variado. Las circunstancias, o la efectividad policial, hicieron que se produjera su aprehensión.

.....Tal como se consignó precedentemente, para el señor defensor, no se ha acreditado en la causa uno del los requisitos del tipo penal, esto es, el empleo de un arma (suponiendo que el cuchillo secuestrado en la causa pueda ser reputado "arma").

.....Tal como figura en la denuncia de fs. 4, agregada al juicio por lectura, la víctima relató que el apoderamiento se produjo "mediante la utilización de un arma tipo cuchillo de grandes dimensiones".

.....En tales términos, considero que se abasteca debidamente la exigencia de que el robo sea cometido "con" armas, según establece el artículo 166.2 del Código Penal, entendiendo por dicho modo comisivo el empleo del artefacto en cuestión, y no meramente tener lo guardado entre las ropas y anunciar su existencia. La víctima refirió muy claramente que su agresor "utilizó" un cuchillo, lo que a mi juicio abasteca debidamente el aludido requisito típico.

.....Consecuentemente, daré por probado que siendo aproximadamente las 21 horas del 18 de febrero de 2011 el señor Jonathan Ezequiel Pacheco interceptó a la señora Ana María Jensen en las inmediaciones de 47 y 58 de Necochea, y mediante la utilización de un cuchillo, le sustrajo de un tirón un bolso de cuero en cuyo interior tenía diversos efectos personales.

.....A la cuestión planteada, voto por la AFIRMATIVA, por ser ello mi lógica, sincera y razonada convicción (artículos 371.1 y 373 del C.P.P.).  
A LA MISMA CUESTION LA JUEZA IRIGOYEN TESTA DIJO:

.....Voto en idéntico sentido que el juez Juliano y por sus mismos fundamentos, por la AFIRMATIVA, por ser también mi sincera y razonada convicción, pronunciándonos por la AFIRMATIVA (artículos 371.1 y 373 del C.P.P.).

A LA MISMA CUESTION LA JUEZA GIMENEZ DIJO:

.....Adhiero al voto del juez Juliano, por análogos fundamentos, por la AFIRMATIVA, por ser también mi sincera y razonada convicción, pronunciándonos por la AFIRMATIVA (artículos 371.1 y 373 del C.P.P.).

SEGUNDA: ¿Se encuentra acreditada la participación del procesado en el hecho?  
A LA CUESTION PLANTEADA EL JUEZ JULIANO DIJO:

.....Al respecto, y tal como ha quedado votada la cuestión anterior, digo que la participación del señor Jonathan Ezequiel Pacheco ha sido a título de autor, por haber desplegado el nombrado la conducta descrita en el núcleo del tipo penal (artículo 45 del Código Penal).

.....En cuanto a la atribuibilidad de la acción típica y antijurídica, digo que no encuentro motivos que justifiquen la inexigibilidad de la conducta del imputado conforme a derecho. La valoración de reprochable, contiene como necesario la evitabilidad individual del hecho. De no ser así, la comunidad no podría dirigirse a esa persona con su respuesta al ilícito, ella no tendría que ser responsabilizada por el hecho (Hans Joachim Hirsch "Derecho Penal Obras Completas" Editorial Rubinzal-Culzoni Tomo I Pag. 153 Año 1.999).-

.....El señor Pacheco, al momento de los hechos, era IMPUTABLE, extremo que no ha sido controvertido.

.....En conclusión, entiendo que la conducta desplegada por el imputado le es atribuible en su doble faz de responsabilidad y culpabilidad estricta, por

ser un hecho que pudo haber omitido en el caso concreto, y por comprender y dirigir plenamente sus acciones.

.....A la cuestión planteada voto por la AFIRMATIVA, por ser ello mi lógica sincera y razonada convicción (artículos 371.2 y 373 del C.P.P.).

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA LA JUEZA IRIGOYEN TESTA DIJO:

.....Voto en idéntico sentido que el juez Juliano y por sus mismos fundamentos, por la AFIRMATIVA, por ser también mi sincera y razonada convicción, pronunciándonos por la AFIRMATIVA (artículos 371.2 y 373 del C.P.P.).

A LA MISMA CUESTION LA JUEZA GIMENEZ DIJO:

.....Adhiero al voto del juez Juliano y por sus mismos fundamentos, por la AFIRMATIVA, por ser también mi sincera y razonada convicción, pronunciándonos por la AFIRMATIVA (artículos 371.2 y 373 del C.P.P.).

TERCERA: ¿Existen eximentes?

A LA CUESTION EL JUEZ JULIANO DIJO:

.....No encuentro eximentes.-

.....A la cuestión planteada, voto por la NEGATIVA, por ser ello mi sincera y razonada convicción (artículos 371.3 y 373 del C.P.P.).

A LA MISMA CUESTION LA JUEZA IRIGOYEN TESTA DIJO:

.....Voto en idéntico sentido que el juez Juliano, por la NEGATIVA, por ser ello mi lógica, sincera y razonada convicción (artículos 371.3 y 373 del C.P.P.).

A LA MISMA CUESTION LA JUEZA GIMENEZ DIJO:

.....Voto en idéntico sentido que el juez Juliano, por la NEGATIVA, por ser ello mi lógica, sincera y razonada convicción (artículos 371.3 y 373 del C.P.P.).

CUARTA: ¿Se verifican atenuantes?

A LA CUESTION PLANTEADA EL JUEZ JULIANO DIJO:

.....Computo como circunstancias atenuantes las apuntadas por el señor defensor oficial, esto es los informes socio ambientales agregados a fs. 5/6 y 8/9 del incidente de excarcelación extraordinaria que se encuentra agregado por cuerda a las actuaciones principales, de los cuales se desprende que el señor Pacheco es un indigente, con altos niveles de vulnerabilidad social.

.....A la cuestión planteada, voto por la AFIRMATIVA, por ser ello mi sincera y razonada convicción (artículos 40 y 41 del C.P. y 371.4 y 373 del C.P.P.).

A LA MISMA CUESTION LA JUEZA IRIGOYEN TESTA DIJO:

.....Voto en idéntico sentido que mi colega preopinante, por la AFIRMATIVA, por ser ello mi sincera y razonada convicción (artículos 40 y 41 del C.P. y 371.4 y 373 del C.P.P.).

A LA MISMA CUESTION LA JUEZA GIMENEZ DIJO:

.....Adhiero al voto de mis colegas preopinantes por análogos fundamentos, adicionando la falta de antecedentes condenatorios (fs. 34) y la corta edad de Pacheco, como lo planteara la Fiscalía en su alegato, desprendiéndose de las circunstancias del caso su inexperiencia o inmadurez (TC0002 LP 36089 RSD-812-10 S 20-5-2010 y sus acumuladas causas n° 36091 y 36092 fuente: [www.scba.gov.ar](http://www.scba.gov.ar)), así como también la recuperación del bolso y pertenencias sustraídos (véase en la primera cuestión del veredicto).-

.....Voto por la AFIRMATIVA, por ser ello también mi sincera y razonada convicción (artículos 40 y 41 del C.P. y 371.4 y 373 del C.P.P.).

QUINTA: ¿Concurren agravantes?

A LA CUESTION PLANTEADA EL JUEZ JULIANO DIJO:

..... Computo como circunstancia agravante que para cometer su hecho el imputado se haya valido de un cuchillo, lo que así decido en función de la calificación legal que habré de propiciar.

.....A la cuestión planteada, voto por la AFIRMATIVA, por ser ello mi sincera y razonada convicción (artículos 40 y 41 del C.P. y 371.5 y 373 del C.P.P.).

A LA MISMA CUESTION LA JUEZA IRIGOYEN TESTA DIJO:

.....Sin agravantes.

.....A la cuestión planteada, voto por la NEGATIVA, por ser ello mi sincera y razonada convicción (artículos 40 y 41 del C.P. y 371.5 y 373 del C.P.P.).  
A LA MISMA CUESTION LA JUEZA GIMENEZ DIJO:

.....Voto en el mismo sentido que la jueza Irigoyen Testa, por la NEGATIVA, por ser ello mi sincera y razonada convicción (artículos 40 y 41 del C.P. y 371.5 y 373 del C.P.P.).

.....En mérito al resultado que arroja la votación de las cuestiones precedentemente planteadas y decididas, el Tribunal pronuncia VEREDICTO CONDENATORIO para el señor Jonathan Ezequiel Pacheco, respecto del hecho traído a conocimiento de este Tribunal.-

.....No siendo para más se da por finalizado el acto, firmando los Sres. Jueces, por ante mí Secretaria Autorizante.-

.....S E N T E N C I A

.....Habiendo recaído veredicto CONDENATORIO, y siguiendo el mismo orden de votación, el Tribunal dictó SENTENCIA en base al planteamiento de las cuestiones que siguen (artículo 375 C.P.P.).

PRIMERA: ¿Cómo debe calificarse el hecho?

A LA CUESTION PLANTEADA EL JUEZ JULIANO DIJO:

.....El legislador ha previsto una reacción estatal agravada para el caso que los robos sean cometidos "con armas", discriminación que, en principio, no es merecedora de objeción constitucional alguna, ya que a diferencia de otros medios comisivos, en estos casos se toma en consideración el mayor riesgo corrido por la víctima, la disminución de las posibilidades de repeler el asalto y, por ende, las mayores posibilidades de conseguir el propósito delictivo.

.....No hay inconvenientes al momento de identificar de qué habla la ley (el artículo 166.2 del Código Penal) cuando habla de "armas de fuego", como tampoco lo hay cuando se refiere a "arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada", o "arma de utilería".

.....Ahora, la cuestión no es tan sencilla (a mi modo de ver) cuando la ley se refiere en su primer párrafo a "armas", que por lógica y por exclusión, no se trata de "armas de fuego", ni de "arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada", o "arma de utilería", supuestos que ya se encuentran contemplados por separado.

.....¿Cuáles son las "armas" a que se refiere la ley y que no son las armas de fuego o de utilería?

.....En busca de precisiones (ya que no puedo aceptar que cuando el legislador se refirió a "armas" y previó una pena de cinco a quince años de prisión, pudo haber pensado que la definición de "arma" podía ser cualquier objeto, de acuerdo al criterio del intérprete), es preciso recurrir a un método interpretativo que del modo más respetuoso de los límites que deben imponerse al poder punitivo estatal, el que, a mi modo de ver las cosas, en este caso específico, es el método literal.

.....Con lo cual me distancio de la naturaleza que vulgarmente, en el uso cotidiano (reconozco) se asigna a los cuchillos, a los que suele denominarse como "armas blancas", y asimismo a la dudosa categoría de las "armas impropias" (armas que no son armas), lo cual implica emplear la ley en forma analógica y prohibida.

.....Literalmente, de acuerdo a la Real Academia Española, arma es todo instrumento, medio o máquina destinado a atacar o defenderse.

.....El "destinado" empleado por la definición literal de la palabra arma es relevante, según mi criterio.

.....El destino del instrumento, medio o máquina, ¿es el que le asigna la persona que los emplea o es el que intrínsecamente posee el objeto? La circunstancia que un instrumento, medio o máquina sea arma o no lo sea, ¿puede quedar sujeta, condicionada o supeditada a lo que entienda la persona que lo emplee?

.....Considero que desde una lógica apegada al principio constitucional de legalidad y al subprincipio de máxima taxatividad, se impone el criterio "ontológico" de arma, esto es, que sólo puede ser arma aquello que ha sido creado con el destino de atacar o defenderse. Lo contrario (aceptar que arma pueda ser aquello que quien lo emplea lo destina para atacar o defenderse) conduce, indefectiblemente, a soluciones absurdas, como admitir que el teclado de la computadora, o la pantalla, o un libro, puedan ser un arma. Pueden emplearse con los mismos fines que se emplean las armas propiamente dichas, pero no son armas.

.....Ello es lo que sucede con el cuchillo empleado por el señor Pacheco para cometer su hecho. Se trata de un objeto con el que cualquier persona puede atacar o defenderse, pero no es un arma ya que no ha sido creado para atacar o defenderse. El tipo de cuchillo secuestrado en la causa, según lo indica la experiencia más elemental, ha sido fabricado con propósitos domésticos, y no para atacar o defenderse.

.....Consecuentemente, el hecho debe ser calificado como robo simple, previsto y sancionado por el artículo 164 del Código Penal y por el cual debe responder el señor Jonathan Ezequiel Pacheco en carácter de autor (artículo 45 del Código Penal).

.....Así lo voto, por ser mi razonada y sincera convicción (artículos 373 y 375.1 del C.P.P.).

A LA MISMA CUESTION LA JUEZA IRIGOYEN TESTA DIJO:

.....Coincidiendo con la Fiscalía el hecho debe ser calificado como robo agravado por su comisión con arma (impropia) -tratándose la misma de un cuchillo- por el cual Jonathan Ezequiel Pacheco debe responder en calidad de autor penalmente responsable tipificado por los arts. 45 y 166 inc. 2 primer supuesto del Código Penal.

.....Sostiene el Profesor Dr. Dr. Edgardo A. Donna en su obra Derecho Penal Parte Especial Tomo II-B Rubinzal- Culzoni Editores 2001, pags. 158/166 que el fundamento de esta agravante se centra en el mayor poder ofensivo que detenta el sujeto activo, que redundando por el contrario en el mayor estado de indefensión de la víctima. En ese sentido, arma es todo elemento que aumenta de cualquier modo el poder ofensivo del hombre. Un objeto capaz de producir un daño en el cuerpo o en la salud de una persona y, en un sentido más estricto, es todo instrumento destinado a ofender o a defenderse. Para que un objeto sea arma, no es necesario que esté destinado a matar específicamente, pues arma, en los términos de nuestro Código Penal, es todo elemento que aumente la capacidad ofensiva por parte del sujeto activo. Podemos clasificar las armas en propias e impropias. Las armas impropias son aquellos objetos que sin ser armas propiamente dichas, y habiendo sido fabricadas para diverso destino, se emplearon ocasionalmente para producir un daño en el cuerpo o en la salud de una persona. Deberá el juez apreciar, en el caso concreto si de hecho por la forma en que fueron mostradas o utilizadas, representaban o no un argumento de violencia física inmediata... en definitiva, todo elemento capaz de disminuir la capacidad defensiva del sujeto pasivo de manera que al sujeto activo le sea posible desapoderarlo habida cuenta de la menor defensa de la víctima, ya sean navajas, cuchillos..."

.....Corroborando la calificación propuesta, obra ingresada por su lectura la denuncia de la víctima en la que la víctima narra que fue atacada con un cuchillo al ser desapoderada del bolso que portaba. Luego, al secuestrarse el bolso del que en su huida se descartaba Pacheco, se halló en su interior el cuchillo de mención. Por ello he de rechazar el argumento del Dr. Surgen en cuanto afirmó que en perjuicio de su pupilo obraba "la sola denuncia" como prueba de cargo. En el caso, el contenido de los dichos de la denuncia se vio plenamente corroborado por el secuestro del cuchillo que la víctima describiera. Sobre el punto, remito in extenso al tratamiento fáctico que in extenso diera mi colega Mario Juliano al votar en primer término en la cuestión primera del veredicto que antecede (ver fs. 6/7 obra; examen de visu de fs. 11; pericia del cuchillo de fs. 13: hoja de veinte centímetros de largo, empuñadura de madera, con tres remaches metálicos, marca Stainless Steel).

.....ASI LO VOTO por ser ello mi lógica sincera y razonada convicción (arts. 106; 210; 373 y 375 inc. 1° del C.P.P.)

A LA MISMA CUESTION LA JUEZA GIMENEZ DIJO:

.....Adhiero al al voto de la colega Irigoyen Testa, por idénticos fundamentos, por ser también nuestra sincera y razonada convicción (arts. 373 y 375 inc. 1° del C.P.P.).-

SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA CUESTION PLANTEADA EL JUEZ JULIANO DIJO:

.....1.- En mérito al resultado de la cuestión anterior y acatando las mayorías alcanzadas, propicio que se condene al señor Jonathan Ezequiel Pacheco por resultar autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de armas, hecho ocurrido en Necochea, el 18 de febrero de 2011 y del cual resultara víctima y damnificada la señora Ana María Jensen.

.....2.- Llegado el momento de individualizar la pena aplicable, traigo a colación que la señora Agente Fiscal ha solicitado que al momento de dictar la sentencia se condene al causante al mínimo previsto en la escala del tipo respectivo, esto es la pena de cinco años de prisión.

.....Para esta tarea, no puede perderse de vista el hecho por el cual ha sido juzgado el señor Pacheco: el arrebató de una cartera de dama en la vía pública, esgrimiendo para ello un cuchillo, la que fue recuperada a los pocos minutos.

.....En los términos precedentes es incuestionable la escasa afectación al bien jurídico (al punto que el único tema debatido en el juicio fue si el hecho se había consumado o si había quedado en grado de tentativa) y aún sin perder de vista el resto de la conducta del imputado, y principalmente haber empleado un cuchillo para intimidar a la señora Jensen, es que considero que la pena de cinco años excede con creces el grado de reacción estatal que para el caso en concreto es dable admitir, por superarse con holgura la culpabilidad que por el hecho específico es dable atribuir al causante y por la aludida escasa afectación al bien jurídico.

.....Tampoco pierdo de vista que una pena de cinco años de prisión implica remitir al causante, de tan solo dieciocho años de edad, a un establecimiento penitenciario, con las negativas consecuencias criminógenas que, es de suponer, habrán de registrarse.

.....A los fines de evitar que las penas se conviertan en crueles, inhumanas y degradantes, y por ende prohibidas por la ley, las mismas deben respetar básicamente el principio de proporcionalidad con el injusto atribuido, el que en el caso concreto se excede en forma notoria.

.....En los términos precedentes, a mi juicio, el mínimo de la pena prevista por la norma penal (cinco años de prisión) es inconstitucional y anticonvencional para el caso específico, lo que así debe ser declarado (artículos 18 Constitución nacional y 5.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

.....Concreta y específicamente, propicio que al momento de dictar la sentencia se condene a Jonathan Ezequiel Pacheco a la pena de un año de prisión.

.....3.- En otro orden de ideas y como inveteradamente lo tiene dicho este tribunal, el artículo 12 del Código Penal, en su segunda parte, prevé la privación de la patria potestad, de la administración de los bienes y el derecho a disponer de ellos para el penado. Al respecto considero que este instituto es contrario a los derechos y garantías consagrados por el artículo 18 de la Constitución nacional y violatorio de los artículos 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

.....La normativa mencionada sostiene que la imposición de una condena no puede traer aparejado atentar contra la dignidad del ser humano, ni producir efectos estigmatizantes, ni innecesariamente mortificantes, tal como resulta la privación del ejercicio de ciertos derechos civiles.

.....Por esta razón entiendo que corresponde declarar la inconstitucionalidad de la segunda parte del artículo 12 del Código Penal, por franca colisión con las enumeradas normas constitucionales.

.....Así lo voto, por ser ello mi razonada y sincera convicción (artículos 373 y 375.2 del C.P.P.).

A LA MISMA CUESTION LA JUEZA IRIGOYEN TESTA DIJO:

.....Discrepo con el colega que lleva la voz cantante con relación a la pena que debe imponerse. A mi criterio debe ser la solicitada por la señora Agente Fiscal, esto es la de cinco años de prisión que, a mi criterio, se ajusta debidamente a los parámetros de culpabilidad y lesividad (artículos 40 y 41 Código Penal).

.....Por lo demás, coincido con la declaración de inconstitucionalidad de la segunda parte del artículo 12 del Código Penal, por los mismos fundamentos emitidos en el primer voto.

.....Así lo voto, por ser ello mi razonada y sincera convicción (artículo 373 y 375.2 del C.P.P.).

A LA MISMA CUESTION LA JUEZA GIMENEZ DIJO:

.....Voto en idéntico sentido que la jueza Irigoyen Testa, con la salvedad que en el caso deben imponerse las accesorias legales previstas por el art. 12 del C.P.-

.....Así lo voto, por ser ello mi razonada y sincera convicción (arts. 375 inc. 2 y 373 del C.P.P.).-

.....F A L L O

Necochea, 26 de mayo de 2011.

.....AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO:

.....El Acuerdo que antecede, se RESUELVE:

.....I.- CONDENAR por mayoría a Jonathan Ezequiel Pacheco, argentino, soltero, D.N.I. 38.430.879, nacido el 13 de julio de 1992 en Necochea, hijo de Anibal Pacheco y de Rosa Nélide Pucheta, cartonero, domiciliado en 76 N° 2255 de Necochea, a la pena de cinco años de prisión, con costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de armas, hecho cometido en Necochea, el 18 de febrero de 2011, en perjuicio de la señora Ana María Jensen (artículos 29 inc. 3, 40, 41, 45 y 166.2 del Código Penal y 371, 373, 375, 522, 523, 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal).-

.....II. Declarar por mayoría la INCONSTITUCIONALIDAD de la segunda parte del artículo 12 del Código Penal (artículos 18 de la Constitución nacional y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

.....REGISTRESE. NOTIFIQUESE. Líbrense los oficio de comunicación y firme, pase al Juzgado de Ejecución Penal que corresponda.