



SENTENCIA N° 70/2022. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los 31 días del mes de octubre del año dos mil veintidós, se reúne esta Sala del **Tribunal de Impugnación Provincial**, integrada por la Señora Magistrada Florencia Martini y los Señores Magistrados Richard Trinchero y Andrés Repetto, presidida por el último de los nombrados, para dictar sentencia en instancia de Impugnación en el **Legajo Nro. 211.453/21**, del Registro de la ciudad de Neuquén, caratulado "**PACHECO, Néstor Fabián S/ Robo agravado por el uso de arma**", en la que se juzgó a **Néstor Fabián Pacheco**, de nacionalidad argentina, DNI Nro. ..., de estado civil casado, empleado, con domicilio en la calle ... de la ciudad de Centenario, provincia del Neuquén, hijo de ... y de ..., quien llegó a esta instancia condenado por haber sido considerado **autor penalmente responsable del delito de robo con arma** (Art. 166 inc. 2 y 45 del CP), habiéndosele impuesto **la pena de cinco años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento**, accesorias legales por igual término y las costas del proceso.

En la audiencia de impugnación intervinieron por la Fiscalía el Dr. Horacio Maitini y por la defensa el Dr. Gustavo Palmieri.

ANTECEDENTES:

I. El Tribunal de juicio integrado por los jueces Cristian Piana, Gustavo Ravizzolli y Lucas Yancarelli, el día 27 de junio del año 2022 resolvió, en lo que aquí interesa, "**...I.- Declarar a NÉSTOR FABIÁN PACHECO D.N.I. N° ... de demás circunstancias personales ya indicadas, como autor penalmente responsable del delito de Robo con armas (Art. 166 inc. 2 del Código Penal), por el hecho descrito ut supra, en carácter de autor (art. 45 CP)...**".

Como consecuencia de dicha sentencia el mismo tribunal dictó sentencia de pena el 24 de agosto del año 2022, en la que resolvieron "**...I.- Imponer a NÉSTOR FABIÁN PACHECO D.N.I. N° ..., de demás circunstancias personales ya indicadas en el legajo, cuya declaración de culpabilidad ya fuera dictada en orden al delito de Robo con armas y en calidad de autor (art. 166 inc. 2 y 45 del Código Penal), la pena de CINCO (5) años y SEIS (6) meses de prisión de cumplimiento efectivo, accesorias legales previstas por el art. 12 del Código Penal y costas (art. 268 y cc del CPP)...**".

II. IMPUGNACIÓN DE LA DEFENSA:

El defensor del condenado interpuso recurso de impugnación en contra de la sentencia que declaró la responsabilidad penal de Néstor Pacheco por el delito ya indicado, y en contra de la sentencia que le impuso la pena de cinco años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento.

En atención de lo dispuesto por el artículo 245 del CPP se convocó a las partes a audiencia oral, en la que se escucharon los argumentos sostenidos a favor y en contra de la impugnación, los cuales a mayor abundamiento se encuentran disponibles en los soportes audiovisuales respectivos.

III. AGRAVIOS:

En esencia dos fueron los agravios expuestos por la defensa. En primer lugar cuestionó la calificación legal dispuesta en la sentencia de responsabilidad y, en segundo lugar, el monto de la pena impuesta en la sentencia de cesura.

No hubo controversia entre las partes respecto de la responsabilidad penal por el hecho atribuido, habiendo reconocido el imputado la autoría material del ilícito enrostrado, aunque con una diferencia respecto de la forma en que habría utilizado el arma al momento de consumir el hecho delictivo.

Conforme la sentencia el acusado declaró lo siguiente en relación con el desapoderamiento: *"...reconoció que sacó del bolsillo el cuchillo, le pidió que se tire al piso, que hiciera caso, para luego dejarlo sobre la mesa. Tras ello cargó el bolsito, los dos vinos, guardó el cuchillo en la bolsa, también los cigarrillos, luego le pidió el celular. Ella le dijo que estaba en el freezer, luego le solicitó que saque el patrón y que*

antes de eso le dijo que estaba sola. Finalmente corroboró que no hubiera nadie en el baño y se retiró... Que el cuchillo si bien lo sacó, no lo mostró en ningún momento, que fue con la intención de sacar dinero de la caja pero nunca con la intención de... (no aclaró la intención). Fue algo muy estúpido de su parte, no es de ese ambiente, trabaja, tiene muy buen puesto en empresas. Fue por encontrarse sin dinero y al estar en ese estado. Preguntas: sacó el cuchillo, pero en ningún momento lo mostró, lo tenía en la mano. Iba con intención de sacar dinero de la caja, pero nunca hubo intención de... (sic), que tampoco le acercó el cuchillo al abdomen, puesto que de acuerdo a su versión, cuando le pidió el patrón del celular, el cuchillo ya estaba guardado en la bolsa..."

El defensor aclaró que intentó arribar a un cuerdo pleno con la fiscalía (por el hecho, la teoría legal y la pena), pero no pudo, con lo cual solo se acordó el reconocimiento del hecho.

La controversia se centró en la teoría legal. Dijo que a su modo de ver no es aplicable la agravante del uso de armas prevista en el art. 166 inc. 2 del CP., y consideró que su asistido debió ser condenado por el delito de *robo simple* en los términos del art 164 del CP.

Reiteró que Pacheco asumió su responsabilidad, explicó qué fue lo que lo llevó a cometer el hecho y lo reconoció como un error.

Argumentó que el tipo penal de robo con arma se configura cuando la conducta típica se lleva a cabo con la utilización de algún instrumento

que fue diseñado y fabricado como un "arma". A su modo de ver, en el caso de autos, la forma en la que el imputado utilizó el cuchillo no acredita la realización del tipo objetivo de la agravante, en el sentido de poner en riesgo a la víctima, o intimidarla más allá de la violencia propia que la figura de robo simple ya contiene.

Sostuvo que en la sentencia se hizo un desarrollo argumental de por qué se entendió que en el caso concreto la utilización de un cuchillo implicó la agravante de *robo con armas*. En esencia los jueces consideraron que cualquier elemento puede ser considerado un *arma*, y que el carácter de *arma* lo define la utilización que se haga del elemento concreto.

A su criterio, el tipo penal de *robo con arma* solo incluye aquellos elementos que deben ser entendidos como *arma* porque fueron contruidos con esa finalidad.

Consideró que el criterio utilizado por los jueces afecta el principio de legalidad penal por dos razones. En primer lugar porque consideró que *el cuchillo no fue utilizado* por el acusado para amedrentar a la víctima. Dijo que si bien la víctima afirmó que el acusado le exhibió el cuchillo, y que incluso se lo colocó en la panza, lo cierto es que esa secuencia no se pudo ver en el video, y esa circunstancia puntual solo surge del relato de la víctima, por lo que a su criterio no puede darse por acreditada.

En segundo lugar porque para la defensa *el cuchillo no es un arma*. Sostuvo que si bien se puede encuadrar en el concepto normativo de arma, no encaja en el concepto empírico de arma, ya que se trató de un objeto que solo exhibió, y que en el momento del acometimiento del hecho no produjo una circunstancia de mayor agravamiento en relación a las condiciones en que la víctima padeció el hecho.

Dijo que, al contrario de ello, el tribunal entendió que en el caso concreto el cuchillo es un arma, y además fue utilizado como tal. Citó al juez Yancarelli cuando sostuvo que el acusado *"...empleó el cuchillo como medio de ataque para amedrentar y disipar posibles ataques de la víctima..."*.

El defensor sostuvo que el acusado reconoció el hecho y que se arrepintió de su conducta, afirmando que nunca colocó el arma cerca del cuerpo de la víctima, lo que coincidiría, según el defensor, con el video que se exhibió en el juicio. A su criterio en la sentencia se produjo una clara afectación al principio de legalidad penal, en razón de la implicancia que tiene la determinación de la teoría legal en el caso concreto, ello en relación a la pena mínima prevista para ese delito. Consideró que la escala penal prevista para el tipo penal de *robo con armas* es exorbitante en relación con el tipo penal de *robo simple*.

Sostuvo que el tribunal hizo una interpretación extensiva del tipo penal de robo con armas. Afirmó que a criterio de los jueces entre la

versión de la víctima y la del acusado debía prevalecer la de la víctima, respecto de la forma en la que se habría utilizado el cuchillo. Los jueces dieron por acreditado que el cuchillo fue puesto sobre la víctima conforme el testimonio prestado por Vallejos.

Consideró que resulta incongruente el argumento sostenido por el tribunal, respecto de que cualquier objeto puede ser considerado un arma, dependiendo del uso que le dé el autor. A su entender esa es una interpretación peligrosa del tipo penal, porque, por ejemplo ¿qué sucedería si se causara un homicidio arrojando un cenicero a una persona? ¿Se habría entendido que el cenicero era un arma, de acuerdo a la interpretación de que cualquier elemento puede ser un arma? ¿Por qué el legislador cuando agravó los delitos cometidos por el uso de armas, aclaró expresamente qué eran armas de fuego, y no lo hizo en el caso de los robos agravados? ¿Por qué el legislador tuvo que aclarar en reformas posteriores que un arma que no es apta para el disparo no tenía la misma calificante que un arma en la que sí se acredita la aptitud para el disparo? A su criterio es claro que el legislador entendió que los tipos penales no pueden interpretarse *in malam partem* y de manera extensiva, y que en cada caso concreto debe analizarse cuánto de esa agravante podría ser aplicable en la utilización de éste elemento que, como ya dijo, "por definición no es un arma".

Por todas estas razones consideró que hay una clara afectación al principio de legalidad

penal, y entendió que este Tribunal así debe declararlo, y en consecuencia revocar la sentencia en relación a la teoría legal aplicada, y sin reenvío, resolver decretando la responsabilidad penal de Néstor Fabián Pacheco como autor del delito de *robo simple*, en los términos del art. 164 del CP.

Agregó que para el supuesto de proceder de esta manera, correspondería disponer el reenvío del presente caso, para que otro tribunal, con una integración distinta, determine la pena que corresponde imponer, manteniendo esa parte la propuesta de imponer una pena de 3 años de prisión de efectivo cumplimiento.

El **segundo agravio** fue planteado de manera subsidiaria al primero. Sostuvo que en caso de que no prospere la readecuación del tipo penal aplicado al caso, corresponde imponer una pena por debajo del mínimo legal previsto por el art. 166 inc. 2 del CP, ello sin la previa declaración de inconstitucionalidad de dicha norma.

Consideró que la pena de tres años de prisión de efectivo cumplimiento reúne el principio de dignidad y humanidad de las penas. Dijo que no niega la violencia y la intimidación ejercida sobre la víctima, pero que ello no implica desconocer que se trató de un hecho de poca significancia. Remarcó que se sustrajeron 15 cajas de cigarrillos, de las cuales se recuperaron 5, 2 cajas de vino y un celular que fue recuperado. "Esa fue la lesión al bien jurídico ocasionada en este caso", afirmó.

Consideró que de acuerdo a esta circunstancia, y teniendo en cuenta que su asistido no tiene antecedentes penales, sumado a que tiene un trabajo fijo, familia que depende de él, y considerando la responsabilidad asumida por Pacheco y el arrepentimiento manifestado, la pena de 3 años sería una pena justa.

Se preguntó ¿Cuál sería la justificación teleológica de la pena en el caso concreto? Remarcó que él no plantea que Pacheco no reciba una sanción, sino que está ofreciendo una pena de 3 años de efectivo cumplimiento. ¿Cuál sería la justificación de encerrarlo por 5 años? Se preguntó.

Por todo ello solicitó que se decrete la nulidad de la pena impuesta, se entienda inmotivado el monto de pena, disponiendo el reenvío para un nuevo juicio de cesura. Aclaro que este pedido se contradice con la solicitud previa, en la que requirió aplicar directamente una pena de tres años de prisión de efectivo cumplimiento, ello sin necesidad de que este Tribunal declare la inconstitucionalidad del art. 166 inc. 2 del CPP, en relación a la pena mínima prevista para dicho delito.

IV. RESPUESTA DE LA FISCALÍA A LOS AGRAVIOS ENUNCIADOS:

A su turno el fiscal solicitó el rechazo de todos los agravios sostenidos por la defensa, y la confirmación de la sentencia de responsabilidad y de pena.

Sostuvo que hay imágenes que valen más que mil palabras y por ello solicitó que el Tribunal vea el video con el que se acreditó en el juicio la consumación del delito de robo con armas. Dijo que luego de ver la secuencia de los hechos este Tribunal confirmará la sentencia.

A su modo de ver la teoría legal aplicada por el tribunal de juicio es, sin dudas, la correcta, ya que se trató de un robo con arma blanca, y ello surge de ver el video y de escuchar el relato de la víctima.

Describió la secuencia que se aprecia en el video, e hizo referencia a la convención probatoria a la que arribó con la defensa, de la que surge que Pacheco luego de tomar el cuchillo le dijo a Vallejos (se escucha claramente en la grabación del video) *"...la concha de tu madre... dame el celular, dale. Luego la víctima le preguntó: ¿Me dejas sacar algo? El imputado le respondió: No, dame el patrón, dale, como es el patrón, 2628, más vale que sea éste o te limpio hija de puta..."*.

Agregó que las imágenes deben valorarse junto con el claro y contundente relato de la víctima, la que sostuvo que la amenazó con apuñalarla al decirle "te limpio", lo que se escucha claramente en el video. Concluyó que la solución ajustada a derecho fue la que dispuso el tribunal en la sentencia.

Cito jurisprudencia en favor de su postura.

Dijo que es cierto que la última secuencia del acometimiento con el cuchillo no se ve con plenitud en el video. Sostuvo que ello fue explicado por la víctima y el dueño del comercio, ya que por el ángulo de la cámara no se puede ver completamente ese punto, pero recalcó que nada hay en la causa, y ninguna prueba se produjo en el juicio, que permita sospechar que la víctima pudo haber mentido sobre esa cuestión, o que pudo acomodar su relato para perjudicar al acusado. De las claras y contundentes imágenes que se aprecian en el video surge que el cuchillo fue utilizado como un arma, e inclusive así lo reconoció el propio Pacheco. El fiscal se preguntó si no es así ¿para qué sacó el chuchillo desde el comienzo del acometimiento, cuando lo golpea contra el exhibidor, y luego cuando lo golpea de forma permanente?

A su criterio se trata de una cuestión de puro derecho, y que el Tribunal tendrá oportunidad de resolver al observar el video, quedando perfectamente en claro que se da en el caso la figura de *robo agravado por el uso de armas*.

Remarcó que el acusado amedrentó a la víctima, al punto que ésta sostuvo durante la cesura que le costó mucho poder volver al trabajo, ello por el miedo que le generó la situación vivida, más allá de cuál fue el perjuicio económico. Lo cierto y lo concreto es que hubo un desapoderamiento patrimonial, y que hubo un claro perjuicio psicológico a la víctima, el que quedó acreditado.

Sostuvo además que fue un hecho de características violentas, el que debe encuadrarse en la figura de *robo con armas*. A su criterio no hay arbitrariedad en el fallo, ni hay violación al principio de legalidad, sino todo lo contrario. Hay una sujeción concreta al principio de legalidad.

Consideró que tampoco hay una interpretación extensiva del derecho penal, como señaló la defensa. A su modo de ver el fallo se ajusta a lo que se vio en el video, y a lo que dispone el art. 166 inc. 2 del CP.

Respecto del segundo agravio, referido al pedido de imponer una pena por debajo del mínimo legal, dijo que el mismo es absolutamente improcedente. No se puede ir por debajo del mínimo legal de 5 años de prisión, y mucho menos sin declaración de inconstitucionalidad.

A su modo de ver la pena impuesta es ajustada a derecho, y es proporcional al injusto causado. La sanción busca cumplir con el fin resocializador de la pena.

Por todo ello solicitó que la sentencia impugnada sea confirmada en todos sus términos, y en consecuencia se mantenga la declaración de responsabilidad, así como la pena impuesta por el delito de *robo con armas*, en los términos del art. 166 inc. 2 del CP.

V ÚLTIMA PALABRA DE LA DEFENSA:

Dijo el defensor que coincide con el fiscal en que una imagen vale más que mil palabras, y que el video muestra lo que ocurrió.

Pidió aclarar que el código penal no habla de arma blanca, no hay robo con arma blanca. El tipo penal no dice eso.

Efectuó una cita del Juez Vivanco, de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires: *"...desde el punto de vista ontológico el arma es un objeto físico, con una figura determinada, de índole instrumental, apta para una función específica, que exige un manejo adecuado y que se emplea con un fin pretérito: matar o herir. Es factible matar o herir con un objeto que no sea arma, pero con ello se pone de manifiesto el error de confundir el ente en sí mismo, que es el arma, con la función que se hace desempeñar. A los fines del art. 166 punto 2 del CP, si no se trata de un arma, sino de cualquier objeto que sirva como si fuese un arma para cumplir con la finalidad del sujeto y que contribuya a la violencia lo que se comete es un robo simple pero no agravado..."*.

Consideró que la visión del derecho penal mínimo, y como última respuesta, aconseja no tener una visión expansiva del derecho penal, y una interpretación limitada a lo que el legislador dijo. Si el legislador hubiera querido establecer que cualquier objeto dañino podría ser un arma lo hubiera dicho. No dice eso nuestra ley penal, concluyó.

A su modo de ver el concepto de *arma impropia* es una ficción legal, expansiva del derecho penal.

Cedida la palabra al acusado, éste ejerció su derecho a no declarar.

VI. Habiendo sido escuchadas todas las partes, el Tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia (Artículo 246 del CPP), por lo que cumplido el proceso deliberativo y efectuado sorteo entre los Magistrados resultó que los Jueces debían observar el siguiente orden de votación: En primer término el **Dr. Andrés Repetto**, en segundo lugar el **Dr. Richard Trincheri** y finalmente la **Dra. Florencia Martini**.

CUESTIONES: Puestas a consideración de los jueces las siguientes cuestiones: **I.** ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto por la defensa? **II.** ¿Es procedente el mismo? y en su caso ¿Qué solución corresponde adoptar? y por último, **III.** ¿A quién corresponde la imposición de las costas? Procedieron a efectuar la votación.

VII. VOTACIÓN:

PRIMERA CUESTIÓN: El juez **Andrés Repetto** dijo: En lo que respecta a la admisibilidad formal de la impugnación presentada por la defensa se advierte que la vía recursiva intentada satisface las

exigencias legales, tanto en la faz objetiva como subjetiva.

La defensa dedujo el recurso por escrito, dentro del plazo legal y contra un pronunciamiento por el que se declaró a Néstor Fabián Pacheco autor penalmente responsable del delito de **robo con arma** (Art. 166 inc. 2 y 45 del CP), y en contra de la sentencia por la que se le impuso la pena de **cinco años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento y costas del proceso.**

La fiscalía, a su turno, no opuso reparo alguno sobre la viabilidad formal de la impugnación intentada.

Por las consideraciones efectuadas soy de opinión que debe declararse la admisibilidad formal del recurso de impugnación deducido por la defensa (cfr. arts. 227, 233, 236 y 239 del CPP).

El Juez **Richard Trincheri** manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La Jueza **Florencia Martini** expresó: Por compartir lo resuelto, adhiero a los fundamentos expuestos en el primer voto.

SEGUNDA CUESTIÓN: El juez **Andrés Repetto** dijo:

a) Debo iniciar mi voto resaltando, como ya lo he sostenido en otros precedentes, que el Tribunal de Impugnación Provincial constituye el órgano jurisdiccional con función de practicar una

revisión integral de la sentencia de grado. En tal sentido la jurisprudencia local estableció que en la labor revisora el Tribunal de Impugnación Provincial debe: "...a) comprobar que los magistrados del juicio hubieran dispuesto de la correcta actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que la prueba se hubiese incorporado bajo la vigencia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad (**"juicio sobre la prueba"**); b) comprobar la existencia de elemento probatorios con suficiente consistencia para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia (**"juicio sobre la suficiencia de la prueba"**); y c) verificar que el tribunal de juicio haya cumplido con el deber de motivación, es decir, que se haya concretado de manera real el fundamento de la convicción del juzgador y que este convencimiento se base en parámetros lógicos y razonables (**"juicio sobre la motivación y su razonabilidad"**), labor que también se extiende a una función valorativa de pruebas no comprometidas con la inmediación pero que se desarrolla, en este último tipo de pruebas, bajo el control de la racionalidad de las inferencias realizadas, censurándose las fundamentaciones ilógicas o irracionales, absurdas y, en definitiva, arbitrarias..." (in re: Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, Sala Penal, R.I. Nro. 79 de fecha 16 de mayo de 2017, en caso **"ESPINOZA, VÍCTOR EDUARDO S/LESIONES GRAVES AGRAVADAS"**; Acuerdo Nro. 33/2015 de fecha 16 de Mayo de 2017 en caso **"PALAVECINO PABLO ESTEBAN S/**

HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO", y más recientemente en R.I. Nro. 76 de fecha 23 de agosto de 2019 en caso "**CAMPO, JUAN ALBINO Y OTRO S/ USURPACIÓN**").

Con ello pretendo resaltar que no corresponde a este Tribunal realizar una segunda valoración de las pruebas producidas porque ello es propio de los jueces de grado. Es función del Tribunal de Impugnación realizar un análisis de la sentencia, en función de los agravios presentados por el impugnante, debiendo confrontarlos con los argumentos sostenidos por los jueces para arribar a la decisión que finalmente adoptaron. Si la sentencia resiste el embate argumental que se intenta contra ella, en función de que los argumentos fácticos y jurídicos en los que se sustenta se apoyan en una correcta y adecuada valoración de la prueba, y en una consistente valoración jurídica de la norma legal aplicable al caso, corresponde confirmar la sentencia. En caso contrario, debe ser revocada cuando los fundamentos no se ajustan a las pruebas producidas, o existe un evidente y manifiesto error respecto del derecho aplicable al caso

Reitero, no es función de los jueces de segunda instancia realizar un análisis de la sentencia circunscripto a la subjetiva e individual interpretación de la ley que podamos tener los jueces de esta instancia. No se trata de que revoquemos una sentencia de grado solo porque los jueces de esa instancia tienen una interpretación distinta de las normas aplicables al caso. El cuestionamiento legal

que intente el impugnante debe ir más allá de una interpretación posible de la ley. Debe demostrar que el fallo cuestionado no sigue ninguna lógica, o directamente viola la letra de la ley. De lo contrario los jueces de segunda instancia revocaríamos todas las sentencia que se aparten de la interpretación legal que nosotros podamos sostener, solo por no coincidir con nuestra opinión jurídica, aun cuando la opinión sostenida en la sentencia de grado se ajuste a una interpretación legal que puede ser compartida por gran parte de la doctrina y la jurisprudencia.

Aclarado el marco de intervención que le corresponde a este Tribunal, debo ingresar ahora al tratamiento puntual de los agravios expuestos en contra de las sentencias de responsabilidad y pena, respetando los límites indicados.

b) Entrando al fondo de la cuestión, el planteo de la defensa debe ser analizado en dos planos diferentes, de acuerdo a la forma en que fundó sus agravios.

Desde un plano estrictamente jurídico la defensa sostuvo que el cuchillo utilizado por su asistido para la consumación de la conducta reprochada no puede ser considerado *arma* en sentido estricto. En razón de ello cuestionó la sentencia de grado, conforme la cual los jueces consideraron que el cuchillo utilizado por el acusado sí era un arma en los términos del art. 166 inc. 2 del CP.

A criterio del defensor la conducta atribuida debe subsumirse en el tipo penal de *robo*

simple (art. 164 del CP). Sostuvo que aplicar el tipo penal de *robo con arma* importaría hacer una aplicación expansiva del derecho penal, aplicándolo a supuestos que no fueron contemplados por el legislador al describir la conducta prevista en la norma que sanciona el delito señalado.

A su vez, desde un plano estrictamente fáctico, la defensa consideró que tampoco se acreditó que el acusado hubiera utilizado el cuchillo como un arma para lograr el desapoderamiento. Afirmó que esa circunstancia puntual no se pudo apreciar en el video exhibido como prueba, y que la acusación solo contó con el testimonio de la víctima para acreditar tal extremo.

En función de ello corresponde a este Tribunal dar respuesta a dos cuestiones muy puntuales: La primera es responder si el cuchillo debe ser considerado un arma en los términos del art. 166 inc. 2 del Código Penal y, la segunda, responder si en el presente caso el acusado utilizó o no el cuchillo como un arma.

De la simple lectura de la sentencia surge que los jueces de grado respondieron ambos interrogantes, realizando una interceptación legal de los alcances del concepto de *arma* -enunciado en el art. 166 inc. 2 del CP- acorde a lo que sostiene la opinión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia.

A criterio de los jueces de juicio, el cuchillo utilizado por Pacheco en el presente caso reúne los requisitos típicos para considerarlo un

arma. Al respecto sostuvieron que *"...un cuchillo es un elemento filoso, sin duda alguna que sirve para cortar, huelga decirlo, puede dañar al cuerpo humano y hasta puede causarle la muerte. Muchos homicidios son cometidos con este tipo de elemento, por lo que discutir su poder vulnerante y dañino no parece tener mucho sentido. Esto significa que es empleado como medio idóneo para obtener resultados, como provocar lesiones o incluso la muerte de una persona. Entonces, es un medio que en el contexto y por la finalidad típica del autor, puede ser una herramienta útil para ser destinada a ser usada como arma, ya sea para ataque o para defensa..."*.

A ello sumaron la circunstancia fáctica de que el acusado además utilizó el cuchillo como arma para lograr el desapoderamiento, es decir que lo utilizó para aumentar su poder de intimidación o ataque. Al respecto afirmaron que *"...puntualmente, Pacheco objetiva y subjetivamente, empleó el cuchillo como medio de ataque, para amedrentar y disipar posibles contra ataques. Claramente se observó en el video toda la secuencia, fue en el momento en que se dirigió hacia atrás del mostrados, lugar ocupado por la damnificada, cuando lo sacó del bolsillo, se lo exhibió inmediatamente, hizo que se apartara y fue ahí cuando lo colocó en el mostrador. Posteriormente lo volvió a tomar, y no se puede observar si lo guardó o efectivamente se lo apoyó en el abdomen a la víctima. Sin perjuicio que la exhibición del elemento cuchillo con la finalidad típica apuntada, que es reducir el poder ofensivo del atacado, es suficiente*

para encuadrar la conducta en la figura postulada por la Fiscalía, habré de analizar también el último tramo de los hechos en disputa para ver cuál de las dos versiones es la que puede ser corroborada con la evidencia que nutrió el debate, esto es si fue guardado el cuchillo en la bolsa luego de tomarlo del mostrador, o por el contrario, como sostiene Vallejos, si se lo apoyó en el abdomen. Pero insisto, es solo a los efectos de reforzar la resolución y adelanto, para descartar la versión defensiva. En efecto, de las convenciones probatorias surge que Pacheco tras tomar el cuchillo, le dice a Vallejos y además se escucha en la grabación del video: la concha de tu madre...dame el celular, dale. Luego la víctima le preguntó: ¿Me dejas sacar algo? El imputado le respondió: No, dame el patrón, dale, como es el patrón, 2628, más vale que sea éste o te limpio hija de puta...". En su relato la víctima sostuvo que la amenazó con apuñalarla, lo que no coincide en cuanto a los términos utilizados objetivamente en el video, pero se valió de la palabra que en ese momento ella interpretó cuando Pacheco le dijo "te limpio", que no era otra cosa que amenazarla con apuñalarla y ello fue porque tenía un cuchillo, medio totalmente idóneo para tal faena...".

Como dije, la interpretación legal que hicieron los jueces respecto del concepto jurídico de arma está lejos de poder ser considerada arbitraria o violatoria de alguna norma o principio legal, coincidiendo con el criterio legal sostenido por la

opinión mayoritaria de la doctrinaria y jurisprudencia.

El jurista Edgardo Donna sostiene que el fundamento de la agravante del uso de armas por parte del sujeto activo y contra el sujeto pasivo se centra en el mayor poder ofensivo que detenta el sujeto activo, que redundará, por el contrario, en el mayor estado de indefensión de la víctima. Además, se puede afirmar que hay dos razones que se conjugan para intensificar la pena; por un lado, el mayor poder intimidante del arma, y por otro, el peligro real que constituye para el agraviado la utilización del arma por parte del agente¹.

Respecto del concepto de arma, sostiene que, en un sentido genérico, arma es todo elemento que aumenta de cualquier modo el poder ofensivo del hombre. Es todo 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 para matar específicamente, pues arma, en los términos de nuestro Código Penal, es todo elemento que aumente la capacidad ofensiva por parte del sujeto activo, concluye el autor. Últimamente Tozzini, preocupado por dar un concepto de arma, más apegado a la dogmática y buscando un concepto normativo de arma, basándose en la ley de armas y sus decretos reglamentarios, y en el código

¹ Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal, Parte Especial T. II-B, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 159 y ss.

contravencional, afirma que "el concepto de arma debe otorgarse a todo artificio que, concretamente utilizado en cada caso, haya creado un peligro vital, tan real y de efecto inmediato para la víctima, como para haberla privado de toda posibilidad de reacción o evasión efectiva. Este peligro es ponderable mediante un juicio ex ante, y no ex post, con independencia del resultado a que se llegó en el robo²".

A criterio de Donna esta definición es correcta salvo en dos extremos. Lo de artificio puede dar lugar a dudas de qué objeto se trata, y el juzgamiento ex ante puede dar lugar a incorporar como arma a aquella que esté descargada, de modo que si bien debe colocarse en el lugar de la víctima ex ante, el peligro real debe ser juzgado ex post, con los elementos que se tengan, de un observador objetivo con los conocimientos reales sobre el arma. De nuevo insistimos en que los elementos del tipo deben darse en la realidad y no en la mente de los sujetos.

Donna sostiene que las armas se pueden clasificar en **propias** e **impropias**. Las **armas propias** son aquellos instrumentos que han sido fabricados ex profeso para ser empleados en la agresión o defensa de las personas. Este grupo comprende las **armas de fuego**, definidas como instrumentos de dimensiones y formas diversas, compuestos por un conjunto de elementos mecánicos que con un funcionamiento normal

² TOZZINI, Ob. Cit. p. 306.

y armónico entre sí, resultan aptos para el lanzamiento a distancia de determinados cuerpos, llamados proyectiles, aprovechando la fuerza expansiva de los gases que se desprenden al momento de la deflagración de un compuesto químico denominado pólvora, y las **armas blancas** que son las ofensivas de hoja metálica punzante o cortante, como los bastones-estoque, los puñales de cualquier clase, los cuchillos, acanalados, estriados o perforados, dagas, espadas, y las navajas llamadas automáticas.

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. Donna considera que corresponde al 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.

Conforme la definición precedente, no queda la menor duda de que el cuchillo utilizado por Pacheco para lograr consumir el desapoderamiento (el que puede verse en la video filmación del juicio a los 23'34'') se ajusta al concepto jurídico de arma que emerge del art. 166 inc. 2 del CP.

En idéntico sentido opina Marum³, quien sostiene que la doctrina afirma casi en forma unánime, que el concepto de arma comprende tanto las armas propias como las impropias equiparadas a las

³ Marum, Elizabeth, Código Penal y Normas Complementarias, Análisis Doctrinal y Jurisprudencial, Baigún-Zaffaroni, Ed. Hammurabi, p. 267 y ss.

propias y las verdaderamente impropias que por sus características se adecuen a la razón de ser de la agravante, como herramientas de punta o filo o los objetos de gran poder contundente [6,t. I, p. 432]. Abarca tanto el objeto destinado a la defensa u ofensa -propia-, como el que eventualmente por su poder ofensivo puede utilizarse como medio contundente -impropia- [25,t. IV, p. 240]; es decir, 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 [30, t. IV, p. 267; 12, p. 443], o sea, todo elemento que aumenta de cualquier modo el poder ofensivo del hombre. Respecto a esta última categoría (armas impropias), como ser piedras o palos, es necesario que el juez aprecie si, de hecho, por la forma en que fueron mostradas, representaban o no un medio de violencia física inmediata [30,t. IV, p. 267]. Sin embargo, tal como lo han destacado algunos autores y también acertados fallos, en todos los casos debe tratarse de elementos que posean ex ante a su efectivo empleo un poder ofensivo de tal magnitud que puedan poner en peligro la vida y la integridad física del sujeto pasivo.

Agrega la autora que en relación al empleo de un cuchillo, se decidió que a los fines de la aplicación de esta agravante, a diferencia de otras armas, su poder vulnerante no requiere de un peritaje que así lo establezca, pues su visualización puede aportar convencimiento sobre la específica naturaleza del instrumento, por lo que resulta

soslayable la carencia de secuestro [CNCrim. y Corr, Sala de FERIA, 21/7/04, "Brito, David y otro", c. 86. BCNCyC, 2004]. De modo que respecto de las armas filo-cortantes no se exige su imprescindible incautación, pues aun frente a la ausencia de pericia, sus condiciones objetivas para agredir y vulnerar se encuentran ínsitas en su estructura externa y son observables tanto por la víctima como por eventuales testigos.

De todo ello surge de manera evidente que es opinión indiscutiblemente mayoritaria que el cuchillo -como arma blanca- se encuentra incluido dentro del concepto jurídico de *arma* previsto en el art. 166 inc. 2 del CP.

A contrario de esta interpretación mayoritaria el defensor citó, en apoyo de una tesis restrictiva de los alcances del art. 166 inc. 2, el fallo "Álvarez, Mariano Gastón" (del 6/5/2004) de la Sala I de la Cámara Nacional Criminal y Correccional (Caso 23.368 bis). Debo resaltar que a poco de leer esa cita jurisprudencial se advierte que se trata de una cita incompleta y recortada, respecto de la cual no se aclaró que el *objeto* que se utilizó en ese caso para lograr la sustracción fue un palo, y no un cuchillo. Con lo cual es evidente que la discusión jurídica en ese caso se centró en considerar si un *palo* puede ser o no considerado un *arma impropia*. Es obvio que un cuchillo -que indiscutiblemente es un arma blanca-, está lejos de asemejarse a un *palo*, y por ende todo el razonamiento lógico en el que se

apoya el fallo citado no es aplicable al presente caso.

En dicho fallo el Dr. Bruzzone sostuvo: *"...La utilización de un palo o un fierro -que no fue secuestrado- para concretar el desapoderamiento no puede ser considerado "robo con armas", en tanto ese objeto no es, técnicamente, un arma... El concepto de "arma impropia" no es de aplicación al caso en el que se utilizó un palo o un fierro -que no fue secuestrado- para concretar el desapoderamiento. Por el contrario, la calificación que reconoce el caso es la de robo simple del art. 164 CP, ya que la "violencia física en las personas" se encuentra acreditada, y potenciada, con la utilización del objeto que le otorgó al ofensor mayor capacidad de agresión para lograr su fin, constituyendo una circunstancia de extrema importancia para determinar el monto de la sanción a imponer, pero que no puede conducir a realizar, respecto de la conducta reprochada, una alteración de su correcta subsunción por la mayor gravedad (disvalor) que el hecho reconoce... (Voto del juez Bruzzone al que adhirió la jueza Llerena) (Cita de "Álvarez, Mariano Gastón y otros", CNCCC 23638 bis, Sala I, resuelta el 6 de mayo de 2004 y causa nro. 39 de la Sala de FERIA C, "Wallace, Cristian", resuelta el 7 de enero de 2005)..."*.

Como indiqué antes, en nada se asemeja la discusión relativa a si un palo es o no un arma impropia, con la que se refiere al concepto jurídico

de arma en un hecho el que el objeto utilizado para lograr el desapoderamiento fue un arma blanca.

Lo mismo ocurre con la cita que efectuó del caso "Lazarte, Matías", de la Cámara Federal de Casación Penal (del 7/5/2014), en el que se discutía si el pico de una botella utilizado como un arma podía ser considerado o no un *arma impropia*. Nuevamente, usar como argumento la discusión jurídica del concepto de *arma impropia* en un caso en el que el objeto utilizado era el pico de una botella, nada tiene que ver con este caso en el que se utilizó un arma blanca.

De todo ello surge que la interpretación que efectuaron los jueces en el caso de autos, respecto del significado jurídico de *arma* en los términos del art. 166 inc. 2 del CP, se ajusta al concepto que se reconoce en doctrina y jurisprudencia de manera casi unánime. De allí que mal pueda afirmarse que se trata de una aplicación expansiva del derecho penal. Al contrario de ello podría afirmarse que desconocer el carácter de *arma* a un *arma blanca* importa una *contradictio in terminis*, que lleva a un absurdo reduccionismo jurídico. Se puede discutir si un palo, o si el pico de una botella puede o no ser considerados *armas impropias*. Considero que esa discusión no se puede transpolar al uso de un cuchillo de dimensiones considerables, para afirmar que ese elemento no es un arma.

Por ultimo debo agregar que no existe la menor duda de que Pacheco además de portar un cuchillo para amedrentar a la víctima, y con ello

impedir cualquier posible atisbo de resistencia que pudiera pretender ésta, utilizó ese cuchillo para consumir el desapoderamiento, blandiéndolo e intimidando así a Vallejos.

Sobre esta cuestión el defensor afirmó que de la filmación exhibida en el juicio no se puede ver que Pacheco haya utilizado el cuchillo de esa manera. Ello es una verdad a medias. Si se observa toda la secuencia del robo se puede apreciar con claridad qué es lo que le grita el acusado a la víctima, en un tono amenazante, mientras tiene el cuchillo en su mano derecha. Ello da cuenta de la manera en que se utilizó el arma para lograr el desapoderamiento.

Toda esa secuencia fue adecuadamente transcripta por los jueces en la sentencia: *"...en un momento dice el acusado "...la concha de tu madre...dame el celular, dale...". Luego la víctima le preguntó: "¿Me dejas sacar algo?" El imputado le respondió: "...No, dame el patrón, dale, como es el patrón, 2628, más vale que sea éste o te limpio hija de puta...". Debo resaltar que todo ello fue dicho mientras Pacheco sostenía el cuchillo en su mano derecha (confrontar video de la audiencia en el 24'). Pacheco solo dejó el cuchillo cuando sacó el dinero de la caja del comercio, pero inmediatamente después volvió a sujetarlo con su mano derecha, y es en ese momento en que Pacheco y Vallejos salen de foco.*

Sin perjuicio de lo que surge del video, y que se puede apreciar a simple vista, el diálogo transcripto fue además incluido en una

convención probatoria, por lo que no se encuentra controvertido. Ese diálogo acredita, por sí solo, la forma violenta en la que el robo se produjo, y la intimidación que genera escuchar a un sujeto con un chillo en la mano gritando "*...la concha de tu madre.. dame el celular, dale.. dame el patrón, dale, como es el patrón, 2628, **más vale que sea éste o te limpio hija de puta...***".

De todo ello surge que la valoración que efectuaron los jueces respecto de las conductas atribuidas al acusado, y en particular de la forma en la que éste utilizó el cuchillo para lograr consumir el desapoderamiento, se ajustan en un todo a lo que se acreditó en el debate.

En función de ello considero que el agravio expuesto por la defensa debe ser descartado.

c) En lo que respecta al **segundo agravio** planteado de manera subsidiaria, relativo al monto de pena impuesta, considero que el mismo también debe ser rechazado.

El defensor solicitó que sin declarar la inconstitucionalidad del art. 166 inc. 2, y en razón de considerar que la pena prevista por esa norma es *excesiva*, debe ser desestimada sin más, imponiendo otra pena distinta, y sustancialmente menor: tres años de prisión.

Lo que no explicó el defensor es de qué manera este Tribunal puede, legalmente, aplicar una pena menor al mínimo previsto expresamente por el art. 166 inc. 2 del CP, y además hacerlo sin declarar

la inconstitucionalidad del mínimo legal impuesto por la norma.

Es una realidad no debatida que en una República es función de los jueces aplicar todas las leyes tal como fueron sancionadas por el legislador, salvo aquellas que resulten contrarias a la Constitución Nacional o a los tratados internacionales de derecho humanos incorporados a ella. No existe manera legal de omitir aplicar una norma, salvo en el caso -como dije- de la declaración de inconstitucionalidad.

Atento a que el defensor no planteó la inconstitucionalidad del mínimo de la pena prevista por el art. 166 inc. 2 del CP, es obvio que no me expediré al respecto. La competencia del Tribunal de Impugnación está limitada a los agravios que las partes plantean.

El defensor se limitó a sostener que este Tribunal debe omitir aplicar una ley de orden público, solo porque él considera que el monto de pena que dispuso el legislador es "excesivo". En ese contexto considero que tampoco debo expedirme sobre el infundado planteo de la defensa de aplicar una pena por debajo del mínimo legal, porque lo que solicita en definitiva es violar de manera flagrante la Constitución Nacional, pretendiendo que este Tribunal no aplique una ley del Congreso Federal solo porque la pena mínima prevista para el tipo penal es, a su criterio, "exorbitante".

El día que los jueces decidamos qué leyes estamos dispuestos a aplicar y cuáles no, sin

que medie una declaración de inconstitucionalidad, habremos dejado de ser jueces de la Constitución, y nos habremos transformado en una especie de gobernantes totalitarios que desprecian el más básico y elemental principio republicano: la forma de gobierno enunciada en el art. 1 de la Constitución, *"La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa **republicana** federal, según la establece la presente Constitución"*.

Si a criterio del defensor la pena prevista para el delito reprochado no cumple con el principio de dignidad y humanidad de las penas, como afirmó, debió plantear la inconstitucionalidad. Por alguna razón decidió no hacerlo. En función de ello considero que en realidad no existe agravio alguno, sino que el planteo se trata de una mera expresión de disconformidad con los montos de pena que decidió imponer el Congreso de la Nación.

Por todo ello considero que el argumento de la defensa debe ser desechado.

En función de todos los argumentos expuestos entiendo que las sentencias de responsabilidad y de pena deben ser confirmadas íntegramente.

Tal es mi voto.

El **Juez Richard Trincheri** manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La **Jueza Florencia Martini**, expresó: Por compartir lo resuelto, adhiero a los fundamentos expuestos en el primer voto.

TERCERA CUESTIÓN: ¿Es procedente la imposición de costas?

El **Juez Andrés Repetto**, dijo: que no obstante el resultado del presente caso y la calidad de parte vencida del recurrente, estimo que corresponde eximirlo de las costas de esta instancia (arts. 268 y 270 a *contrario sensu* del CPP). Mi voto.

El **Juez Richard Trincheri** manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La **Jueza Florencia Martini** expresó: Por compartir lo resuelto en relación a las costas, adhiero a los fundamentos expuestos en el primer voto.

Conteste con las posturas señaladas, esta Sala del Tribunal de Impugnación Provincial del Neuquén, por unanimidad,

RESUELVE:

1. DECLARAR ADMISIBLE la impugnación deducida por la defensa en favor de **NÉSTOR FABIÁN PACHECO**, DNI Nro. ... (arts. 227, 233, 236 y 239 del CPP).

2. RECHAZAR LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA DEDUCIDA en contra de las sentencias recurridas y, en consecuencia, confirmar la sentencia que declara penalmente responsable a **NÉSTOR FABIÁN PACHECO** (DNI ...), como **autor** del delito de **robo con arma** (Art. 166 inc. 2 y 45 del CP), y la sentencia que impone la pena de **cinco (5) años y seis (6) meses de**

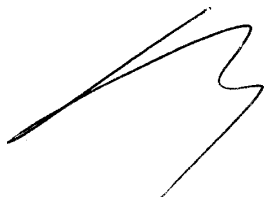
prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y las costas del proceso.

3. EXIMIR DEL PAGO DE LAS COSTAS por el trámite derivado de la presente instancia de impugnación ordinaria de sentencia condenatoria (arts. 268 y 270 del CPP).

4. Dejar constancia que la Dra. Florencia Martini participó de la deliberación pero no firma la presente por encontrarse en uso de licencia.

5. Remitir la presente sentencia a la Dirección de Asistencia a Impugnación y Coordinación General para su registración y ulteriores notificaciones pertinentes.

Firmado
digitalmente por:
REPETTO Andres



Firmado digitalmente por:
TRINCHERO Walter Richard