

**SENTENCIA N° cincuenta y dos /2015.**-En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los **cuatro días del mes de agosto del año dos mil quince**, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación conformada por los **Dres. Daniel Varessio, Florencia Martini y Andrés Repetto**, presididos por el último de los nombrados, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial **"OYARZO, JONATHAN S/ROBO"**, legajo **MPFNQ 23402/2014** del Registro de la Oficina Judicial de la I Circunscripción Judicial, seguido contra **JONATHAN GASTON OYARZO**, DNI N° 39.530.522, de nacionalidad argentina, de estado civil soltero, de ocupación albañil, domiciliado en calle Paimún y Boher, lote 1 de esta ciudad.

**ANTECEDENTES:**

-----Por sentencia recaída en el presente Legajo, dictada el 27 de marzo de 2015 por el Tribunal integrado por los señores magistrados Dr. Héctor Rimaro, Ana Malvido y Carina Alvarez, se declaró culpable a Jonathan Gastón Oyarzo como coautor material y penalmente responsable del delito de Robo agravado por el uso de arma (art. 166 inciso 2° primer párrafo del Código Penal perpetrado en fecha 20 de julio de 2014 en perjuicio de Mónica Castex, mientras que por sentencia de fecha siete de mayo del 2015 se condenó al nombrado a la pena de SEIS (6) AÑOS DE PRISION

DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO e inhabilitación absoluta por igual término (art. 12 del Código Penal).

-----La Defensa interpuso Impugnación Ordinaria (art. 242 del C.P.P.), celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 CPP el día 21 de julio de 2015, oportunidad en que el impugnante expuso los fundamentos y la parte acusadora contestó los agravios.

-----En la audiencia intervino el Defensor particular de Jonathan Gastón Oyarzo, Dr. Carlos Vaccaro y el Sr. Fiscal, Dr. Agustín García.

-----Practicado el sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse la **Dra. Florencia Martini**, luego el **Dr. Andrés Repetto** y, finalmente, el **Dr. Daniel Varessio**.

-----Cumplido el proceso deliberativo que emerge de los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria- del Digesto Adjetivo, se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

-----**PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?.**

-----**La Dra. Florencia Martini, dijo:**

-----Considerando que la impugnación deducida contra la sentencia fue interpuesta en tiempo y forma, por la parte legitimada subjetivamente y contra una decisión que

es impugnable desde el plano objetivo, corresponde su tratamiento (arts. 233, 236 y 238 inc. 3º del CPP).

-----El Dr. Andrés Repetto, expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

-----El Dr. Daniel Varessio, manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

-----SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

-----La Dra. Florencia Martini, dijo:

-----Los cuestionamientos oportunamente plasmados por el Sr. Defensor en la Impugnación se estructuraron sobre la base de un agravio principal y dos subsidiarios:

I) Que no se condenó con prueba suficiente: Sostuvo el Dr. Vaccaro que se tuvieron en cuenta para arribar a la responsabilidad de su asistido dos indicios; las huellas halladas en el monitor del televisor que quedó abandonado en el lugar del hecho y el hallazgo de una campera en el domicilio de su pupilo que fuese reconocida por el marido de la denunciante. Explica que el cotejo de las huellas se realiza a partir de la identificación de puntos característicos (elegidos por el perito) y su introducción al sistema Afis, que los compara con las huellas que posean esos puntos característicos.

Los registros que arroja el sistema son cotejados manualmente por el perito con la huella indubitada y saca sus conclusiones. Que el perito en el debate no pudo decir qué margen de error posee este sistema e incluso afirmó que podían elegirse otros puntos característicos para modificar la búsqueda en caso de que no arrojen resultados, lo que daría cuenta, en el entendimiento de la Defensa, que no se trata de una prueba concluyente. Asimismo considera que el allanamiento realizado en el domicilio de su asistido donde fue secuestrada la campera que luego reconociera el marido de la Sra. Castex, se produjo treinta días después por lo que no se trata de una prueba concluyente respecto de la participación de su pupilo y además en el domicilio residían otras personas mayores que en un primer momento fueron demoradas, identificadas y liberadas.

II) Que no se acreditó el poder vulnerante del arma:

Sostuvo la defensa que la presunta arma blanca no se secuestró, por tanto no pudo probarse su capacidad ofensiva, debiendo aplicarse la pena prevista para los hechos con armas de fuego no secuestradas (cuya aptitud de disparo no pudo ser acreditada) o de utilería. Ello por cuanto el arma

no fue utilizada, ni se produjeron lesiones que prueben el poder ofensivo. Sólo se cuenta con la descripción de la presunta arma dada por la víctima, lo que resulta insuficiente para tener por acreditado el poder ofensivo. El Ministerio Fiscal debía probar el poder ofensivo del arma y no lo hizo. Ante la duda debe estarse a la calificación menos gravosa en favor del imputado.

III) Que el mínimo previsto por el delito de robo con arma blanca resulta inconstitucional respecto a la gravedad del hecho concreto y en relación a hechos de mayor gravedad (con armas de fuego de gran capacidad ofensiva que no fuesen secuestradas): Manifiesta la Defensa que el sistema previsto por el art. 166 del Código Penal resulta irregular, en tanto no parte del delito base sino de una figura intermedia para luego agravar y atenuar respectivamente. Cita en apoyo a su tesis el fallo "Mauri David" del Tribunal Oral de Córdoba que se expide sobre la inconstitucionalidad del art 5 "c" de la ley de estupefacientes. Considera que el mínimo resulta excesivo en el caso concreto afectando el principio de proporcionalidad del reproche.

-----A su turno la Fiscalía expresó que los agravios que hoy trae la Defensa a impugnación son idénticos a los argumentos oportunamente planteados en juicio, que fueron debidamente contestados por la sentencia. Respecto de las huellas, considera que no asiste razón a la defensa, en tanto se trata de una prueba concluyente, que se encuentra regulada de distintos modos (en Argentina se requieren nueve puntos característicos, mientras que en Chile catorce, por ejemplo) pero que de ningún modo admite margen de duda. En el caso que nos ocupa, el perito durante el debate además de los nueve puntos característicos (sobre los cuales se obtuvieron los registros que fueron cotejados por el perito con las huellas del acusado), señaló cinco o seis puntos más. En relación a la campera secuestrada y reconocida por el marido de la denunciante, cabe señalar que justamente a partir de obtener el domicilio del sospechoso, en atención a la identidad de las huellas, es que se dispone el allanamiento de la vivienda aproximadamente unos treinta días después y allí se concreta el secuestro de una campera de características especiales (de neoprene en color negro y turquesa) que el dueño reconoce, no sólo por estas características sino porque se hallaba manchada con grasa, y esa circunstancia fue señalada y explicada con claridad por el reconociente. La vinculación de ambas pruebas y su valoración (las

huellas y el secuestro de la campera) resulta más que suficiente para tener por acreditada la participación de Oyarzo en el hecho.

-----Respecto al segundo planteo, la denunciante otorgó una descripción detallada del arma blanca empleada en el hecho. Dijo que se trataba de un cuchillo tipo serruchito, con punta metálica, con la hoja oxidada, cuyo poder lesivo resulta evidente. De ningún modo esta descripción puede asemejarse a un arma blanca de utilería lo que además resulta inatinerente por cuanto la norma penal cuando refiere a arma de utilería lo hace respecto del arma de fuego.

-----Finalmente, en relación al planteo de inconstitucionalidad del mínimo de la norma en cuestión, la Defensa no expresó -además de la proporcionalidad- que normas se hallarían vulneradas. El fundamento de la mayor penalidad reside lógicamente en los bienes jurídicamente tutelados. La escala penal atenuada se explica en el poder intimidante del arma mientras que la pena de cinco a quince años responde no sólo al poder intimidante del arma sino también al poder vulnerante para la salud y vida de los agentes pasivos. Por tales razones no resulta irracional el mínimo de la escala penal prevista por el delito. Cita en apoyo el fallo "Denis" de la Cámara de Casación Penal, Sala 4, causa 10686, del 01/07/ 2008 (citado en la sentencia).

Asimismo indica que una prueba que el mínimo no era excesivo para el caso concreto lo constituye el hecho de que el Tribunal impusiera la pena de seis años.

-----Llegado el momento de resolver las cuestiones planteadas adelanto que ninguno de los agravios tendrá acogida. Respecto del agravio principal (insuficiencia de prueba para arribar a una sentencia condenatoria), los elementos de prueba valorados en la sentencia resultan suficientes para tener por acreditada la materialidad del hecho y participación del acusado. No se trata de "indicios" como refiere la defensa sino de pruebas concluyentes que resultan de la valoración integral del plexo probatorio reunido en el debate y así lo sostuvo la magistrada: "Se cuenta con prueba directa constituida por las huellas que identifican al incuso en el lugar del suceso y sobre uno de los elementos que los ladrones tuvieron en su poder porque era intención llevárselo (el televisor LED marca Samsung), como también indiciaria categórica como la posesión de las res furtiva que debe hacerse jugar en contra del incuso (...) valoro en este punto el testimonio del damnificada, quien manifestó que fue llevada por los ladrones hasta su dormitorio donde uno de ellos tomó con sus manos un televisor LED marca Samsung y lo dejó sobre la cama con la parte de la pantalla hacia arriba donde se marcaron sus huellas dactilares y que de

allí los policías extrajeron rastros, aclarando que aquel no usó guantes (...) el efectivo policial colectó aquellos rastros y dijo que los extrajo de la superficie de vidrio del televisor marca Samsung que estaba colocado arriba de la cama (...) y se pudo visualizar en la audiencia aquella actividad con las fotografías exhibidas de ese artefacto con el reactivo de color blanco en esa parte de las pantallas, aclarando el testigo que no existen dos personas en todo el mundo con las mismas huellas dactilares (sic)...completa este cuadro suasorio la declaración del efectivo Miguel Ángel Torres -quien realizó el cotejo de huellas dactilares encontradas- y en nada permite afirmar lo sostenido por la Defensa en cuanto a que existió alteración de muestras o margen de error; muy por el contrario resultó categórico en confirmar la concordancia de pertenencia entre el rastro levantado -dos huellas en el televisor LED- y Oyarzo (...) el sistema detectó quince posibles candidatos y manualmente el dicente analizó la concordancia existente con la ficha dactiloscópica obrante en el registro de policía. Fue muy esclarecedor al señalar en debate los nueve puntos característicos informados, más otros coincidentes en conformación y dirección, aclarando que en el examen 'están sobrando puntos característicos'. Asimismo fue muy terminante en establecer que *con el sistema Afis no hay duda en la determinación de la*

*identidad de una persona 'porque ese dígito no pertenece a otra persona que no sea Oyarzo y no hay forma que se reproduzca'; y luego, cuando señaló que las huellas colectadas pertenecían a los dígitos pulgares izquierdo y derecho de Oyarzo. La prueba señalada es fundamental en esta causa pues la existencia de huellas dactilares en el televisor señalado es prueba directa de la presencia del imputado en la escena del hecho y su contacto con aquel objeto del delito(...) las huellas digitales muestran características que las colocan en un papel calificado como prueba contundente y comprometedora, por los caracteres de unicidad, singularidad e invariabilidad que presentan. Es sabido que los dibujos papilares que se presentan son inmutables y prácticamente infalsificables y proporcionan una certeza absoluta en la identificación (...) si ha habido coincidencia se puede aseverar sin temor a equívocos que el autor de esas huellas dubitadas es el mismo que el de las indubitables.*

-----La Dra. Alvarez valora también la competencia del examinador: "Dicho examinador resultó una persona sumamente competente por los años de experiencia en la materia" y advierte la posibilidad que tuvo la Defensa de estudiar y analizar (la prueba pericial) como así de contradecir en el juicio oral. Finalmente valora la magistrada -en este punto- que no hay explicación alguna

para que esas huellas estén en el televisor más que por su participación criminal, porque el imputado no trabajó en el interior del inmueble ni otras personas distintas a los dueños tuvieron contacto con el televisor, así como que el sitio no es de acceso público, sino una casa de habitación, a la que tienen acceso sólo sus dueños.

-----Respecto a la campera secuestrada en el domicilio del acusado, la Dra. Alvarez afirma: *"no se encuentra explicación lógica ni válida alguna que la campera marca Athic de neoprene de color turquesa y negro con capucha, que Corvelle comprara para trabajar en los yacimientos de petróleo y que manchara de gasa en su parte delantera, estuviera en el domicilio de Oyarzo sino como producto del robo, pues mantenía parte de la res furtiva"*.

-----De la transcripción de la valoración efectuada por la magistrada respecto del primer agravio, queda claro que el argumento defensista, oportunamente introducido en el momento de los alegatos finales del debate, fue adecuadamente contestado en la sentencia. Sumado a ello, cabe agregar que, de entender la defensa que resultaba dubitativo el resultado arribado por el perito respecto de las huellas levantadas en el lugar del hecho, tenía la posibilidad de ofrecer otro perito -de parte- (dentro del plazo previsto por el art. 164 del Código de rito) a fin de realizar un análisis alternativo de la prueba que vuelve a

cuestionar en esta instancia de impugnación. En tanto no ejerció ese derecho, el Tribunal de Juicio no tuvo otra prueba para valorar a su respecto, que la producida por el perito oficial, cuya experticia no fuese tampoco controvertida por la parte durante el debate. Por tales razones habré de desestimar este agravio.

-----En relación a la calificación legal del hecho, sobre la inaplicabilidad del empleo de arma blanca por no haberse acreditado su poder ofensivo, consideró manifiestamente inatinerente la interpretación analógica dada por la Defensa de la situación de un arma blanca respecto de la de un arma de fuego de utilería.

-----La incorporación de una figura penal "atenuada" de robo con arma mediante ley 25.882 se debió justamente a las diversas interpretaciones existentes respecto del uso de armas de fuego cuyo poder ofensivo o vulnerante no estuviese acreditado. Comprendía tanto a armas descargadas, como a armas falsas, armas de juguete o utilería o armas sin aptitud de disparo. El argumento central para determinar -antes de la reforma- si debía tratarse a un arma como tal residía en que "el sujeto activo debe saber que el arma utilizada aumenta su capacidad ofensiva, circunstancia que no se da, en modo alguno, si éste porta un arma de fuego descargada, no apta para disparar, de juguete, etcétera" (CNCCorr., Sala I, 11-4-89, "Morales,

E.", c 34.889; id. 11-4-89 "Vidal Rivero", c.34466; sala II, 4-5-89 "Suarez J.C.", c.35.411, sala III, 8-3-90, "V.G." c. 26.459). A su vez la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los fallos "Sánchez, Juan" del 1-10-1988; "Aranda, Martín", del 12-3-1996; y "Paboni, Víctor" del 12-3-96, interpretó un problema de prueba (semejante al que introduce el impugnante) sosteniendo que: "No se puede pedir al acusador que acredite la idoneidad del arma, pues imponérselo significaría que la agravante pudiese ser aplicada solamente en aquellos casos de flagrancia o cuando se hubiesen efectuado disparos, pero no en los que nada de ello hubiese ocurrido, con lo que se desvirtúa el sentido de la figura del art. 166, inciso 2º del Código Penal".

-----Con la reforma introducida por ley 25882 se corrigió la vaguedad de la norma originaria, estableciendo cuatro hipótesis diferenciadas: 1) Robo con un arma que no sea de fuego 2) Robo con un arma de fuego 3) Robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo nos e puede acreditar y 4) Robo con un arma de utilería. Si la intención del legislador hubiese sido incluir a las armas que no sean de fuego dentro de las armas de utilería, la habría incorporado como un supuesto comprensivo de todo tipo de arma antes de reglar las armas de fuego sin poder ofensivo (hipótesis 3). Tal como lo ha interpretado la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, el arma de utilería

es una réplica de un arma de fuego, un objeto de similares características pero que no sirve para agredir ni para defenderse.

-----De todos modos, y más allá de la discusión sobre la posibilidad legal de incluir al arma blanca como arma de utilería, lo cierto es que la Defensa no puso en tela de juicio la credibilidad del testimonio de la víctima (que ha sido debidamente contrastado con el testimonio de los agentes que realizaron las primeras diligencias en el lugar del hecho), por lo que la descripción acabada del arma por parte de aquella, alcanza para descartar la pretensión defensiva, en cuanto detalla un arma con capacidad ofensiva. En este sentido y en relación a la carga de la prueba de dicho poder o aptitud, resulta aplicable al caso la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación antes de la reforma, precedentemente citada (Sánchez, Aranda, Paboni).

-----Asimismo la sentencia contesta acabadamente este planteo cuando afirma: "En efecto, el acusador ha acreditado que Oyarzo y su consorte en su acometimiento contra la propiedad de Castex utilizaron un cuchillo tipo Tramontina, puesto que la víctima fue contundente en describir que observó dicho elemento, es más, señaló las características del mismo en cuanto al material y su forma. Mónica Castex manifestó en debate que el primer sujeto que

ingresó a su domicilio tenía un cuchillo en la mano y la amenazaba constantemente con el mismo. Agregó que era un cuchillo común, tipo Tramontina, que era un elemento con punta y que si bien no vio el mango, la hoja era metálica con punta tipo serruchito viejo. Sus dichos son más que suficientes con lo cual no es necesario contar con el secuestro del mismo y no cabe duda del poder ofensivo que el arma blanca tuvo en la mujer. Sin perjuicio de ello, sus términos fueron confirmados en debate por los dichos del efectivo Alvarez (quien señaló que la señora les refirió que fue amedrentada con un arma blanca); por el agente Videla (a quien la señora le contó que la amedrentaron con un cuchillo y fue forzada a entregar dinero y joyas); el oficial Burgos (a quien la mujer comentó sobre el ingreso a su domicilio de una persona con arma blanca, y luego aclara que fue con un cuchillo) y el Oficial Fuensalida (a quien Castex relató el ingreso de dos ladrones a 'punta de arma blanca')... en cuanto al poder vulnerante la figura no requiere secuestro ni peritaje del cuchillo, pues su visualización puede aportar convencimiento sobre la específica naturaleza del instrumento, por lo que resulta soslayable la carencia de secuestro. De modo que, respecto de las armas filo cortantes, no se exige su imprescindible incautación, pues aún frente a la ausencia de pericia, sus condiciones objetivas para agredir y vulnerar se encuentran

ínsitas en su estructura externa y son observables por la víctima, como acaeció en este legajo y en relación a la señora Monica Castex". Por lo expuesto no procede acoger el segundo agravio de la defensa.

-----Finalmente, en relación a la inconstitucionalidad del mínimo de la figura en examen, amén de que el Tribunal impuso una pena superior (seis años) lo que pone de por sí evidencia la proporcionalidad de la escala penal para este caso concreto, y la Defensa no cuestionó las pautas valorativas tenidas en consideración por el Tribunal al momento de fijar la pena, lo cierto es que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Norma Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (CSJN Fallos: 247:121; 314:424 y sus citas y 319:178, entre otros).

-----Tal como lo resolviera este Tribunal de Impugnación en el caso "Morales" - Legajo MPFNQ 10544/2014, resuelto el 16/04/2015 e integrado por los Dres. Zvilling, Cabral y Martini-, debo señalar que la inconstitucionalidad de la norma ritual no fue debidamente fundada por el impugnante. Se trata de una cuestión fundamental ya que una

declaración de tal gravedad impone a quien lo pretende, según indicó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiteradas oportunidades, demostrar claramente de qué manera la ley que se cuestiona contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen, y que tal circunstancia ocurre en el caso concreto (CSJN Fallos: 310:211 y sus citas; 327:1899 y 328:1415, entre otros). A su vez, resulta de aplicación la doctrina inveterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto sostiene que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal es un acto de suma gravedad institucional, que debe ser considerado como la última ratio del ordenamiento jurídico.

-----Por lo expuesto, entiendo que corresponde confirmar la sentencia impugnada, en tanto ha dado adecuada respuesta a cada uno de los planteos que el impugnante reedita en esta instancia, exhibiendo un razonamiento integrado, en el cual se conectan los hechos y las pruebas aportadas para llegar al derecho aplicable. No se ha constatado una fractura en el razonamiento lógico derivando en conclusiones contradictorias o inconciliables con las circunstancias objetivas de la causa.

-----En este sentido, no alcanza la crítica ensayada por la Defensa en cuanto opinión discrepante sobre el valor probatorio de las evidencias (pericia y secuestro) y la

calificación jurídica del hecho, que de ningún modo fulmina la coherencia de la motivación en la que se sostuvo el fallo.

-----Dr. Andrés Repetto, expresó:

-----Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus fundamentos y conclusiones.

-----El Dr. Daniel Varessio, manifestó:

-----Por compartir los argumentos esgrimidos, adhiero a sus conclusiones.

-----TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

-----La Dra. Florencia Martini, dijo:

-----En atención a la resolución del recurso, corresponde la imposición de costas al recurrente (art. 268 del CPP).

-----El Dr. Andrés Repetto, manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

-----El Dr. Daniel Varessio, manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

-----Por lo expuesto, el Tribunal de Impugnación, por unanimidad,

**RESUELVE:**

**I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL** de la impugnación deducida por el recurrente (arts. 233, 238 y 239 del CPP).-

**II.- NO HACER LUGAR** a la impugnación ordinaria deducida por el impugnante -por no constatarse los agravios-, confirmando el veredicto de culpabilidad que declaró responsable a **JONATHAN GASTON OYARZO** por el delito de Robo agravado por el uso de arma (art. 166 INC. 2º del CP) por el que se lo condenó a **SEIS AÑOS DE PRISION DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO** e inhabilitación por el término de la condena.

**III.- CON COSTAS,** por el trámite derivado de la impugnación de la sentencia.

**IV.-** Remitir el presente pronunciamiento a la Oficina Judicial para su registración y notificaciones pertinentes.-

Dr. Andrés Repetto

Juez

Dra. Florencia Martini

Juez

Dr. Daniel Varessio

Juez