

SENTENCIA Nº 36/2015: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veinticinco días del mes de junio del año 2015, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnación** integrada por los Señores Magistrados **Dr. Andrés Repetto**, quien presidió la audiencia, y los **Dres. Richard Trincheri y Florencia Martini**, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial denominado **“FLORES, Yasmina Noemí s/ Robo Calificado”**, identificado bajo el legajo OFINQ 12310/14, seguido contra ***Yasmin Noemí Flores***, de nacionalidad argentina, nacida el día 7 de diciembre de 1993 en la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, hija de Julio Alberto Flores y de Ruth Noemí Robles, de estado civil soltera, con instrucción secundaria incompleta, con DNI Nº 37.772.307.

Intervinieron en la instancia de impugnación el Dr. Santiago Marcelo Ramos Luna como defensor de la imputada y las Dras. Valeria Panozzo y María Eugenia Titanti por la fiscalía.

ANTECEDENTES: Por sentencia Nº 20/2015, dictada el 24 de febrero del año dos mil quince, el Tribunal de Juicio, integrado por los Dres. Cristina Piana, Marcelo Muñoz y Mara Suste, resolvió, en lo que aquí interesa, “...I.- Declarar culpable a Yasmila Noemí Flores, de demás circunstancias personales ya señaladas, del delito de robo calificado por el uso de arma agravado por la participación de una menor de edad en calidad de coautora, por el hecho formulado en la acusación formal datado el día 22 de febrero de 2012 en la ciudad de Neuquén Capital y calificado (Art. 178 y cc del Código Procesal Penal, 166 inc. 2 primer párrafo, 41 quater y 45 del código penal)...”.

A su vez por sentencia Nº 73/2015 del 21 de abril de dos mil quince, el mismo Tribunal resolvió “...I.- Imponer a la Sra. Flores Yasmín Noemí titular del DNI 37.772.307 y demás circunstancias personales ya indicadas y cuya declaración de culpabilidad ya fuera

dictada a la pena de 6 años y 8 meses de prisión e inhabilitación absoluta por igual término y demás accesorias legales previstas en el art. 12 del CP con costas art. 168 y cc del CPP...”.

Conforme surge de la sentencia impugnada, durante el juicio la fiscalía reprochó a la imputada que “...el 22 de febrero de 2012, aproximadamente a las 23 horas, junto a la menor de edad D. M., abordaron a Natalia Soledad Giménez, quien caminaba por calle Alderete intersección con calle Río Quinto de esta ciudad, y le requirieron la entrega de sus pertenencias amedrentándola con un arma de fabricación casera consistente en un clavo para chapa enfundado con cinta aisladora. A continuación, una de las agresoras le aplicó un golpe de puño a Giménez en su cabeza causándole eritema en zona parietal derecha mientras que la restante le exhibió la aludida arma y le sustrajo una cartera color negra marca Isadora, la cual contenía la suma de pesos cincuenta con veinticinco centavos (\$50,25) discriminados en tres billetes de diez pesos, ocho billetes de dos pesos, cuatro monedas de un peso y una moneda de veinticinco centavos, un celular marca MOTOROLA V3 de color negro con dibujos de hadas en su carcasa, un celular marca SAMSUNG de color rosado, modelo GT-C3300, una billetera de color fucsia marca ANIMOB, con dibujos labrados la cual contiene en su interior diversos elementos personales, una tarjeta de debito banco Galicia y una tarjeta de crédito de NEVADA; una tarjeta de MEDIFE, una tarjeta MONEDERO, un documento nacional de identidad nro. 31.269.220 a nombre de Natalia Soledad Giménez, un juego de llaves con llavero correspondiente a su casa, una llave pequeña perteneciente al casillero de su lugar laboral, elementos de uso personal, estuches de anteojos y una camperita de color gris oscuro con flores rosas. Inmediatamente, Flores y su compañera menor de edad se dieron a la fuga siendo aprehendidas por personal policial alrededor de diez minutos después en la intersección de las calles Alberdi y Mocoetá con los elementos

sustraídos en su poder...”. Calificó dicha conducta como constitutiva del delito de “...robo agravado por el uso de arma y participación de una menor de edad, en calidad de coautora, ilícito previsto y reprimido por los arts. 166 inc. 2º, 41 quater y 45 del Código Penal...”.

La defensa técnica impugnó la sentencia que declaró la responsabilidad penal de su asistida (Arts. 233, 236 y 242 del CPP), postulando la nulidad de la misma por haber incurrido en arbitrariedad, contradicción y violación de las reglas de la sana crítica racional en la apreciación de la prueba, conforme los argumentos que más adelante se detallarán. En función de lo dispuesto por el artículo 245 del CPP se convocó a las partes a la audiencia oral en la que se escucharon los alegatos a favor y en contra de la impugnación interpuesta.

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 Sres. Jueces debían observar el siguiente orden de votación: En primer término el Dr. Andrés Repetto, en segundo término la Dra. Florencia Martini y por último el Dr. Richard Trinchero.

CUESTIONES: **I.** ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto por la defensa?, **II.** ¿Es procedente el mismo? Y en su caso **III.** ¿Qué solución corresponde adoptar? Por último, **IV.** ¿A quién corresponde la imposición de las costas?

VOTACIÓN: **I.** A la **primera cuestión** el **Dr. Andrés Repetto** dijo: El recurso fue presentado en término, ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, por parte legitimada para ello, revistiendo el mismo carácter definitivo, pues pone fin al caso judicial. Por todo ello considero que debe declararse la admisibilidad formal del recurso de impugnación deducido.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, por compartir la respuesta que da a la primera cuestión.

El **Dr. Richard Trincheri**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el vocal que votó en primer término, adhiero a sus conclusiones.

II. A la segunda cuestión el Dr. Andrés Repetto dijo:

a) Contra la sentencia condenatoria la defensa dedujo *recurso de impugnación*. Sustentó sus agravios en las causales de nulidad y arbitrariedad de la sentencia por incurrir, a su criterio, en contradicción y violación de las reglas de la sana crítica racional (Art. 18, 17, 28 de la Carta Magna y 237 del CPP).

Durante la audiencia dispuesta conforme lo regulado por el artículo 245 del CPP la defensa hizo uso de la palabra en primer término, comenzando con un breve repaso de los hechos juzgados. En lo esencial sostuvo que la prueba principal la constituyen tres testimoniales: la de la propia víctima Natalia Giménez, y las de las oficiales de policía Verónica Retamal y Lidia Escobar.

Hizo referencia al relato efectuado por la víctima respecto de cómo ocurrieron los hechos, manifestando que durante el juicio había puesto de manifiesto que en el acto de reconocimiento de personas llevado a cabo oportunamente, su asistida no había sido reconocida por la víctima como una de las personas que la agrediera y la amenazara con un objeto punzante, para luego desapoderarla de sus bienes personales. Expresamente se agravió de que los jueces en la sentencia impugnada no mencionaron esta prueba de descargo, ni explicaron porqué no se hizo alusión directa a este reconocimiento negativo, teniendo en cuenta que la víctima mencionó que fue agredida de frente, por la persona que llevaba consigo el arma, de lo que deduce

que debió haber reconocido a su asistida si ella hubiera sido la autora de dicha conducta.

Afirmó que tal como surge del acta de reconocimiento la víctima habría dicho, previo a su realización, que pudo ver bien a su agresora por lo que se encontraba en condiciones de reconocerla, cosa que luego no ocurrió, a pesar de lo cual, en la sentencia se inculpó a su asistida como coautora del delito reprochado.

Luego hizo referencia al relato que habría efectuado su asistida, conforme el cual reconoció que en un primer momento sí se encontraba junta a la menor de edad que resultó ser la autora material del delito aquí juzgado y responsable de agredir a Natalia Giménez. Sin embargo, según su relato, al momento de producirse el robo ella se había separado de la menor unos 50 o 100 metros, para luego volver a reunirse con la autora del delito, oportunidad en la que ésta le entregó varios objetos que momentos antes había sustraído a Giménez con el afán de desprenderse de la res furtiva, elementos que luego fueron secuestrados por personal policial en poder de la imputada.

En base a la descripción efectuada sostuvo que su asistida en realidad nunca tuvo el dominio del hecho, en particular de la agresión, el desapoderamiento y el uso de un arma. Todo ello lo llevó a sostener que no se encuentra acreditada la autoría material del hecho por parte de su asistida.

Luego hizo referencia al arma supuestamente utilizada para cometer el delito de robo. Dijo que durante el debate tomó conocimiento, a través de la fiscalía, que la supuesta arma utilizada había sido extraviada por la Oficina Judicial, por lo que ésta no sería exhibida a los testigos durante el debate, y en su lugar se les enseñarían fotografías del presunto elemento agregadas al expediente judicial. Afirmó que él se opuso, solicitando como cuestión preliminar que se declare la nulidad de

la acusación, planteo que fue rechazado por el Tribunal a-quo, conforme los argumentos a los que luego haré referencia.

Sin perjuicio de ello manifestó que al serle exhibida a la víctima la fotografía del supuesto objeto utilizado como arma para lograr el desapoderamiento, está manifestó que dicho objeto se parecía al utilizado, resaltando que, a su modo de ver, el objeto no fue reconocido por Giménez en forma positiva. Dijo que lo mismo ocurrió con la oficial Lidia Escobar, policía que intervino en el procedimiento y en el cacheo de su asistida, la que tampoco reconoció positivamente el objeto, sino que se limitó a sostener que era parecido al secuestrado.

Sobre esta cuestión manifestó que se violó la garantía constitucional del debido proceso en razón de que el código procesal resulta claro respecto de que toda la prueba debe incorporarse durante la audiencia de debate.

Afirmó además que surge de las declaraciones de las oficiales Retamal y Escobar que ellas no estuvieron presentes en el momento del hecho (del desapoderamiento de la víctima), por lo cual concluyó que no se pudo acreditar que haya sido su pupila la autora del delito juzgado, sobre todo teniendo en cuenta que la víctima no pudo reconocerla.

Por último hizo referencia a que no corresponde reprocharle la agravante de participación de un menor. Manifestó que parte de la doctrina sostiene su postura. Fue la joven menor de edad quien tuvo el dominio del hecho y quien realizó la conducta delictiva. Ello surge de las constancias del caso que tramitó en la justicia de menores. En ellas la menor le pidió disculpas a Giménez por los hechos aquí juzgados, disculpas que no fueron aceptadas por la víctima. Consideró importante resaltar que su asistida era mayor de edad al momento de los hechos pero por pocos días, y que la menor también era menor por pocos

días. Estimó que corresponde aplicar el agravante cuando el menor es aprovechado en la comisión de un delito a partir de su inexperiencia o de su condición de menor de edad. En su favor citó el voto del Dr. Rimaro en el caso “Amed, Carlos Abel s/ robo” Expte. 2084/11 de la entonces Cámara de provincial de Apelaciones, en el que se sostuvo que “...la mera aplicación de la agravante por la mera participación en el hecho de menores es insuficiente pues el incremento de la punición obedece al deliberado propósito del mayor de aprovecharse de la minoridad de edad, es necesario acreditar la intención de descargar la responsabilidad en el menor o que éste haya sido instigado a participar del delito...” cuestión que, a su criterio, no se da en este caso.

Hizo referencia a que la pena de 6 años y 8 meses de mínima prevista para este delito es desmedida e incluso inconstitucional, sin hacer referencia expresa respecto de qué norma de la Constitución Nacional se encontraría violentada.

También manifestó que su asistida y la menor de edad al momento de los hechos se encontraban en estado de ebriedad y que habrían ingerido drogas, sin ahondar en detalles al respecto, ni realizar precisiones jurídicas sobre esta cuestión.

Concluyó solicitando el sobreseimiento de su asistida por aplicación del principio in dubio pro reo.

b) A su turno hizo uso de la palabra la fiscalía, manifestando que la defensa en realidad no sostiene un agravio, sino que reedita su teoría del caso, insistiendo con el mismo alegato que ya presentó ante los jueces de juicio.

Sostuvo que en cuanto a la autoría la defensa afirma que como hubo un reconocimiento de personas negativo no estaría acreditada la participación de su asistida en el hecho. Sin embargo se refirió a cómo habrían ocurrido los hechos, mencionando que conforme

los dichos de la víctima dos personas fueron las que la atacaron, y que fue a la imputada a quien le secuestraron sus pertenencias y la supuesta arma utilizada para lograr el desapoderamiento, minutos después del hecho y a pocas cuadras del lugar. La circunstancia de que exista un reconocimiento de personas negativo, no obsta a que durante el debate se haya logrado acreditar la participación de la imputada en el hecho reprochado. Ello se consiguió a partir del relato de la víctima, de las oficiales de policía que intervinieron en el procedimiento -Escobar y Retamal-, y del policía Belmar, quien persiguió a las imputadas hasta su detención. Es por ello que el reconocimiento negativo no resulta determinante en el caso, ya que fue valorado pero se lo descartó por la cantidad de pruebas de cargo.

Dijo además que no importa el rol que cada una de ellas tuvo en la comisión del delito, porque se trató de un supuesto de autoría funcional en el que ambas tuvieron dominio del hecho y en el que ambas llevaron a cabo el delito.

En cuanto al elemento intimidante, mencionó que hubo un reconocimiento de objetos en sede de instrucción (la causa comenzó su trámite bajo la ley 1677) y que no fue incorporado al debate por no ser posible bajo el nuevo sistema procesal. Informó que se le exhibió a la Sra. Giménez una fotografía del secuestro y, tal como sostuvo la defensa, la testigo dijo que era parecido, aunque, afirmó, se debe tener en cuenta que el hecho ocurrió en el año 2012. Agregó que en sede de instrucción, cuando se le exhibió ese mismo elemento, sí tuvo certeza y lo reconoció positivamente. Remarcó que, de cualquier manera, y aún en el supuesto de que no se hubiera logrado el secuestro del objeto utilizado para lograr el desapoderamiento, de todos modos correspondería tener por acreditada esa circunstancia a partir de la precisa descripción que efectuó la víctima al respecto. A ello sumó el hecho de que las fotografías les fueron exhibidas no sólo a la víctima, sino también a las oficiales

Retamal y Escobar, quienes realizaron la requisita de la imputada, remarcando que ese elemento fue secuestrado del corpiño de la Sra. Flores.

La fiscalía manifestó que el agravio relativo a la falta de acreditación de la autoría en función del reconocimiento negativo, y la falta de exhibición del arma secuestrada constituyen la teoría del caso de la defensa, y no son agravios nuevos contra la sentencia de condena.

Sostuvo también que la defensa introdujo durante la audiencia del art. 245 del CPP dos nuevos agravios no incluidos en el escrito de impugnación. El primero referido a la calificación de la agravante de la participación de un menor, calificación que fue oportunamente valorada por los jueces de juicio, haciéndose eco de lo manifestado por el TSJ en el acuerdo 70/13 del 13/6/13 “Mencol Claudio Mariano s/ robo en grado de tentativa” en el que sostuvo que para que proceda la agravante alcanza con que el menor tuviera intervención en el hecho. Dijo que la agravante fue tratada en la sentencia y lo único que pretende hacer la defensa es manifestar su disconformidad, sin dar fundamento suficiente respecto de cuál es su agravio.

En cuanto al último cuestionamiento efectuado a la sentencia dijo que la defensa se limitó a alegar respecto de una supuesta pena desproporcionada, limitándose a manifestar en definitiva su disconformidad respecto de ésta, teniendo en cuenta que se le aplicó el mínimo legal de la pena prevista para el delito.

En función de todo lo dicho consideró que la defensa no logró rebatir o acreditar una absurda valoración de la prueba efectuada por los jueces de grado, por lo que solicitó se rechace la impugnación y se confirme la sentencia condenatoria.

c) Al momento de serle requeridas presiones a las partes, la defensa reconoció que el agravio relativo a la afirmada

desproporcionalidad de la pena no había sido oportunamente introducido en el escrito de impugnación.

Por su parte la fiscalía confirmó que el secuestro del objeto punzante fue extraviado en la sala de secuestros, por lo que no pudo ser habido para su exhibición en el debate, y que los jueces de juicio admitieron que el reconocimiento del objeto se hiciera a través de la exhibición de fotografías.

d) Luego de hacer un exhaustivo análisis de los argumentos impugnativos y de los fundamentos esgrimidos en la sentencia, soy de opinión que la impugnación deducida debe ser parcialmente acogida.

Por razones de orden metodológico comenzaré por el tratamiento del agravio relativo al cuestionamiento de la autoría atribuida a la imputada por el hecho ilícito reprochado.

El defensor pretende poner en tela de juicio la conclusión a la que arriban los jueces de juicio respecto de la autoría endilgada a su asistida luego de haber valorado toda la prueba producida durante el debate, con el único argumento de que en la rueda de reconocimiento que se efectuara en el juzgado de instrucción, con la vigencia del sistema procesal anterior, la víctima no pudo reconocer a su asistida. Sin embargo de la sentencia cuestionada surge que los jueces tuvieron especialmente en cuenta el relato efectuado por la propia víctima, conforme el cual, si bien ella mismo mencionó no haber reconocido a la imputada en la rueda de reconocimiento, lo cierto es que declaró que dos mujeres fueron las que la abordaron en la calle y la agredieron en forma conjunta, y que esas mismas mujeres fueron luego demoradas por la policía a pocas cuadras del lugar. Dicho relato se complementó con lo afirmado por el personal policial interviniente, conforme el cual a la

imputada se le secuestró la supuesta arma utilizada, y pertenencias de la denunciante.

De ello surge que la valoración efectuada por los jueces de grado resulta adecuada al contenido de la prueba producida durante el debate, y ajustada a la realidad de los relatos efectuados por los testigos, en razón de lo cual ninguna arbitrariedad encuentro en el razonamiento llevado a cabo por los jueces, ni una violación a las reglas de la sana crítica en los fundamentos esgrimidos en la sentencia. Por el contrario, conforme las pruebas producidas, los jueces concluyeron, en forma razonada y fundada, que fue la imputada quien participó en la comisión del delito juzgado, junto con otra mujer menor de edad, ambas demoradas minutos después del hecho, a pocos metros del lugar, con pertenencias de la víctima en su poder, siendo reconocidas ambas mujeres por la propia Giménez inmediatamente después de ocurrido el suceso.

La sola circunstancia de que la víctima no pudiera identificar a la imputada en un reconocimiento de personas días o semanas después del hecho, no es un fundamento suficiente para que no se haya acreditado su participación en el hecho juzgado. En el caso particular de autos tiene relevancia la circunstancia de que la imputada fue detenida minutos después, a metros del lugar de los hechos y con las pertenencias de la víctima en su poder.

Por otra parte la propia defensa reconoció que la imputada iba junto con la joven menor momentos antes del ataque, limitándose a afirmar que ella no es la autora del hecho por la simple razón de que no estuvo presente cuando la joven atacó a Giménez, aunque luego reconoció que no sólo volvió a reunirse con la menor, sino que incluso aceptó recibir los objetos que momentos antes le habían sido sustraídos a la víctima. Sin embargo Giménez afirmó que fue atacada por

dos mujeres, y la defensa no mencionó que hubiera una tercera mujer, en la que eventualmente hubiera podido descargar la responsabilidad que se le atribuye. En definitiva el relato de la imputada, reproducido por el defensor en su alegato, tiene por única finalidad intentar colocarla en una mejor posición, pretendiendo aliviar su responsabilidad al atribuirle la culpa a la joven menor de edad, aún cuando los hechos descriptos por los testigos la incriminan en forma clara y objetiva.

En función de todo ello, no advierto que en la sentencia se hubiera violentado el derecho defensa en juicio de la imputada, o la garantía in dubio pro reo, o la sana crítica racional, tal como fue alegado, correspondiendo confirmar la responsabilidad penal atribuida a la imputada por el hecho reprochado.

Distinto temperamento considero que debe adoptarse respecto del valor probatorio otorgado al supuesto reconocimiento del presunto objeto utilizado para intimidar a la víctima al momento del desapoderamiento, el que se habría efectuado mediante la exhibición de fotografías, las que se afirma, habrían sido tomadas al objeto oportunamente secuestrado. La determinación del alcance probatorio que corresponda atribuirle o no a dichos reconocimientos efectuados durante la audiencia, resulta de suma importancia, en razón de que a partir de ello es que se puede o no construir una calificación jurídica u otra, según la decisión legal que se adopte al respecto.

Según la testigo y víctima, Natalia Giménez, las autoras del delito lograron desapoderarla de sus objetos personales luego de agredirla físicamente y de exhibirle un objeto aparentemente punzante, el que describió como un arma casera elaborada con clavo, cinta aisladora y un gancho de percha. Conforme esta descripción resulta claro que no estamos frente a lo que se denomina arma en sentido propio, sino que nos encontraríamos frente a lo que se denomina *arma impropia*.

Conforme lo sostiene en forma unánime la doctrina, arma es todo elemento que aumenta el poder ofensivo del hombre. Dice Donna que 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 del sujeto activo. Citando a Tozzini dice 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 robo”¹.

De esta clara definición surgen las distintas clasificaciones de *armas propias* (dentro de las que incluimos a las armas de fuego y las armas blancas) y *armas impropias*. Respecto de éstas últimas el autor citado afirma que “...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, representan o no un aumento de violencia física inmediata...”². Queda así claro cuál es el concepto jurídico de arma impropia.

Coincido en afirmar que corresponde al juez, en cada caso concreto, determinar si se encuentra o no frente a un arma impropia, particularmente cuando dicha circunstancia determina la existencia o no de un agravante del tipo penal básico, como ocurre en el caso de autos. Es decir, que es al juez del juicio a quien corresponde determinar si el objeto utilizado para lograr el desapoderamiento en el caso concreto tenía

¹ Tozzini, citado en “Derecho Penal Parte Especial, Tomo II-B, Donna, Alberto Edgardo, Ed. Rubinzal, p. 159.

² Donna, ob. cit. p. 161.

o no las características que constituyen el concepto jurídico de arma impropia.

En el caso de autos los jueces consideraron probado que para cometer el delito se utilizó un arma impropia. Textualmente dijeron: “Ya se ha analizado la cuestión del elemento secuestrado como preliminar, y claramente debe ser valorado como objeto intimidante y de claro incremento de poder ofensivo frente a la víctima...”. Sin embargo, paradójicamente, los jueces para llegar a esa conclusión no observaron el objeto reputado como arma impropia en forma directa, sino que valoraron fotografías que se afirma corresponderían al objeto oportunamente secuestrados, el que no fue incorporado como prueba al debate por haber sido extraviado en la oficina de secuestros.

Si bien la cuestión relativa a la validez o no de la exhibición de las fotografías fue oportunamente resuelta como una cuestión preliminar por los jueces del juicio, resolviendo a favor de la validez de la exhibición, lo cierto es que esa prueba no fue incorporada al debate conforme lo dispone expresamente el código procesal.

El artículo 187 del código procesal establece que los objetos y evidencias introducidas en el juicio a través de testigos y peritos, serán exhibidos a ellos para su reconocimiento. Ello quiere decir que el objeto que se pretende introducir debe ser previamente reconocido como tal por el testigo o perito, y luego descrito o valorado en cuanto al valor probatorio en particular. Me explico de forma más clara: en el caso de autos primero se debió haber exhibido la fotografía a quien la retrató para que diera validez a esa prueba como tal (la fotografía como objeto de prueba), y recién luego exhibirla a los otros testigos para que reconocieran el contenido de la fotografía, que es en definitiva lo que se pretendía reconocer: la supuesta arma impropia.

Haber permitido exhibir la fotografía directamente a los testigos, sin haberla previamente incorporado como prueba válida a través de la persona que la retrató, determinó que los jueces partieran de la presunción de que esa fotografía efectivamente retrata el objeto secuestrado en el caso concreto, siendo que en realidad ningún testigo acreditó ello previamente. En definitiva, la prueba de reconocimiento fotográfico fue incorrectamente incorporada, y por ende no corresponde ser valorada, en razón de que no se acreditó previamente que la fotografía exhibida fuera la que retrataba el objeto descrito como arma en el caso de autos. La única forma de autenticar la foto es manteniendo incólume la cadena de custodia o convocando como testigo a la persona que la tomó para que confirme que esa es la fotografía que retrató el objeto secuestrado y no otra similar. En concreto, no se acreditó que el objeto retratado en la fotografía haya sido el mismo que se secuestró. Y ello no puede ser subsanado interrogando a la víctima, porque el objeto retratado puede ser similar o incluso idéntico al objeto secuestrado, pero sin embargo ser otro distinto.

Para poder incorporar válidamente y con aptitud probatoria una fotografía al debate ésta solo puede ser incorporada a través del propio testigo o perito que la retrató, o acreditando que se mantuvo la cadena de custodia de esa fotografía desde que se retrató el objeto, hasta que fue exhibida en el juicio. Recién luego de acreditados esos extremos dicha fotografía queda válidamente incorporada al debate para ser luego exhibida a cualquier otro testigo, con el fin de que se exhiba respecto de cualquier descripción o reconocimiento que se pretenda del objeto retratado en ella. Una cosa es la fotografía como objeto a incorporar al debate, y otra muy distinta es el objeto retratado en ella. En el presente caso los jueces saltaron un paso y dieron por probado que el objeto retratado en la fotografía era el objeto utilizado en el hecho, y secuestrado por la policía, cuando en realidad no se había siquiera

incorporado válidamente la fotografía como objeto de prueba en el debate.

La relevancia de la correcta incorporación al debate de la “fotografía” como objeto de prueba, y lo que con ella se pretende acreditar (el “objeto retratado” en la fotografía) se patentiza en el caso de autos a partir del testimonio de la propia víctima y del personal policial, conforme los cuales ni siquiera se pudo afirmar categóricamente, y más allá de toda duda razonable, que el objeto de la fotografía era sin duda el mismo que fue utilizado por la imputada.

Como dije, los jueces partieron de la presunción de que el objeto retratado en la fotografía era el mismo que el utilizado por la imputada a partir de lo afirmado por la fiscalía, sin advertir que ello era una mera presunción, toda vez que la fotografía no fue validada como soporte probatorio del objeto que en ella se retrató, lo que hubiera permitido acreditar que el objeto fotografiado eventualmente es el mismo que el que efectivamente se secuestró, y no otro objeto distinto aunque de similares características.

Al haberse violentado la forma en la que el código procesal permite el ingreso de prueba al debate se ha impedido acreditar la existencia del arma impropia supuestamente utilizada para consumir el robo.

La fiscalía afirmó que no tenía importancia discutir si había sido válido o no la exhibición de las fotografías a los testigos, toda vez que aún en el supuesto de que no se hubiera secuestrado tal objeto, de todos modos correspondería calificar el delito como robo con arma, en razón de que se trató de un arma que no era de fuego, con lo cual no había que acreditar su aptitud o no para el disparo.

La fiscal podría tener razón si nos encontráramos ante un arma blanca, por ejemplo, porque en dicho supuesto se trataría de un

arma propia y no habría que acreditar su capacidad para vencer la resistencia de la víctima. Sin embargo, en el caso de autos se afirma que el desapoderamiento se habría producido con un objeto fabricado con un clavo, parte de una percha y cinta adhesiva. Conforme esa descripción el objeto en cuestión puede o no tener el poder ofensivo que la norma requiere, y de ahí la importancia de que el mismo hubiera sido exhibido, sea en forma directa o por medio de fotografías validadas por quien las tomo, y de esa manera el juez, en el caso concreto, podría haber determinado o no si dicho objeto tenía las características de un arma impropia conforme lo exige el tipo penal. En el caso de autos, a partir de un error inexcusable del responsable de cuidar los secuestros, se ha perdido una prueba de singular importancia que hubiera permitido determinar la calificación jurídica que corresponde o no imponer a la conducta reprochada. A ello se debo sumar que la prueba ofrecida en su reemplazo -la fotografía que se afirma retrata el objeto secuestrado- no fue correctamente incorporada al debate. Por todo ello resulta arbitrario, en estas condiciones, calificar el delito como constitutivo de un robo con armas.

Siendo ello así corresponde revocar parcialmente la sentencia impugnada y adecuar la calificación jurídica a la de robo simple, toda vez que sí se ha probado que la víctima fue desapoderada de forma violenta de sus pertenencias, por lo que los elementos objetivos del tipo penal de robo simple se encuentran presentes en la conducta desplegada.

En lo que respecta al agravio relativo a la agravante de la participación de un menor de edad en el hecho, considero que ésta no corresponde ser aplicada al caso de autos. No desconozco la discusión jurídica que existe tanto en doctrina como en jurisprudencia sobre el alcance del artículo 41 quater del CP, y los supuestos en los que este agravante debe ser aplicado. Particularmente considero que la mera

intervención de un menor en el hecho delictivo no importa la inmediata aplicación de la norma en cuestión, en razón de que lo que se ha pretendido penar más severamente es el aprovechamiento o utilización que un mayor puede hacer de un menor en la comisión de delitos, para descargar en él su responsabilidad penal.

La CSJN ha sostenido en forma inveterada que el primer parámetro para la interpretación de una norma es la propia letra de la ley. Sin embargo, en supuestos en los que de su letra pudiera surgir más de una interpretación posible, es legítimo recurrir a la discusión parlamentaria que se presentó al momento de sancionar la norma en cuestión en el Congreso de la Nación para conocer el sentido que se le pretendió dar.

Recurriendo al diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación surge que el proyecto para incorporar el artículo 41 quater del Código Penal (originariamente incluido en el proyecto con el número 41 ter) fue tratado sobre tablas en la 18ª reunión, continuación de la 11ª sesión ordinaria, el día 14 de agosto de 2002, a propuesta de la Sra. Diputada Stolbizer. En ella la Sra. Diputada sostuvo: “Señor presidente, aclaro que este proyecto propicia un aumento de las penas para los adultos que utilizan menores en la comisión de delitos. Además esta iniciativa ya había sido aprobada por esta honorable Cámara en 1999, pero lamentablemente, esa sanción nunca fue tratada por el Honorable Senado”. Inmediatamente luego de la intervención de la Sra. Diputada el proyecto fue puesto a consideración de la Cámara y aprobado, siendo remitido al Senado para su tratamiento y aprobación.

En el Honorable Senado de la Nación el proyecto fue tratado bajo el Orden del Día N° 936, y puesto a consideración por el Sr. Presidente Senado Gioja: “Sr. Presidente (Gioja): Corresponde considerar el dictamen de la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios

en el proyecto de ley por el que se agrava la escala penal para quienes delinquen con intervención de menores de 18 años. (Orden del Día N° 936)". Luego, al otorgarle la palabra al Señor senador Agúndez, este dijo: "Señor Presidente, se trata de un proyecto de ley sancionado por unanimidad por la Cámara de Diputados. El dictamen también fue aprobado por unanimidad y contiene un solo artículo a través del cual se agravan las penas para aquellos mayores que se valen de menores de 18 años para cometer delitos. O sea que se incrementa en un tercio el mínimo y el máximo de la escala penal respecto de este tipo de delitos. Hace unos minutos la Señora senadora Müller habló de la necesidad de modificar las normativas vigentes a los efectos de convalidar las modificaciones introducidas a la Convención de los Derechos del Niño. En este sentido, hace unos años se presentaron varios proyectos que espero que pronto sean tratados. Esta es una forma de proteger a los menores. Es decir, disuadir a los mayores para que no utilicen a los menores de edad en sus delitos. En consecuencia, no creo que haya algún tipo de oposición. Además quiero aclarar que el artículo ha venido sancionado por la Cámara de Diputados se hace referencia al artículo 41 *ter*. Creo que se trata de un error tipográfico, ya que tendría que figurar artículo 41 *quáter*...". El presidente de la Cámara dio la palabra al senador Yoma quien agregó: "Señor Presidente, tal como ha manifestado el presidente de la Comisión, senador Agúndez, este proyecto no tiene disidencias...". Luego el presidente otorgó la palabra a la señora Senadora Conti, quien dijo: "Señor Presidente Señor presidente: en este caso voy a apoyar un incremento de la escala punitiva cuando los mayores delincan haciendo uso de menores para causarles a los menores la represión penal, evadiendo de esa forma la acción de la Justicia. En este tema hago una concesión en contra de mi propia formación dogmática. Al respecto, debo decir que en los fundamentos de un dictamen emitido por la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados en 1998 se propugnó una norma semejante. Hace ya varios años que intentamos aumentar la pena

de los mayores que usan a menores para delinquir. Por mi parte, considero que esto serviría como una protección específica para la minoridad y una defensa de los ciudadanos contra la delincuencia que queda impune”.

Puesto a consideración de la Cámara de Senadores el proyecto remitido por Diputados fue aprobado y sancionado, siendo remitido al Poder Ejecutivo para su promulgación definitiva, lo que así ocurrió, incorporándose al actual Código Penal como artículo 41 quater.

De la intervención de los Señores Diputados y Senadores de la Nación surge con absoluta claridad y transparencia que la norma fue sancionada con la exclusiva finalidad de sancionar con mayor severidad a los mayores de edad que se valen de menores para cometer delitos, o los utilizan con la finalidad de descargar en ellos su responsabilidad penal. Nunca estuvo en el ánimo de los Señores legisladores la intención de sancionar en forma mucho más severa a aquellos que teniendo más de 18 años de edad cometen delitos junto con menores, sin utilizarlos de una manera específica, sino compartiendo en forma conjunta la actividad delictiva desplegada. Todo ello me impone como única interpretación posible de la norma en cuestión, y para que la agravante se vea configurada, que la conducta desplegada por el mayor de edad debe haber tenido por finalidad utilizar a un menor de edad en el sentido descrito para los supuestos de autoría mediata, supuesto que en el caso de autos no se presenta. Al contrario, fue la propia fiscalía la que sostuvo desde un principio que se trataba de un supuesto de co autoría funcional, habiendo remarcado desde el mismo momento en que enunció su teoría del caso que la imputada *junto con la menor de edad* realizaron la conducta típica reprochada. Dijo específicamente que no importaba el rol que cada una de ellas tuvo en la comisión del delito, porque se trató de un supuesto de autoría funcional en el que ambas tuvieron dominio del hecho y en el que ambas llevaron a cabo el delito reprochado.

En función de todo lo dicho considero que corresponde dejar sin efecto la agravante prevista por el artículo 41 quater del CP en el presente caso.

Respecto del agravio relativo a la desproporcionalidad de la pena impuesta, considero que el mismo ha devenido abstracto en razón de los considerandos precedentes, conforme los cuales se ha modificado sustancialmente la calificación jurídica que corresponde aplicar a la conducta atribuida.

Tampoco corresponde tratar el agravio relativo al supuesto estado de ebriedad y de consumo de drogas en el que se habría encontrado la imputada, en razón de que esta cuestión no fue siquiera planteada en la etapa de juicio, ni tratada como un supuesto de incapacidad en los términos del artículo 34 del CP, sino como una circunstancia a tener en cuenta a los fines de determinar la pena, resultando un agravio absolutamente improcedente para ser tratado en esta instancia.

Tampoco corresponde el tratamiento de la alegada inconstitucionalidad del mínimo de la pena prevista para el delito originariamente reprochado, en razón de que el mismo no fue debidamente fundado en términos jurídicos, sino mencionado superficialmente sin ninguna consideración que amerite su tratamiento. Sin perjuicio de ello, de todos modos su tratamiento devendría abstracto por las razones antes enunciadas.

En razón de todo lo dicho, considero que la sentencia impugnada debe ser parcialmente confirmada, en cuanto declara la responsabilidad penal de la imputada Yasmín Noemí Flores, por la conducta oportunamente reprochada por la fiscalía, esto es haber desapoderado a Natalia Soledad Giménez de sus pertenencias, detalladas en la sentencia, el día el 22 de febrero de 2012,

aproximadamente a las 33 horas, junto con la menor de edad D. M., en calle Alderete intersección con calle Río Quinto de esta ciudad, habiendo ejercido sobre la víctima violencia física para lograr el desapoderamiento, modificando la calificación jurídica que por esta conducta corresponde por la de robo simple. En función de ello, y conforme lo dispuesto por el artículo 247 del CPP corresponde ordenar el reenvío de las presentes actuaciones para que, con la conformación de un Tribunal distinto, se lleve nuevamente a cabo la audiencia de cesura, a fin de determinar la pena que corresponde imponer por los hechos probados, conforme la calificación jurídica que en esta instancia se determina.

Tal es mi voto.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, por compartir la respuesta que da a la segunda cuestión sin perjuicio de disentir en la conformación de un Tribunal distinto a fin de llevar a cabo la audiencia de cesura como consecuencia del reenvío dispuesto en las presentes. Si bien el art. 247 primer párrafo del CPP dispone: “si se reenvía a un nuevo juicio, no podrán intervenir los jueces que conocieron del juicio anulado”, considero que ello procede sólo cuando se reenvía a nuevo juicio de responsabilidad pero no cuando, como consecuencia de la revocación parcial de una sentencia de responsabilidad (que tiene incidencia en la pena), se reenvía a nuevo juicio de cesura. Ello por cuanto, se encuentra fuera de discusión que, aún constando de dos fases, a las que corresponden sendas sentencias, el juicio es uno solo, y por tanto no puede integrarse la segunda fase de un único juicio con jueces distintos de la primera fase sin afectar el principio del juez natural y la validez del juicio en sí por violar las formas legales que disponen su integración. No resulta lógico que un juicio sea el producto de la decisión de seis jueces cuando el código asigna competencia para cada juicio a un tribunal integrado—valga la

redundancia- por tres jueces (lo mismo sucedería con tribunales unipersonales, cuando se pretende integrar ambas etapas con dos jueces distintos). O dicho de otro modo, no resulta legítimo que un solo juicio sea el producto de la decisión de dos tribunales distintos (se trataría de un juicio dividido, no ya tan sólo por sus partes, sino por sus integrantes). Aduna esta posición el hecho de que, en la cesura, los jueces se encuentran legitimados para valorar toda circunstancia que haya formado parte del debate y que tenga relevancia para ponderar las pautas previstas por los arts. 40 y 41 del Código Penal debidamente introducida por las partes en la audiencia de cesura, de las cuales han tenido adecuada inmediación. Los jueces que integraron la audiencia de responsabilidad son quienes se encuentran en mejores condiciones de fijar la pena, porque se encuentran “impregnados” de todas las circunstancias del hecho tal como fueron debatidas por las partes fijando el objeto de controversia. Asimismo, la integración del tribunal en la segunda audiencia con jueces distintos impone a las partes una reedición de testimonios ya prestados en la primera etapa para interiorizar a los nuevos jueces de las circunstancias del juicio de responsabilidad ya debatidas (asumiendo el riesgo de que idénticos testigos realicen manifestaciones diversas a las sostenidas en la primer etapa). Por lo dicho, considero que debe reenviarse a juicio de cesura con idéntica integración a la del juicio de responsabilidad parcialmente revocado. Es mi voto.-

El **Dr. Richard Trincheri**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el vocal que votó en primer término, adhiero a sus conclusiones.

A diferencia de lo sostenido por la colega preopinante, entiendo que si el Código – en el aludido primer párrafo del artículo 247- no hace distinciones en cuanto a que se referiría (según la Dra. Martini) solamente al juicio de responsabilidad no corresponde que lo hagamos

los jueces. Sin perjuicio de no poner en discusión que el juicio es uno lo cierto es que el artículo 179 denomina a la fase de imposición de la pena como “juicio sobre la pena”.

No observo tampoco supuesta conculcación al principio del juez natural ni a ninguna norma formal sobre la integración del Tribunal por cuanto, el ingreso de nuevos jueces al caso, es una consecuencia lógica de las disposiciones del mismo Código al habilitar el reenvío. Así, cuando se revisa y nulifica la cuantía de la pena y se reenvía para un nuevo juicio sobre aquella también es indispensable desplazar a los tres jueces del juicio porque sería inadmisibles que ellos mismos impongan nueva pena cuando fueron autores de la nulificada a consecuencia de la impugnación. Ello ocurre habitualmente y a nadie podría ocurrírsele que se violenta el principio constitucional aludido.

Lo escrito en el párrafo anterior alcanza también para las consideraciones que realiza mi colega sobre la cantidad de jueces que se prevén para la realización de un juicio.

Por último, la garantía máxima de imparcialidad que debe resguardarse en todos los casos, no solamente por observancia de este Código (art.5) sino por instrumentos internacionales (CADH: art.8.1 y 8.2) “constitucionalizados” (art.75 inc. 22 CN), es suficiente argumento para “cargar” a las partes con la eventual repetición de aporte de testimonios que ya declararon en el juicio de responsabilidad. Los jueces apartados ya se pronunciaron sobre la pena, ya fijaron su parecer sobre la cuestión y debe cesar su intervención sin importar cuál fue la razón que varió la situación, máxime cuando no existe impedimento legal alguno para que ello ocurra y se conforme un nuevo Tribunal para realizar el juicio sobre la pena. El derecho a un pronunciamiento judicial imparcial comprende al juicio en su totalidad no solamente a la primera parte.

Así voto.

III. A la tercera cuestión el Dr. Andrés Repetto, dijo:
Atento a la respuesta dada a la cuestión precedente, propongo al Acuerdo

que el recurso de impugnación sea parcialmente acogido, en los términos antes señalados. Es mi voto.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, por compartir la respuesta que da a la primera cuestión.

El **Dr. Richard Trincheri**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el vocal que votó en primer término, adhiero a sus conclusiones.

IV. A la **cuarta cuestión** el Dr. Andrés Repetto dijo: Sin costas (Arts. 268, 269 y 270 del CPP, ley 2784).

La **Dra. Florencia Martini**, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante.

El **Dr. Richard Trincheri**, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante.

Conforme el presente Acuerdo se

RESUELVE: I. DECLARAR ADMISIBLE desde el plano formal el recurso de impugnación deducido por el Dr. Santiago Marcelo Ramos Luna, defensor de Yasmin Noemí Flores.

II. HACER LUGAR PARCIALMENTE a la impugnación interpuesta por la defensa y, en consecuencia, confirmar la responsabilidad penal determinada por sentencias 20/2015 y 73/2015 pero modificar la calificación jurídica dispuesta por la de **robo simple** (Artículo 164 del Código Penal).

III. ORDENAR EL REENVÍO del presente caso para que un Tribunal distinto lleve a cabo audiencia de cesura y determinar la pena que corresponde imponer por los hechos probados, conforme la calificación jurídica que en esta instancia se dispone (Art. 247 del CPP).

IV. Regístrese y notifíquese por medio de la oficina judicial, y remítase a la instancia de garantías a sus efectos. Sin costas.

Dra. Florencia Martini
Juez de Impugnación

Dr. Andrés Repetto
Juez de Impugnación

Dr. Richard Trinchero
Juez de Impugnación