



## Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 17 DE LA CAPITAL FEDERAL  
CCC 23172/2014/TOI

///nos Aires, 17 de octubre de 2014.

### Y VISTOS:

Se reúnen los jueces integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal n° 17 de la Capital Federal, Juan Facundo Giudice Bravo -quien presidió el debate-, Alejandro Noceti Achával y Pablo Daniel Vega, con la presencia de la secretaria, Mariana Currais, para redactar los fundamentos de la sentencia dictada el 9 de octubre pasado, en la causa n° 4367, seguida por el delito de robo agravado por haber sido cometido con un arma, a **CARMELO PATRICIO ORTEGA**, argentino, titular del D.N.I. n° 28.992.639, nacido el 3 de agosto de 1981 en esta ciudad, soltero, hijo de José Patricio y de Feliza Mendieta, identificado en la Policía Federal Argentina con legajo RH 256.536 y con LPU 242.124/P, actualmente detenido en el Complejo Penitenciario Federal de la C.A.B.A.

Intervienen en el proceso el fiscal general Juan José Ghirimoldi y el defensor público oficial "ad hoc" de la Defensoría Oficial n° 4, Juan Martín Vicco.

### Y CONSIDERANDO:

#### El juez Juan Facundo Giudice Bravo dijo:

1º) Que en oportunidad de alegar sobre el mérito de la prueba, en la instancia del art. 393 del Código Procesal Penal de la Nación, el **fiscal general** tuvo por probado el hecho descrito en el requerimiento de elevación a juicio de fs. 143/145, al que se remitió.

Al meritar la prueba, se refirió especialmente a la declaración testimonial de Frank Cristiam Vilchez Pizarro, quien relató que mientras se dirigía a su domicilio por la calle General Urquiza, al llegar a la intersección con Alsina, fue sorprendido por dos hombres que lo sujetaron por detrás; que de inmediato sintió un corte detrás de la oreja, del cual comenzó a manar gran cantidad de sangre y cayó al suelo, circunstancia en la que los agresores le sustrajeron su billetera con la suma aproximada de \$200 y su teléfono celular.

Que a los pocos instantes fue asistido por personal policial, que le exhibió una billetera que había sido hallada a pocos metros de allí,

Valoró además la versión del agente Elio Daniel Rodríguez, quien refirió haber tomado intervención en el hecho al observar a dos hombres en un forcejeo; que al acercarse notó que uno de ellos –Vilchez Pizarro– presentaba un corte detrás de la oreja, del cual manaba gran cantidad de sangre, quien le manifestó que había sido atacado y desposeído de las mencionadas pertenencias.

Agregó que a pocos metros del lugar donde estaba la víctima encontró un pico de botella de vidrio roto y una billetera, y al exhibirle esta última al damnificado la reconoció como de su propiedad.

Tuvo en cuenta también el acta de detención de fs. 3, el acta de secuestro de fs. 4, las fotografías de fs. 22/24, los informes periciales de fs. 63 y 64 y el informe confeccionado por el Cuerpo Médico Forense respecto del damnificado a fs. 81/82, del cual surgen las lesiones que presentó.

Por las consideraciones que efectuó, concluyó que Ortega debía responder como coautor del delito de robo, agravado por haber sido cometido mediante el uso de un arma (artículos 45 y 166, inc. 2º del Código Penal).

Sostuvo que la aplicación de dicha agravante era consecuencia de la utilización del pico de botella roto como medio intimidatorio durante el desposeimiento; citó a tal fin el fallo de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal “Hernández y otros s/ recurso de casación”, causa n° 11.357, del 2 de mayo de 2011, en el cual se sostuvo que debían entenderse como armas aquellos objetos que hayan sido utilizados o blandidos por el autor en una efectiva acción violenta o intimidatoria para doblegar o evitar la resistencia de quien pueda oponerse a la consumación o impunidad del acto.

Agregó que el hecho fue consumado en tanto no fueron recuperados el teléfono celular ni el dinero que había en la billetera.

Finalmente, por las razones que brindó, pidió que al momento de fallar se impusiera a Ortega la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas, por ser coautor del delito de robo, agravado por haber sido cometido mediante el uso de un arma (artículos 12, 29 inc.



## Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 17 DE LA CAPITAL FEDERAL  
CCC 23172/2014/TO1

3º, 45, 166, inc. 2º, del Código Penal y 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación).

La defensa, por su parte, pidió la absolución de su asistido en los términos del artículo 3º del Código Procesal Penal de la Nación.

Dijo que la acusación se circunscribía a la versión del damnificado y se refirió a las contradicciones en las que éste incurrió en la audiencia.

Sostuvo que al inicio de su declaración dijo que venía de una fiesta y fue sorprendido por dos hombres que, mediante la utilización de un pico de botella, con el cual le efectuaron un corte detrás de la oreja, le sustrajeron bienes de su propiedad, mientras que con posterioridad admitió que venía de Plaza Once, donde había intentado comprar mercadería para enviar a su hija a Perú y que en realidad no había visto a los agresores ni al elemento utilizado, sino que sólo sintió el corte; a raíz de ello, infirió que el nombrado había mentido para justificar su presencia en el lugar y obviar el motivo real por el que se había hecho presente, esto es, comprar droga, tal como lo había expresado su defendido.

En ese sentido, el Dr. Vico, se refirió a la versión de su asistido, quien sostuvo que en dicha cuadra se comercializaban estupefacientes y que ese día, mientras estaba sentado en la vereda, se le acercó el damnificado con signos de estar alcoholizado y le solicitó de manera insistente que le vendiera marihuana; que frente a su negativa el supuesto damnificado se le abalanzó y le aplicó puntapiés en sus piernas, por lo que repelió la agresión mediante golpes de puño que hicieron caer a aquél al suelo, de espaldas, instante en el cual notó que su ropa se teñía de sangre.

Al referirse a los dichos del policía Rodríguez destacó que no pudo ser preciso al relatar al lugar en el que halló la billetera y el pico de botella –que según el funcionario estaban a cinco o siete metros del sitio donde estaban los dos hombres que divisó- ni el motivo del secuestro de este último, en tanto la víctima nunca manifestó que había sido agredida con tal elemento; agregó que el día del hecho Ortega llevaba colocado un

anillo con el que pudo haber lesionado a la víctima de manera involuntaria mientras se defendía de su agresión.

Agregó, además, que el preventor admitió que la víctima nunca mencionó que hubieran sido dos los agresores y que intervino en el hecho al observar a dos hombres forcejeando –Ortega y Vilchez Pizarro–.

Concluyó que la versión del agente de policía coincidía con la de su asistido y que el resto de la prueba, a diferencia de lo que entendió el acusador público, era insuficiente para incriminarlo, por lo que por aplicación del beneficio de la duda debía primar el principio de inocencia y disponerse la absolución del acusado.

De manera subsidiaria solicitó que la conducta de Ortega sea calificada como robo, en tanto un pico de botella no puede ser considerada un arma, pues sólo las creadas para tal fin encuadran en esa categoría; dijo que una interpretación en sentido contrario implica una analogía “in malam parte” y vulnera el principio de legalidad, y requirió que se le imponga el mínimo de la escala penal prevista para el tipo básico.

Por último, solicitó que se declare la inconstitucionalidad de la reincidencia ya que la aplicación de ese instituto vulnera los principios consagrados en nuestra Constitución Nacional de culpabilidad y *ne bis idem*, ya que conlleva la aplicación de poder punitivo por hechos pasados por lo que el imputado ya fue condenado, y obsta a la readaptación social, dado que impide al acusado poder gozar, en un futuro, de la libertad condicional.

2º) Que en la oportunidad prevista en el artículo 378 del Código Procesal Penal de la Nación, el acusado prestó declaración indagatoria.

Relató que el día del hecho estaba sentado en la vereda de Urquiza y Alsina cuando fue abordado por el damnificado, quien se encontraba en aparente estado de ebriedad, y de manera prepotente le solicitó la venta de sustancias estupefacientes.

Aseguró que ante su negativa aquél comenzó a patearlo, por lo que repelió la agresión mediante golpes de puño que lo hicieron caer al



## Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 17 DE LA CAPITAL FEDERAL  
CCC 23172/2014/TO1

suelo, de espaldas; indicó que en ese momento observó que su ropa comenzaba a mancharse de sangre que provenía de detrás de la oreja, aunque aseguró que no vio la herida.

Sostuvo que no estaba bebiendo y que la víctima tenía algo en las manos que no pudo identificar.

Que permaneció junto a la víctima hasta que se hizo presente personal policial y fue trasladado a la comisaría donde tomó conocimiento de la imputación en su contra.

Por último, a la pregunta de la defensa dijo que el día del hecho llevaba colocado en su mano derecha el anillo que lucía en la audiencia.

3º) Que en el debate prestaron declaración testimonial:

a) **Frank Cristiam Vilchez Pizarro**, quien relató que la noche anterior al hecho había concurrido a una fiesta en Independencia 2999 de esta ciudad; que desde allí, en horas de la mañana, se dirigió a Plaza Once a fin de comprar mercadería para enviar a su hija que reside en Perú, y que mientras se dirigía a su domicilio por Urquiza, en la intersección con Alsina, fue sorprendido de atrás por dos hombres, uno de los cuales lo tomó del cuello mientras que el otro lo cortó con un objeto que no llegó a ver.

Agregó que si bien no opuso resistencia sintió un corte detrás de la oreja con un elemento filoso, del cual comenzó a manar gran cantidad de sangre, por lo que cayó al suelo, donde los agresores le sustrajeron su billetera con la suma aproximada de \$200 y su teléfono celular.

Que a los pocos instantes fue asistido por personal policial que le manifestó que habían detenido a uno de sus atacantes y secuestrado a pocos metros de allí un pico de una botella y una billetera, la cual le fue exhibida e identificó como de su propiedad.

b) El agente **Elías Daniel Rodríguez** manifestó que el día del hecho, mientras se encontraba realizando tareas de vigilancia en Urquiza y su intersección con Alsina observó a dos hombres forcejeando; que al acercarse advirtió que uno de ellos vacía en el suelo y presentaba

una herida cortante en el cuello, detrás de la oreja, de la cual manaba gran cantidad de sangre, y le manifestó que le habían sustraído la billetera y el teléfono celular.

Agregó que aproximadamente a 5 o 7 metros encontró un pico de una botella de vidrio roto -el cual, según creyó recordar, presentaba manchas hemáticas, aunque no lo pudo asegurar-, junto a una billetera, por lo que procedió al secuestro de ambos bienes, y al exhibir esta última al damnificado la reconoció como de su propiedad.

Dijo que en la esquina, aproximadamente a 30 metros, vio a otro hombre que no fue identificado.

c) También se incorporó por lectura la prueba aceptada en el decreto de admisibilidad probatoria, consistente en el acta de detención de fs. 3, el acta de secuestro de fs. 4, el plano obrante a fs. 7, el informe médico legal del imputado de fs. 18, las fotografías de fs. 22/24, los informes periciales de fs. 63 y 64, el informe confeccionado por el Cuerpo Médico Forense respecto del damnificado a fs. 81/82 en el cual se detallaron las lesiones que presentó; el informe socio ambiental del imputado y la certificación actualizada de sus antecedentes, obrantes en el legajo de la personalidad.

4º) Que de acuerdo a la prueba producida en el debate, valorada de conformidad con las reglas de la sana crítica racional (arts. 241, 263 y 398, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación) tuvo por cierto que el 20 de abril de 2014, cerca de las 10, en Urquiza y Alsina de esta ciudad, Patricio Carmelo Ortega, en compañía de otro hombre que no fue identificado y mediante el uso de un pico de botella de vidrio roto, ocasionó lesiones de carácter leve a Frank Cristiam Vilchez Pizarro -un corte de 2 cm de longitud en la región retroauricular derecha, otro de 2 mm de longitud sobre el gonión derecho y un corte de 2 mm de longitud sobre el lóbulo auricular derecho-, y le sustrajo su billetera con la suma aproximada de \$200 y su teléfono celular, lográndose el secuestro únicamente de la mencionada billetera con la suma de \$50.

Lo expuesto se sustenta en las siguientes pruebas:



## Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 17 DE LA CAPITAL FEDERAL  
CCC 23172/2014/TO1

El testimonio de Frank Cristiam Vilchez Pizarro, quien fue categórico al explicar lo sucedido aquel día.

Relató que mientras regresaba a su domicilio por la calle Urquiza fue sorprendido por dos hombres que lo sujetaron por la espalda y sin mediar palabra le efectuaron un corte con un elemento filoso detrás de la oreja, por lo que cayó al suelo, donde le sustrajeron la billetera con dinero y el teléfono celular.

Que a los pocos instantes fue asistido por personal policial que le exhibió una billetera que identificó como de su propiedad.

Ese relato, que exhibió coherencia y seguridad, fue corroborado por los elementos de juicio que a continuación analizaré, lo que, por añadidura, desbarata el argumento de la defensa de que constituyó el único elemento de cargo en contra de su asistido.

En primer término, el testimonio del agente Rodríguez.

Contrariamente a lo planteado por el Dr. Vicco, lo que dijo en la audiencia no se diferenció de lo expuesto por la víctima, pues quedó en claro que Rodríguez observó el final de la agresión, esto es, cuando Vilchez Pizarro yacía herido en el piso y junto a él -forcejeando según la expresión del funcionario- el acusado.

La existencia de un eventual forcejo, en todo caso, lejos de abonar el descargo de Ortega -al que luego me referiré- es compatible con la versión de Vilchez en cuanto explicó que tras ser atacado y caer al suelo comenzaron a revisarlo para sacarle sus pertenencias.

De ahí que sea acertado colegir que lo que el funcionario vio como un forcejeo no fue otra cosa que una secuencia dinámica del tramo final del robo, en el que mientras el cómplice de Ortega se alejaba del lugar para finalmente escapar, éste último concluía con el despojo sobre la víctima caída.

Precisamente, además de referirse al acusado y la víctima, Rodríguez hizo mención a ese tercer sujeto que estaba a unos treinta metros de la escena y que luego desapareció, lo que también da consistencia a la versión que se tuvo por acreditada en tanto Vilchez fue

concluyente al asegurar que fueron dos los hombres que lo abordaron.

- no lo  
s. p. 52

Pero las coincidencias no concluyen ahí.

El agente de policía dijo que ni bien se acercó, Vilchez Pizarro le manifestó que el acusado junto a un segundo masculino, tras cortarlo detrás de la oreja, le había sustraído la billetera con dinero y el teléfono celular.

?

Justamente, esa descripción y las características de la herida que presentaba la víctima, explica la actividad siguiente del policía que, según contó en el debate, inspeccionó sus alrededores y enseguida encontró, a poca distancia -que calculó entre cinco y siete metros- la billetera de Vilchez y un pico de botella con sangre, según creyó recordar; el objeto en cuestión es el que se observa en la fotografía de fs. 22, mientras que el peritaje de fs. 64, precisamente, estableció que dicho elemento tiene punta filosa y manchas que "representan sangre".

Sobre las lesiones padecidas por Vilchez Pizarro y su mecanismo de producción, el informe de ss. 81/82 reveló que presentaba una de 2 cm de longitud en la región retroauricular derecha, de 2 mm de longitud sobre el gonión derecho y de 2 mm de longitud sobre el lóbulo auricular derecho, compatibles con el deslizamiento o presión de un objeto de aristas filosas, mecanismo que se asemeja al uso del pico de botella secuestrado en autos del modo indicado por el damnificado.

Frente a semejante cuadro cargoso deseché por completo la versión suministrada por el acusado en su indagatoria.

Quedó demostrado que no hubo una pelea, como dijo Ortega, sino una agresión hacia Vilchez Pizarro con el propósito y resultado ya descripto.

Sin perjuicio de que las pruebas que valoré condujeron a desechar por completo la versión del acusado, la propia explicación que dio en su indagatoria resultó pueril.

Ocurre que es francamente irrazonable pensar que si Vilchez quería comprar droga, en lugar de concurrir a algunos de los tantos sitios de la cuadra donde según Ortega se sabía que vendían, pretendiera





## Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 17 DE LA CAPITAL FEDERAL  
CCC 23172/2014/TO1

hacerlo arremetiendo a las patadas contra un desconocido, en este caso, el procesado Ortega.

Igual de inconsistente aparece la explicación de que la herida que sufrió la víctima pudo haber sido ocasionada al golpearlo con la mano en donde tenía colocado el anillo que exhibió durante el juicio, como lo sugirió su defensa.

Esa alternativa fue descartada por lo tajante del informe médico aludido.

Para concluir, debo dar respuesta a la sospecha que introdujo el Dr. Vicco acerca del motivo real por el que Vilchez Pizarro se encontraba en el lugar y, como consecuencia, la confiabilidad de su testimonio.

Ya expuse las razones que me llevaron a descartar la versión de la defensa y dar crédito a la expuesta por la acusación con sustento en los dichos del damnificado y las restantes pruebas que lo convalidaron.

Si es verdad que Vilchez Pizarro concurrió a comprar cosas para su hija a una feria en Plaza Once y por eso, de regreso a su casa, pasó por la calle donde fue atacado, o en realidad estaba ahí porque quería conseguir estupefacientes, en nada modifica la certeza a la que arribé.

Es que la circunstancia de que efectivamente hubiera concurrido a comprar droga, en modo alguno excluye la posibilidad de sufrir un asalto, como concluyentemente quedó demostrado.

En definitiva, los elementos probatorios analizados me convencieron sin margen de duda de que los hechos ocurrieron tal como los estimó probados la acusación.

5º) Que el hecho descripto y analizado en el punto 4º) constituye el delito de robo, en concurso ideal con lesiones leves, por el que Patricio Carmelo Ortega debe responder como coautor (arts. 45, 54, 89 y 164 del Código Penal).

En primer lugar, si bien quedó demostrado que en el curso de la acción emprendida contra Vilchez Pizarro, Ortega se valió del pico de botella secuestrado, en el precedente del tribunal, "Gómez, Jorge Ricardo s/robo con arma en grado de tentativa" causa n° 4079, adherí a la

postura del juez Vega plasmada en la causa n° 3404, "Cáceres, Héctor Jesús s/robo con armas", en el sentido de que el artículo 166, inciso 2°, primer párrafo del Código Penal, solo abarca a las llamadas armas propias, es decir, aquellas que lo son por definición.

De ahí que deseché la calificación escogida por el fiscal general con base en el empleo del elemento al que hice referencia y entendí que correspondía la aplicación del tipo básico de robo.

En cuanto a las lesiones provocadas a la víctima en el marco de la violenta sustracción, se adecuan a lo previsto en el artículo 89 del Código Penal, en tanto el médico que examinó a Vilchez Pizarro estimó que lo incapacitaron para el trabajo por un lapso menor al mes.

En tales condiciones, fijado el marco normativo, resta analizar el modo en que concurren las figuras seleccionadas.

Según mi punto de vista, se presenta un concurso ideal de delitos en los términos del artículo 54 del Código Penal.

Ocurre que las lesiones infligidas –más allá de su encuadre jurídico como leves- exceden aquellas que podrían quedar comprendidas en el contenido de injusto del artículo 164 del Código Penal, que sólo exige la producción de violencia, que no necesariamente se traduce en la causación de un daño en el cuerpo o en la salud, como aquí se ha verificado.

En el caso examinado, luego de que uno de los asaltantes lo tomara sorpresivamente por detrás sujetándolo del cuello, el otro le provocó la herida cortante con el pico de botella incautado, merced a lo cual lo despojaron de sus bienes.

El cuadro descrito revela que la violencia propia del robo se configuró inicialmente con la sujeción del damnificado, luego de lo cual le provocaron las lesiones y sustrajeron sus pertenencias.

Consecuentemente, nos encontramos frente a una sola acción, consistente en el desapoderamiento mediante el ejercicio de violencia, que produjo dos lesiones normativas en los términos del citado artículo 54 del C.P.



## Podér Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 17 DE LA CAPITAL FEDERAL  
CCC 23172/2014/TO1

Es preciso señalar que la necesidad de resolver el problema en alguno de los sentidos posibles –concurso ideal o concurso aparente– importa por la magnitud de la respuesta punitiva.

En efecto, tal como explica Bacigalupo “la consecuencia práctica del concurso de leyes reside en que sólo es aplicable la pena del delito que desplaza a los otros y, además, en la determinación de la pena, no se deben computar las otras violaciones de la ley, dado que sólo se ha infligido una de las normas aparentemente concurrentes. Esto último marca una diferencia fundamental con la consecuencia jurídica del concurso ideal, en el que, como veremos, de acuerdo con el principio de absorción se aplica la pena del delito más grave, pero teniendo en cuenta que el autor también ha cometido otras violaciones de la ley penal” (Bacigalupo, Enrique “Derecho Penal, Parte General, pagina 571, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999), lo cual, por lógica, deberá reflejarse en la cuantificación del castigo.

Sobre esa base, la concurrencia formal entre el robo y las lesiones leves determina que el marco punitivo esté regido por el tipo más grave, esto es, el artículo 164 del Código Penal, no obstante lo cual, la existencia de una segunda norma lesionada –la del artículo 89 del C.P.– permite, aun cuando resulte absorbida, su consideración a los fines de cuantificar la sanción aplicable, lo que resultaría improcedente en el supuesto de que un concurso aparente en el que el robo desplaza a las lesiones.

En cuanto al aspecto subjetivo de las figuras mencionadas es evidente que, por el modo en que condujo su acción, Ortega actuó con conocimiento de lo que hacía y de sus consecuencias.

En lo que respecta al grado de participación del imputado en el hecho, es indudable que con el restante agresor medió, al menos tácitamente, un acuerdo de voluntades y una distribución de aportes, propios de la coautoría.

La conducta fue consumada en tanto el restante autor tuvo la posibilidad de disponer del teléfono celular y parte del dinero de la víctima, que no fueron recuperados.

6º) Que además de que nadie lo alegó, no se han verificado causas de justificación que permitan excluir la antijuridicidad de la acción típica antes descrita, la que también es reprochable a Carmelo Patricio Ortega por no darse ninguna de las hipótesis de exclusión de la culpabilidad.

En refuerzo de ello obra el informe médico legal de fs. 18, en el que se determinó que se encontraba globalmente orientado y coherente.

7º) Que a la hora de individualizar la pena a imponer al acusado, teniendo en cuenta las reglas concursales aludidas, tuve en cuenta que la escala penal aplicable, correspondiente a la del delito de robo, oscila entre un mes y seis años de prisión.

Sobre esa base, tuve en consideración la doble lesión normativa explicada al calificar el hecho, junto al significativo disvalor de injusto de la acción ejecutada.

En ese sentido, no puede pasarse por alto que Ortega se encontraba en una situación preponderante respecto de Vilchez Pizarro; actuó en dupla y sorprendiéndolo por la espalda, lo que colocó al damnificado en inferioridad de condiciones y con nula posibilidad de resistirse.

Del mismo modo, la acción simultánea e imprevista de efectuarle un corte en el cuello con un elemento filoso, a la vez que facilitó el despojo, puso de resalto su elevado grado de desaprensión hacia la integridad física ajena, lo que justificó el incremento en la pena por sobre el mínimo legal.

Precisamente, las características lesivas del objeto empleado para sustraerle sus pertenencias y el modo peligroso como fue utilizado, aun cuando por razones de hermenéutica jurídica no se ajuste al concepto de arma contenido en el tipo calificado, justificó un importante incremento de la respuesta punitiva.

En el plano subjetivo, como circunstancias que atenúan el reproche, valoré su nivel socio-cultural; carece de una estructura familiar de contención, padece hábitos adictivos desde temprana edad, registra



## Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 17 DE LA CAPITAL FEDERAL  
CCC 23172/2014/TO1

ingresos a instituciones de menores desde los ocho años y tiene una hija de pocos meses.

El conjunto de estas circunstancias me llevó a proponer la pena de tres años de prisión, con costas.

La modalidad de ejecución es adecuada en virtud de la condena que registra, dictada en el marco de la causa n° 2848 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 26, el 30 de abril de 2009, a la pena de nueve meses de prisión, por ser autor delito de robo, y a la pena única de cinco años y nueve meses de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la mencionada y de la impuesta el 31 de agosto de 2006 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 7 de Lomas de Zamora, en la causa n° 542/21, que a su vez comprende la de cuatro años y seis meses de prisión dictada el 7 de febrero de 2006 por el Tribunal Oral de Menores n° 2 en la causa n° 1895/3626, comprensiva a su vez de la de tres años de prisión, en suspenso, dictada el 22 de noviembre de 2001 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 2 de Lomas de Zamora en la causa n° 978/2.

Dicha sanción venció el 3 de marzo de 2010 y la cumplió en su totalidad en encierro.

Si bien no corresponde su unificación, teniendo en cuenta que el imputado cumplió una pena privativa de libertad impuesta por un tribunal respecto de la que, al momento de comisión del hecho aquí juzgado, no había operado el término previsto en el último párrafo del artículo 50 del Código Penal, corresponde declararlo reincidente.

8º) La defensa pidió la declaración de inconstitucionalidad de dicho instituto.

Al fundar su pedido, simplemente, se limitó a mencionar que su aplicación vulnera los principios de culpabilidad por el hecho y de readaptación social consagrados por nuestra Constitución Nacional.

Y que una eventual declaración de reincidencia le impediría al acusado Ortega poder gozar, en un futuro, de la libertad condicional.

Antes de analizar la cuestión planteada resulta pertinente recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional y una de las más

delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia; por ello, debe ser considerada como última ratio del orden jurídico, toda vez que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas gozan de una presunción de legitimidad que obliga a los magistrados a ejercer dicha facultad con suma sobriedad y prudencia (Fallos 288:325; 300:1087; 305:1304; 312:122, entre otros).

Sentado ello, sólo cabe mencionar que la cuestión de la constitucionalidad del instituto de la reincidencia ya fue definida recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente "Arévalo, Martín Salomón s/ causa n° 11835", por lo que, teniendo en consideración que las instancias ordinarias deben conformar sus decisiones a las sentencias dictadas por ese Alto Tribunal en casos similares -de cuya doctrina sólo podrán apartarse en la medida en que se aprecien razones novedosas o variadas que no hubieran sido ya tratadas- no corresponde ahondar más sobre la cuestión.

9º) Corresponde disponer el decomiso y destrucción del pico de botella secuestrado en autos, lo que deberá llevarse a cabo en la sede de la Comisaría 8ª de la Policía Federal Argentina y glosar los CD reservados en secretaría a fs. 191 (artículo 23 del Código Penal).

10º) Por último, en atención al resultado adverso al que se ha llegado en el presente proceso, y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 29 inciso 3ro del C.P. y 403, 530 y 531 C.P.P.N. Carmelo Patricio Ortega deberá cargar con las costas causídicas.

**El juez Alejandro Noceti Achával dijo:**

Que durante la deliberación para alcanzar el acuerdo para la solución del caso coincidí plenamente en todo aquello que el juez Giudice Bravo ha expuesto en su detallado voto, con la sola aclaración de que, a mi modo de ver, en lo que respecta al delito contra la propiedad que se imputa al mencionado Ortega, la calificación correcta es la de robo agravado por el uso de armas.

Ello por cuanto entiendo que el concepto de "arma" comprende tanto las armas propias (es decir, los objetos creados para la



## Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 17 DE LA CAPITAL FEDERAL  
CCC 23172/2014/TO1

defensa u ofensa) como las impropias que por sus características y modo de uso se adecuen a la razón de ser de la agravante.

En efecto, a mi modo de ver, resulta claro que en ocasión de cometerse un robo, también pueden emplearse cierta clase de objetos que, sin haber sido creados con la específica finalidad de defender u ofender, pueden ser utilizados violentamente contra la víctima, como si se tratase de un arma y que integran el elemento del tipo penal objetivo de la agravante en cuestión.

Así, por arma debe entenderse tanto aquel instrumento específicamente creado para herir o dañar a la persona (como, por ejemplo, un arma de fuego) como cualquier otro objeto que, sin tener esa originaria finalidad, sea transformado en arma por su destino al ser empleado como medio contundente.

De ello se colige que, como Ortega aumentó su poder ofensivo para apoderarse ilegítimamente de los bienes de la víctima valiéndose de un pico de botella que utilizó activamente, resulta claro que el encuadre legal correcto debió ser -respecto del desapoderamiento-, el contenido en la figura agravante del primer párrafo del artículo 166, inciso 2º del Código Penal.

Sin embargo, al haberse descartado por mayoría dicho encuadre, coincidí con el voto que lideró el acuerdo en que la calificación legal era la de robo en concurso ideal con lesiones y entendí correcta la pena sugerida por el juez Giudice Bravo de tres años de prisión, con costas.

### **El juez Pablo Daniel Vega dijo:**

Que durante la deliberación para alcanzar el acuerdo para la solución del caso coincidí con lo que el juez Giudice Bravo ha expuesto en lo atinente a la materialidad del hecho imputado y la responsabilidad que le cupo en él a Carmelo Patricio Ortega.

Empero, disentí con el colega en lo tocante a la calificación legal que seleccionó.

En ese sentido, si bien no han quedado dudas acerca de que nos encontramos frente a una sola acción, consistente en el

desapoderamiento mediante el ejercicio de violencia, evidenciada tanto en la sujeción inicial de la víctima como en la posterior acción lesiva efectuada por el imputado mediante la utilización del pico de botella, a mi modo de ver, el resultado lesivo causado –las lesiones de carácter leve- se encuentra abarcado por el desvalor que de la conducta hace el robo; en definitiva, ambos concurren de manera aparente y las lesiones quedan absorbidas por el robo, por consunción.

Al respecto, tiene dicho Zaffaroni que existen supuestos en los que parece que varios tipos penales concurren de manera ideal, pero dicho fenómeno es sólo aparente, dado que uno excluye al otro u otros<sup>1</sup>.

En efecto, entre los tipos que concurren existe una superposición de espacios típicos, es decir, elementos comunes en sus composiciones, razón por la que uno de ellos aprehende en forma total el hecho y el otro u otros lo hacen de manera parcial; están contenidos (forman parte) del tipo que describe el hecho en forma total. Ello sólo sucederá cuando uno de los preceptos baste por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes<sup>2</sup>, como sucede en la especie.

Lo dicho no obsta a que tal grado de violencia evidenciado por el imputado para concretar el desapoderamiento pueda ser valorado – al igual que otras pautas de mensuración previstas en el artículo 41 del Código Penal, ajenas al tipo objetivo- como una circunstancia agravante en la instancia de mensuración de la sanción punitiva a imponer. Así lo hice y ello me llevó a coincidir con el *quantum* de la sanción punitiva acordada.

En otro orden de cosas, estimo pertinente dejar a salvo mi opinión en lo atinente a la aplicación del instituto de la reincidencia.

Si bien tal como expuse al votar en la causa "Guzmán; Diego o Maldonado; Gonzalo" (nº 3066 del registro de este tribunal, del 27 de septiembre de 2011), considero que es inconstitucional, cierto es que

---

<sup>1</sup> Zaffaroni – Alagia – Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, capítulo XXVI, Ediar, Bs. As., 2003, pag. 857.

<sup>2</sup> Pessoa, Nelson R., *Concurso de delitos. Teoría de la unidad y pluralidad delictiva I, concurso de tipos penales*, Hammurabi, Bs. As., 1996, pág. 52.





## Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 17 DE LA CAPITAL FEDERAL  
CCC 23172/2014/TO1

dicha cuestión ha quedado zanjada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente "Arévalo, Martín Salomón s/ causa n° 11835", del 27 de mayo del corriente año.

Empero, siguiendo los lineamientos trazados en las causas n° 9.221, "Bedoya Mario Alberto s/ recurso de casación", reg. n° 1010/08, del 12 de agosto de 2008 y n° 9086, "Gómez Castro Enrique Horacio s/ recurso de casación", reg. n° 1060/08, del 25 de agosto de 2008 –ambas de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal-; y n° 13599 "Bertolini Gustavo Daniel y otro s/ recurso de casación", reg. n° 19.791, del 4 de abril de 2012 y n° 16184 "Hernández José Bernardo s/ recurso de casación", reg. n° 277/13, del 9 de abril de 2013, estas últimas de la Sala II de la mencionada Cámara, considero que a los fines de la declaración de reincidencia el imputado debe haber cumplido en encierro, y en calidad de condenado, al menos dos terceras partes de la condena anterior.

Sentado cuanto antecede, habiéndose acreditado que Carmelo Patricio Ortega agotó en detención, bajo el régimen de condenado, la pena que le impusiera el Tribunal Oral en lo Criminal n° 26, el 30 de abril de 2009, en la causa n° 2848, corresponde declararlo reincidente en los términos del artículo 50 del Código Penal.

En atención a ello, y a lo prescripto en los artículos 396, 398, 399, 400 y 403 del Código Procesal Penal de la Nación, el tribunal,

### **RESOLVIÓ:**

**I. NO HACER LUGAR** al planteo de inconstitucionalidad efectuado por la defensa.

**II. CONDENAR a CARMELO PATRICIO ORTEGA a la PENA de TRES AÑOS DE PRISIÓN**, por ser coautor del delito de robo y lesiones leves, en concurso ideal, **CON COSTAS** (artículos 29, inciso 3°, 45, 54 y 164 del Código Penal y 396, 398, 400, 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

**III.- DECLARAR REINCIDENTE a CARMELO PATRICIO ORTEGA** (artículo 50 del Código Penal).

**IV.- DISPONER el DECOMISO y la DESTRUCCIÓN del plico de botella secuestrado**, medida que deberá realizarse en la

Comisaría 8ª de la Policía Federal Argentina, donde se encuentra reservado en carácter de depósito, y GLOSAR los dos CD reservados en secretaría a fs. 191 (artículo 23 del Código Penal)

Regístrese, extráigase copia de las partes pertinentes, fórmese el legajo de condenado respecto de Ortega y remítaselo al Juzgado de Ejecución Penal que corresponda. Comuníquese y, oportunamente, archívese.

  
JUAN FACUNDO GIUDICE BRAVO  
JUEZ DE CAMARA

  
ALEJANDRO NOCETI ACHAVAL  
JUEZ DE CAMARA

Ante mí:

  
MARIANA CURRAIS  
SECRETARIA DE CAMARA

**NOTA:** Para dejar constancia de que el juez Pablo Daniel Vega no firma la presente por no encontrarse momentáneamente en los estrados del tribunal. Buenos Aires, 17 de octubre de 2014.-

  
MARIANA CURRAIS  
SECRETARIA DE CAMARA