

///nos Aires, 1º de diciembre de 2014.

Y VISTOS:

Se reúnen los integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal n° 7 de la Capital Federal, Gustavo Pablo Valle -quien presidió el debate-, Daniel Morin y Alejandro Martín Becerra, con la presencia de la secretaria María Belén Cassani, para redactar los fundamentos de la sentencia dictada el 21 de noviembre pasado en la **causa n° 38.544/2014 (registro interno n° 4573)**, seguida por el delito de robo en grado de tentativa a **Juan José Orellano**, de nacionalidad argentina, titular del Documento Nacional de Identidad n° 36.285.793, nacido el 4 de enero de 1991, en San Francisco Solano, provincia de Buenos Aires, hijo de Miguel Ángel Orellano y de Susana Sandra Narváez, de estado civil soltero, con estudios primarios completos, de ocupación vendedor ambulante, identificado en la Policía Federal Argentina con legajo serie R.H. n° 294.769 y en el Registro Nacional de Reincidencia con el n° 3.607.260, con domicilio en Bernardo de Irigoyen 1316, de esta ciudad.

Intervienen en el proceso el fiscal general Oscar Ciruzzi y el defensor público oficial *ad hoc* Fernando Muratore.

Y CONSIDERANDO:

1º) Que en la requisitoria de elevación a juicio de fs. 104/105vta. se atribuyó a Juan José Orellano la comisión del hecho que a continuación transcribo:

"Haber intentado apoderarse ilegítimamente mediante el uso de fuerza en las personas, con fecha 25 de junio de 2014, siendo aproximadamente las 17:35 horas, del teléfono celular marca Nokia, modelo Asha 302, de color gris, número de abonado 02345-422651 de la empresa prestataria de servicios MoviStar S.A., propiedad de Pablo Agustín Almeyra, cuando el damnificado se encontraba detenido en la intersección de la Avenida Corrientes y la calle Montevideo de esta ciudad, haciendo uso del teléfono mencionado. Para ello, el encartado se acercó al damnificado, quien se encontraba detenido debido a que el semáforo no le permitía el paso, e intentó quitarle el teléfono de su mano por medio de la fuerza, sustracción que no logró, debido a que Almeyra negó a entregárselo y producto de ello se originó un forcejeo, que finalizó cuando el imputado decidió darse a la fuga por la calle Montevideo en dirección a la calle Lavalle. A raíz de dicho acontecimiento, el damnificado comenzó a perseguirlo, dando aviso de lo acaecido a personal policial que se encontraba por la zona. Finalmente, el cabo Cristian

USO OFICIAL

Medina, de la Seccional 5ª de la P.F.A. le ordenó al encausado que se detenga, lo que el mismo no acató y por consiguiente comenzó a perseguirlo hasta que pudo interceptarlo sobre la calle Lavalle 1656, de esta ciudad, logrando así su detención”.

El fiscal de instrucción calificó ese hecho como constitutivo de autoría de robo en grado de tentativa (art. 42, 45 y 164 del Código Penal).

2º) Que en oportunidad de alegar sobre el mérito de la prueba, en la instancia del artículo 393 del Código Procesal Penal de la Nación, en un primer momento tuvo por acreditado que el 25 de junio de 2014, siendo aproximadamente las 17.35 horas, Juan José Orellano intentó desapoderar a Agustín Pablo Almeyra del teléfono celular marca Nokia, modelo Asha 302, de color gris, número de abonado 02345-422651, en la intersección de la Avenida Corrientes y la calle Montevideo, de esta ciudad. Expresó que lo hizo aprovechando que Almeyra estaba intentado enviar o recibir un mensaje de texto. Se acercó y con una mano intentó tomar el antebrazo y, con la otra, el teléfono.

Como consecuencia de ello, se produjo un forcejo por la resistencia de la víctima pero bastante para constituir fuerza en las personas. El procesado salió corriendo, lo persiguieron al grito de que lo habían querido robar junto a otras personas. Esto fue oído por el Cabo Medina, quien se encontraba prestando servicios en las cercanías del lugar y, a cien o ciento cincuenta metros, Orellano fue aprehendido. Las demás personas que lo perseguían se retiraron.

El damnificado ofreció el teléfono para el peritaje. Dijo que la adecuación típica es robo en grado de conato.

Expresó que hay elementos subjetivos y objetivos que integran el tipo pero que se abortan ante la resistencia de la víctima. Refirió, además, que el encausado señaló desde la justificación de su presencia en el lugar hasta la firme negativa del hecho. Precisó, al respecto, que aquél dijo que circunstancialmente ese día no trabajó en el lavadero en La Boca porque jugaba Argentina, fue a ver el partido a la plaza San Martín, se encontró con un amigo de la época en que estaba en la calle, le ofreció vender banderas y entró a un bar a fin de comercializarlas. De la negativa del damnificado vino el pedido de monedas y dado que no quisieron darle, comenzaron los insultos. Cuando observó que las personas eran de contextura física grande, y que le quisieron pegar, salió corriendo, y aquéllos lo persiguieron desde atrás. A pocos metros, un policía lo vio y lo detuvo.

El imputado argumentó que eso lo arruinaba; dijo que tenía una bolsa con las banderas y que, en definitiva, no tenía nada que ver, más allá de un insulto

callejero. Refirió que no iba a transitar mas allá de algún indicio de mala justificación porque no es un elemento que le modifique el desarrollo del hecho. No le modifica si estaba o no vendiendo banderas. Ello, sin perjuicio de que nadie hizo mención a que llevara esas banderas.

En definitiva, concluyó en que no era un hecho distintivo lo de la venta de las banderas. Pudo haber estado allí vendiendo banderas más allá de que, ni del acta de secuestro, ni de la recepción de efectos, ni de la entrega bajo conformidad del imputado de esos efectos, figuran esas banderas. Y más allá de la presencia de las banderas, no tiene un elemento que sustente su presencia con un amigo, ni motivos para imputarle un hecho de esta envergadura y, por otro lado, sí tiene la manera que describe el hecho, que le parece prístina y que se condice con la modalidad del arrebato.

Agregó que el damnificado dijo que con una mano le tomó el brazo y con la otra ejemplificó un forcejeo. Aclaró que lo que el damnificado señale como título de lo que ejemplificó no importa. Ello, dado que lo cierto es que se produjo un arrebato no consumado por la resistencia. Dijo que lo que describe el damnificado se opone a la versión exculpatoria del imputado; y que, en definitiva, la intervención del policía fue posterior a que el imputado corriera.

Añadió que entendía que el imputado desplegó el dolo de consumación de sustraer, con la modalidad de arrebato, el teléfono celular de Almeyra. Sostuvo, luego, que la conducta además era antijurídica, culpable y punible.

En cuanto a la mensuración de la pena, indicó que la fuerza constitucional del tema de la reincidencia ya está despejado en el fallo "Arévalo" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dijo que el procesado es una persona joven, que aporta algunos datos abstractos y otros con sustento documental, que ha tratado de encausar su vida y que -según refirió- superó su adicción a las drogas.

Con relación a sus antecedentes, destacó que ello no es un dato menor, y no porque no vaya a pedir la declaración de reincidencia -que lo va a hacer-.

Al respecto, precisó que Orellano fue condenado en la causa n° 3754 de este tribunal, el 14 de diciembre de 2011, a la pena de dos años y ocho meses de prisión en suspenso. A su vez, el 7 de marzo de 2013, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 20 lo condenó -en el marco de las causas n° 3866 y n° 3965-, a la pena

de ocho meses de prisión; y mas allá de la revocación de la condicionalidad, se lo condenó a una pena única de tres años de prisión. El 5 de septiembre de 2013, encontrándose bajo el régimen de condenado, el Juzgado Nacional de Ejecución Penal interviniente le concedió la libertad condicional, y el 27 de marzo de 2014 el Juzgado en lo Correccional n° 8 lo condenó, por el delito de resistencia a la autoridad y daños, a la pena de dos meses de prisión y la unificó con esa pena en tres años, que era el monto en que ya había unificado el Tribunal Oral en lo Criminal n° 20 -aquí aparece la tercera oportunidad para él- y, finalmente, fue excarcelado en los términos de la libertad condicional.

Dijo que lo que debía hacerse, era fijar una pena por este hecho, hacer un análisis de todo lo que comentó e incorporar el artículo 50 y 58 del Código Penal. Expresó que la reincidencia no es un tema menor y no desconoce los antecedentes no uniformes de los jueces del tribunal. Dijo que esta unificación la puede ejemplificar con dos procesados en abstracto: El procesado A tiene todo lo que tiene de nuestro procesado; y el B tiene también todo, menos la condena del Juzgado Correccional. En este caso, sucederá lo de la unificación y declaración de reincidencia. Se le podrá decir que hay una condena de dos meses de prisión y que allí no se lo declaró reincidente. Pero, entonces, está en mejor condición que quien no comete ese delito.

Por eso, consideró que debe ser declarado reincidente el procesado.

Dijo que le parece justo a imponer la pena de seis meses de prisión, con más la declaración de reincidencia y costas. Y, por aplicación del artículo 58 del Código Penal con las condenas anteriores y, puntualmente, con la del Juzgado en lo Correccional n° 8, la pena única de tres años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, con más la revocatoria de la primera libertad condicional.

Luego de terminar su alegato y a pedido del defensor, se dispuso la realización de un breve cuarto intermedio. Reanudada la audiencia, se informó que -durante el tiempo que duró el cuarto intermedio- el defensor manifestó a la actuaría que se había cruzado con Almeyra y que éste le había anunciado que los hechos de la causa tenían algunas diferencias en cuanto a lo que declaró en el debate. A ello, el presidente del debate agregó que cuando se dirigía a la audiencia el damnificado le refirió que quería modificar algunas cuestiones respecto de su declaración.

A raíz de ello, el fiscal expuso que si se tomaba todo como una misma declaración, el damnificado podría declarar más libremente e hizo una abstracción

de su alegato, el que, según dijo, modificaría en el caso de ser necesario, y consideró pertinente escuchar al testigo.

Por otra parte, por presidencia se añadió que, tras su declaración, Almeyra se había quedado en las inmediaciones de la sala de audiencia, lo que daba cuenta de una voluntad no inducida por ninguna persona de variar los términos de su testimonio.

Luego de que fuera escuchado el testigo, el fiscal alegó nuevamente y tuvo por probado que el 25 de junio de 2014, cerca de las 17.30, Juan José Orellano ingresó en el bar "La Paz", ubicado en Corrientes y Montevideo de esta ciudad, donde se encontraba Pablo Agustín Almeyra, y se adueñó del teléfono celular marca Nokia Modelo Asha 302 de color gris, de la empresa Movistar, que éste había dejado sobre la mesa, y luego se fue del lugar.

Calificó el hecho como hurto en grado de conato, por el cual Orellano deberá responder a título de autor (artículos 42, 45 y 162 del Código Penal).

Señaló que dicha acción fue observada por el señor José Luis Gómez, quien se desempeña como ayudante de portería de un edificio cercano al bar "La Paz", y quien, luego de las cinco de la tarde, cubre en sus tareas, al encargado de un kiosco de revistas. Precisó, sobre esto último, que Gómez, le hizo señas al damnificado, y que ello dio lugar a la posterior persecución.

Añadió que la intervención policial tuvo lugar como consecuencia de la carrera del señor Almeyra, y que, ya por la persecución o por la alerta del encargado kiosco de diarios, el teléfono no terminó de salir de la esfera de custodia de su dueño, como así tampoco el imputado tuvo posibilidad de efectuar algún acto de disposición.

Aclaró que desplazaba la figura del robo porque el manotazo mientras el damnificado estaba hablando por celular en la esquina -tal como refirió aquél en su primera declaración- se transformó en apoyar una bolsa de nylon que contenía unas banderas y, tras retirarla de la mesa, llevarse con ella el teléfono, lo cual fue observado por el testigo Gómez. Añadió que, a su criterio el hecho había quedado en grado de tentativa porque la alerta fue inmediata, como así también la persecución.

Concluyó que el imputado se mantuvo en su primigenia declaración, o sea que negó el hecho. Recordó, sobre el punto, que Orellano habló de una discusión sobre la venta de las banderas. Agregó que Almeyra lejos estaba de ser

una persona grandota para generar un escape. Entonces, el dolo de consumación se abortó por razones ajenas a su voluntad. Refirió que a esa negativa sobre el hecho se oponían los dichos de Almeyra. Y esto está sostenido por los dichos del testigo Gómez, que presencié todo el *iter criminis*.

Por otra parte, expresó que no es que se estaba adelantando al alegato de la defensa pero que, a su criterio, esto no podía resistir siquiera un análisis nulificante o de *ne bis in ídem*. Indicó que las variaciones, además, fueron a favor del procesado.

Expresó, luego, que la conducta de Orellano es antijurídica culpable y punible y tiene los mismos sustentos que planteó antes; no en el *quantum* porque distinta es la calificación. A efectos de mensurar la pena, ponderó su situación laboral y su edad. Refirió también que los antecedentes los iba a valorar porque no eran menores ya que demuestran las oportunidades que se le dieron y que Orellano fue desechando.

Entendió justo a imponer la pena de tres meses y quince días de prisión y costas. Agregó que en este caso debían aplicarse los artículos 50 y 58 del Código Penal.

Concluyó en que nos encontramos ante el quinto hecho que se le imputa y que siempre se le compusieron las penas a su favor y que todas estas oportunidades el imputado las fue desechando.

Consideró que, entonces, se debía unificar la pena con la impuesta por el Juzgado Nacional en lo Correccional n° 8 y condenarlo a la pena única de tres años, tres meses y quince días con más la declaración de reincidencia, accesorias legales y costas.

A su turno, alegó el defensor, quien dijo que el juicio fue atípico, ocurrieron cosas que no suelen pasar. Pero si hay algo que primero le llamaba la atención era que, a partir de esta circunstancia distintiva que es el cargo de conciencia que no lo dejaba tranquilo a Almeyra, lo que quedó claro fue que el proceso en su totalidad era nulo.

Y -precisó- era nulo porque desde su inicio estuvo fraguado; desde el comienzo Almeyra ha sido "preso", le dijeron que mintiera. O sea que fue inducido a declarar falsamente. Aclaró que con ello se refería a que las autoridades le dijeron que tenía que afirmar ciertas cuestiones por temas administrativos y para que se resuelva más rápido la causa. Señaló que el hecho era distinto a lo que se declaró a fs. 1 el cabo Medina y que también tiñó todo el proceso porque, asimismo, se

evidenció un delito de acción pública ante la desaparición de las banderas que portaba su asistido.

Recordó que durante el debate el juez Morin le preguntó a Medina qué pasó con la bolsa que contenía esas banderas y aquél respondió "que se fue en el patrullero". Agregó, sobre el punto, que se pidieron los efectos personales de Orellano y que, como resultado de esa medida, se concluyó en que la bolsa con las banderas no estaba entre esos efectos, ni entre los secuestrados en la causa.

Dijo que lo que hubo aquí fue un acuerdo de voluntades para presentar a la justicia un hecho distinto a como realmente sucedió. Añadió que se omitió adrede toda referencia a la bolsa con las banderas.

Con relación a Almeyra, indicó que aquél afirmó hechos que no ocurrieron como tales, tanto en la etapa de instrucción, como en la primera declaración prestada durante la audiencia. Agregó que, finalmente, aquél reconoció ese cargo de conciencia, pero que él, como defensor, debe teñir de inverosimilitud su testimonio.

Concluyó en que éste era el agravio que no se podía, de ningún modo, convalidar. Y, respecto de ello, entendió que si el fiscal es garante de la legalidad por el artículo 120 de la Constitución Nacional y nosotros avaláramos que se modifique la base fáctica cuando no se desconoce que un hurto no es lo mismo que un robo, no estaríamos cumpliendo con un mandato constitucional.

Dijo que, en síntesis, hubo violación al debido proceso legal y a la garantía de defensa en juicio. Desde esa perspectiva, recordó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que no es posible aprovecharse de las pruebas obtenidas de forma ilegítima, así como de las que se hubiesen originado a partir de aquéllas, ya que de lo contrario, se comprometía la buena administración de justicia.

Sobre esa cuestión, citó Fallos: 303:1938; 306:1752; 310:1847 y 2384; 314:1985 y 333:1674. Además, leyó un fragmento de un artículo publicado por Cafferata Nores: "La prueba en el proceso penal. Con especial referencia a los Códigos Procesales Penal de la Nación y de la Provincia de Córdoba", Ed. Lexis Nexis, 2008, p. 19, donde explica que "...la justicia no puede aprovecharse de ningún acto contrario a la ley sin incurrir en una contradicción fundamental...".

Expresó también que la audiencia fue presenciada por varios estudiantes de derecho y que un mal ejemplo les podríamos dar si se convalidase la actuación de la policía en un hecho como éste.

A su vez, destacó un párrafo mínimo del voto de la Dra. Marta Yungano dictado en una sentencia del 11 de noviembre pasado, del Tribunal Oral en lo Criminal n° 26, el que leyó: “desde mi punto de vista el afianzamiento de las garantías constitucionales en cada caso en particular, sigue siendo el único y mejor instrumento para que todos podamos seguir confiando en la ley, aún a riesgo de contrariar las presiones sociales que en algunas épocas, como en la actual, recurriendo a sofismas en la información acerca de lo que debe entenderse por seguridad jurídica o defensa de la sociedad, olvidan que la meta siempre debe ser la realización del valor justicia”.

En virtud de todo ello, solicitó la nulidad de todo lo actuado, la absolución de su asistido y su inmediata libertad.

Asimismo, requirió la extracción de testimonios para que se investigue la conducta irregular llevada a cabo por las fuerzas policiales, dado que, a su juicio, aquélla podría constituir un delito de acción pública.

Por otra parte, sostuvo que en virtud de la modificación del alegato del fiscal se veía afectado el principio de congruencia. Ello, porque estábamos hablando de dos hechos distintos, de sustratos fácticos diferentes. Precisó que, originalmente, tanto en la indagatoria, en el procesamiento, en el requerimiento de elevación a juicio y en el primer acto del debate se describió un hecho.

Concluyó en que se trató de un hecho distinto, que repercutió en una clara afectación al derecho de defensa. Y -agregó- no sólo porque de haberse conocido esta última imputación se hubiera podido solicitar en la instrucción otros medios de prueba, sino porque también en esa etapa se hubiesen podido requerir las cámaras con las filmaciones.

Indicó, también, que se afectó la congruencia ínsita en el artículo 18 de la Constitución Nacional. Dijo que deseaba mencionar cuestiones doctrinarias como lo que señalan Navarro–Daray al comentar el artículo 393 del Código Procesal Penal de la Nación. Precisó, en cuanto al alegato del fiscal, que aquéllos sostienen que “El acto implicará también para él integrar la acusación contenida en la requisitoria de elevación a juicio, por lo que su plataforma fáctica debe guardar identidad absoluta con aquel acto”. Agregó que esos autores afirman que el hecho distinto “consiste en una situación fáctica que ha sufrido modificaciones de

entidad tal durante el debate que su admisión en esas nuevas condiciones en la sentencia vendría a importar mengua al derecho de defensa del perseguido...".

Indicó que no pudo obtener las cámaras que pudieron haber registrado el trayecto del supuesto escape, las cámaras que apuntaban al bar y aquellas otras ubicadas dentro del bar y los testigos del lugar, personas que, en su oportunidad, podrían haber aportado su testimonio sobre el suceso. Citó, además, el precedente "Javier Luna" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el que se sostuvo que el hecho que se juzga debe ser el mismo que es objeto del proceso.

Por ello, correspondía declarar la nulidad del alegato del fiscal.

Asimismo, dijo que entendía que el Estado tiene una sola oportunidad de someter a juzgamiento a una persona. El Estado no puede reeditar su actividad en perjuicio de Orellano –citó el fallo "Kang" del Tribunal Superior-. Y, sobre esa base, propició la absolución de su defendido.

Finalmente, expresó que se estuvo a punto de acusar por un hecho que no sucedió, estuvimos sujetos a una especie de arrepentimiento, pero lo cierto era que el fiscal afirmó que no hubo forcejo, se puso en dudas quién fue el proveedor de las banderas y que ello se afirmó con fuerza de verdad para pedir una pena. Añadió que el debate demostró que, cuanto menos, eso fue refutado y que hubo dudas respecto a qué sucedió, incluso con el testimonio del kiosquero.

Respecto de esto último, expresó que la distancia era bastante importante entre el kiosco de revistas y el bar y no se sabía qué tráfico había en la zona a esa hora. En síntesis, por la duda, solicitaba la absolución de Orellano.

Luego, hizo reserva de casación ante el rechazo del planteo de nulidad.

Subsidiariamente, respecto de la acusación por hurto, solicitó que, en caso de aplicarse una pena, sea por el mínimo legal, teniendo en consideración las características personales de su asistido. Pidió que se tenga en cuenta su historia personal, dado que es una persona que viene de un hogar desecho: su madre se separó de su padre, tuvo una vida irregular, su padre falleció cuando aquél tenía 17 años (se remitió al informe social), tiene un hijo de cinco años, pasa tiempo con él y es un padre de familia que trata de colaborar en todo lo que está a su alcance. Dijo que al estar en la cárcel aquél no puede ser factor de ayuda.

Reiteró que, para el caso de que se lo condene, solicitaba que la pena sea por el mínimo legal y, unificación mediante, la pena única de tres años de prisión.

Difirió en cuanto a la postura del fiscal con respecto a la declaración de reincidencia, y afirmó que no era posible declararlo reincidente, como así tampoco revocarle la libertad condicional, porque aquél no se encontraba bajo el ese régimen cuando tuvo lugar el hecho de esta causa.

En tal sentido, sostuvo que la única sentencia condenatoria que existe y que tiene vigencia en el historial de Orellano es la del Juzgado Nacional en lo Correccional n° 8 porque ese juzgado unificó las penas respecto de un hecho que se juzgaba en esa sede, cometido el 8 de enero de 2013, con una condena del Tribunal Oral en lo Criminal n° 20, por un delito que acaeció el 21 de mayo de 2012. Indicó que en este caso lo que hubo fue una falencia del Estado. Y que lo que hizo el Juzgado Correccional n° 8 fue dictar a una condena única.

Destacó que el efecto de unificación de condenas era que la única que queda en vigencia es la última y que la cosa juzgada cede al punto de que sólo quedan inmutables la declaración de hechos y sus calificaciones, desapareciendo no sólo la pena, sino la condenación misma. Recordó que su asistido se encontraba excarcelado por el juzgado correccional para cuando fue detenido por este hecho. Cito el fallo “Vargas, Juan Marcelo” de la Cámara Federal de Casación Penal, de fecha 10 de agosto de 2006. Asimismo, leyó un fragmento de un artículo de la autoría de Carlos Caramutti, en “Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial” de Baigún, David-Zaffaroni, Eugenio R., Editorial Hammurabi, 2007, T 2B, p. 53/54, en el que expresa: “la sentencia unificadora se considera única condena y al penado como primario, con todas las consecuencias legales que ello implique, no sólo a los efectos sustanciales sino también procesales, cuando las normas de esa naturaleza exijan esa condición para gozar de ciertos beneficios o para el reconocimiento de determinados derechos”. Luego, trajo a colación el voto del juez Morin ilustrado en el fallo “Cachovsky, Gustavo” de este tribunal que, advirtió, coincide con la postura de esta defensa.

En subsidio, y de no acogerse a esa petición, expuso que tampoco se daban las condiciones objetivas para tener por acreditado el cumplimiento parcial de pena, pues ello, desde su punto de vista, exige un cumplimiento como condenado de las dos terceras partes de esa condena. Eso para tener por cumplido el cumplimiento parcial de pena que exige el artículo 50 del Código Penal. Citó, al

respecto, el voto de los Dres. Ángela Ledesma y Alejandro Slokar en la causa "De Armas, Sergio Gastón s/ recurso de casación", resuelta el 19/03/2012 (reg. n° 19.739) de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal y el precedente "Llanos González, Arcencio y otros s/ recurso de casación", resuelto el 30/05/2012, reg. n° 19.985 de la Sala Citada; entre otros.

Añadió que si aún así se entendía que las condiciones objetivas estaban dadas, consideraba que de todas formas su defendido no era reincidente, porque el instituto de la reincidencia es inconstitucionalidad por afectación a la garantía de *ne bis in idem*, al derecho penal de autor, a la violación al principio de culpabilidad y porque se desoyen los principios de resocialización como fin preventivo de la pena que están contenidos en la Constitución Nacional y en el artículo 1° de la ley 24.660. Citó, sobre el punto, el fallo "Álvarez Ordoñez, Rafael" -voto del juez Zaffaroni- de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por otro lado, indicó que no debía aplicarse el precedente "Arévalo" del Tribunal Superior porque allí la Corte se remitió a otros fallos anteriores a la reforma de 1994 y en los que no se tuvo en cuenta que la Constitución Nacional receptó a partir de la incorporación de los pactos internacionales la necesidad de resocialización como fin de la pena.

Finalmente, por todo lo expuesto, solicitó: 1) Se declare la nulidad del proceso; 2) se declare la nulidad de la acusación fiscal y se dicte la absolución de su defendido; 3) Se lo absuelva por las cuestiones de hecho y derecho y de fondo; 4) En caso de recaer condena, se aplique el mínimo legal y, de unificarse, se dicte una pena única que no supere los tres años de prisión, sin la declaración de reincidencia y de revocatoria de la libertad condicional.

Tras ello, se concedió la palabra al fiscal para que se pronuncie respecto del planteo de inconstitucionalidad de la reincidencia y de nulidad efectuados por la defensa.

Expresó que, sobre esa cuestión, se remitía a sus anteriores dictámenes. En cuanto a la nulidad, sostuvo que los jueces debían resolver qué es el juicio oral y que las reformas hablan de que el juicio es lo que pasa acá. Dijo que redujo el objeto procesal en cuanto a la calificación y cuestiones de hecho y que al imputado se le dio la posibilidad de efectuar un descargo en una nueva declaración indagatoria. Y que todo lo demás fue salvado con ello. En definitiva, postuló que se rechace el planteo de nulidad de la parte.

3º) Que, en la oportunidad prevista en el artículo 378 del Código Procesal Penal de la Nación, Juan José Orellano declaró.

En sustancia, dijo que el día de inicio de la causa se encontraba vendiendo banderas en la calle porque jugaba argentina y con el encargado del lavadero donde se desempeñaba laboralmente decidieron no abrir el local. Contó que fue a la plaza San Martín a ver el partido de Argentina vs. Nigeria en pantalla gigante. Luego fue caminando junto a un amigo desde la plaza San Martín al obelisco para festejar y se pusieron a vender banderas. Llegaron a Rodríguez Peña, su amigo iba por una vereda y él por la otra. Él entró a un bar a vender y se las ofreció a dos personas que se encontraban en una mesa junto a la entrada -aclaró que una de esas personas es el supuesto damnificado-, quienes le dijeron que no querían comprarlas. Ante ello, les pidió si lo podían ayudar con una moneda y contestaron negativamente. Él les dijo "ratas", y estos individuos comenzaron a insultarlo.

A raíz de ello, empezó a correr, le chifló a su amigo y los perdió. Dobló en Rodríguez Peña y en Lavalle lo detuvo un policía. Preciso que cuando lo detuvieron no tenía nada, y que no sabe qué hablaron el policía y el supuesto damnificado, ni tampoco quién fue el que dijo que él le intentó arrebatar el celular de la mano, pero que él no lo hizo.

Contestó al fiscal, quien le preguntó dónde quedaron las banderas, que se las llevaron no sabe a dónde. Dijo que cuando lo corrieron los dos grandotes él tenía las banderas en una bolsa. Manifestó también que el policía -que estaba uniformado- lo detuvo con las banderas. Él le dijo "oficial estoy trabajando, estoy vendiendo banderas, tengo un hijo". Le mostró las banderas y los gorros. El policía le dijo "que te pensás, que estamos al pepe nosotros". Le dijo al presunto damnificado "mirá, estoy trabajando, te pido perdón, pero tengo una criatura, tengo un tatuaje de mi hijo y causas abiertas".

Refirió también que no recordaba cómo se llama su amigo que vendía las banderas con él. Era un conocido de un tiempo en el que estuvo en la calle, que se lo hizo conocer su primo y con quien estuvo drogándose en la calle. Dijo que él no venía junto con la otra persona sino que lo vio ahí y le ofreció vender banderas. Expresó que no había manera de ubicarlo.

4º) Que en el debate se produjeron las siguientes pruebas:

a) Declararon testificalmente Agustín Pablo Almeyra, Cristian Andrés Medina y José Luis Gómez. Sus manifestaciones se encuentran en los

discos que se adjuntaron a las actas de debate a la que *brevitatis causae* nos remitimos.

b) Se leyeron las siguientes constancias:

1. Acta de detención de fs. 3/vta., de la que se desprende que el 25 de junio de 2014, alrededor de las 17.30, se procedió a la aprehensión de Juan José Orellano en la calle Lavalle nro. 1956 de esta ciudad.

2. Informes médicos-legales de fs. 6 y 17 del legajo personal. Del primero de ellos, surge que al momento de la realización del examen, Juan José Orellano presentaba excoriaciones pequeñas varias; y del segundo, se advierte que aquél se encontraba vigil, lúcido, orientado en tiempo y espacio, sin signos de intoxicación.

3. Informe de fs. 23 vta., que se trata de una peritación del teléfono secuestrado, que determinó que éste poseía un valor aproximado de ochocientos cincuenta pesos (\$850), y se encontraba en buen estado.

4. Declaraciones testimoniales de Tomás Leonel Romana (fs. 4) y Carlos Armando Naveira (fs. 5).

5. Informe social practicado en la dependencia policial de fs. 7 del legajo personal.

6. Informe socio ambiental del imputado agregado a fs. 18/20 vta. de su legajo personal.

7. Certificado de antecedentes de fs. 55/56 del legajo de identidad personal.

c) se exhibieron las siguientes constancias:

1. Croquis de fs. 6 y 22, donde se grafica el lugar del hecho y de aprehensión de Orellano.

2. Fotografías del teléfono celular secuestrado de fs. 24.

3. Vistas fotográficas del imputado de frente y perfil, agregadas a fs. 4 de su legajo personal.

4. Fotocopia de la factura de la empresa Movistar de fs. 31, a nombre de Agustín Pablo Almeyra.

5º) Que la prueba producida en la audiencia dejó en claro que las cosas no sucedieron del modo como fueron planteadas en la acusación con cuya lectura se abrió el debate.

Una clara expresión de ello fue que el Fiscal General debió reformular su primera conclusión para, finalmente, acusar a Orellano de la autoría de un hurto simple tentado, modificando algunas circunstancias del hecho, originalmente subsumido en el tipo penal de robo, también tentado. Ver, en este sentido, los Considerandos 2º) y 3º).

¿Por qué ocurrió esto?

Porque el damnificado en el curso de un relato ampliado varió la hipótesis fáctica.

En efecto, Agustín Pablo Almeyra, en sustancia, afirmó que en realidad su teléfono celular le fue quitado, sin que se diera cuenta, de la mesa de la confitería en la que se encontraba en compañía de su amigo Juan Fabi; que fue el encargado de un kiosco de diarios -Gómez- quien se lo advirtió y que con Fabi y un policía fueron tras Orellano, quien, finalmente, cuando estaban otros policías a su lado, se lo devolvió.

Esto fue confirmado por José Luis Gómez, testigo de cuya existencia sólo se supo a raíz de la nueva versión de Almeyra.

Es evidente que nada de esta nueva realidad conocida tardíamente - en rigor, la única, por ser la verdad- coincide con el acta que dio origen a este proceso, que fue la declaración del policía Cristian Andrés Medina de fs. 1, y que fue la que trazó la línea seguida en la causa.

Vale aclarar que en el debate Medina reiteró su relato inicial, aunque aclaró que le parecía que el imputado tenía una bolsa plástica de tipo supermercado pero no recordaba que contenía.

Y esto es grave, no sólo porque el sistema judicial se vio guiado por un camino cuyo origen está viciado por la falsedad de su contenido, sino porque, como bien remarcó el Defensor Público Oficial, continuó por esa senda afectando gravemente los derechos del justiciable.

Dos puntos para remarcar:

1) Orellano, en su declaración en el juicio, afirmó que llevaba para su venta una bolsa con banderas y gorros con motivo del partido disputado por el seleccionado nacional de fútbol en la copa mundial, con lo cual pretendía explicar su presencia en las inmediaciones. Sin embargo, nada de eso constó en las actuaciones ni con motivo de retirársele sus efectos personales (en este último aspecto, ver fs. 177).

Después se supo que eso era verdad, porque el policía Medina recordó lo de la bolsa, y también así lo expresaron, con más precisión, Almeyra y Gómez.

De este modo se limitó fuertemente su derecho de defensa, más allá de las implicancias jurídicas de tal omisión en las actas y de su desaparición como efecto personal.

2) Por ineficiencia o por algún otro motivo que no es del caso expresar -en tal caso sería una simple especulación- se cumplió defectuosamente la prescripción del magistrado de la instrucción, en punto a que se constatará la existencia de cámaras privadas y/o domos del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el lugar del hecho (cf. fs. 7).

No es necesario explicar que la expresión "lugar del hecho" básicamente alude al sitio de la ejecución del intento de apoderamiento y que por extensión, en términos procesales, podría alcanzar a las etapas posteriores al frustrado acto, tales como la persecución y aprehensión.

Empero, sólo se hizo la indagación en las inmediaciones adónde fue detenido Orellano (cf. fs. 39), omitiéndose toda búsqueda sobre la esquina de la avenida Corrientes y Montevideo, con lo cual se parcializó la información y se privó a la parte de una prueba que pudo ser relevante.

Es que, como resultado de la instrucción suplementaria, se produjo el informe de fs. 182, que dio cuenta de que efectivamente allí había una cámara, pero que por el paso del tiempo no se preservaron las imágenes.

El Tribunal entendió que estas irregularidades, con un marcado vicio en el origen que va más allá de una cuestión formal, no podían ser soslayadas.

Por otra parte, al conocimiento de la verdad no se podía llegar de otro modo que no sea valorando prueba que provino de un testimonio postrero, en el que se reconoció que fue inducido a torcer los hechos que sólo ahora se exponían sinceramente.

En tales condiciones, una condena se soportaría en prueba obtenida en un proceso gestado indebidamente, lo que implicaría, además, cohonestar las mentadas irregularidades.

La administración de justicia no puede proceder de este modo, por lo que se arribó a un veredicto absolutorio respecto de Orellano y, por ende, se

dispuso su libertad desde los estrados del Tribunal, como manda el artículo 402 del Código Procesal Penal de la Nación.

Pero esto no puede concluir sólo así. Es necesario que se investigue si ello ha implicado, como en principio parece, la perpetración de un delito de acción pública.

En este sentido, se dispondrá la extracción de testimonios para ser enviados a la oficina de sorteo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

En razón de ello, el Tribunal **RESOLVIÓ**:

I. DECLARAR LA NULIDAD del acta inicial de fs. 1 y de todo lo actuado en consecuencia (art. 18 de la Constitución Nacional, y art. 166 y ss. del Código Procesal Penal de la Nación).

II. ABSOLVER a **Juan José Orellano** con relación al delito robo en grado de tentativa por el que se requirió la elevación a juicio, sin costas (arts. 402 y 530 del Código Procesal Penal de la Nación).

III. ORDENAR LA INMEDIATA LIBERTAD del imputado, la que se hizo efectiva desde la sede de este Tribunal (art. 402 del Código Procesal Penal de la Nación).

IV. EXTRAER TESTIMONIOS de la presente causa a fin de que se investigue la posible comisión de un delito de acción pública.

Regístrese, comuníquese y, oportunamente, archívese, quedando las partes notificadas con la lectura de la presente.

GUSTAVO PABLO VALLE
Juez

DANIEL MORIN
Juez

ALEJANDRO MARTÍN BECERRA
Juez

Ante mí:

MARÍA BELÉN CASSANI
Secretaria

NOTA: Hago constar por la presente que en la fecha el tribunal se constituyó en la sala de audiencias para que el presidente diese lectura de la sentencia.

Secretaría, 1º de diciembre de 2014.

MARÍA BELÉN CASSANI
Secretaria

USO OFICIAL