



MARIANA ANDREA TELLECHEA SUÁREZ  
SECRETARIA

Registro nro.: 59/16  
LEX nro.: CCC-023172/2014/  
1001/02000

/// la Ciudad de Buenos Aires, a los 17 días del mes de febrero del año dos mil dieciséis, se reúnen los miembros de la Sala Segunda de la Cámara Federal de Casación Penal, doctores Angela E. Ledesma, Pedro R. David y Alejandro Slokar, bajo la presidencia de la primera de los nombrados, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora Mariana Andrea Tellechea Suárez, para dictar sentencia en la causa nº CCC23172/2014/T01/CFP1 caratulada: "Ortega, Carmelo Patricio s/ recurso de casación". Representa al Ministerio Público el señor Fiscal General, doctor Ricardo Gustavo Weschler, y la defensa oficial de Carmelo Ortega, a cargo de Laura Beatriz Pollastri.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden: Angela E. Ledesma, Alejandro W. Slokar y Pedro R. David.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

La señora juez, **Angela Ester Ledesma**, dijo:

**I**

Las presentes actuaciones llegan a conocimiento de este Tribunal a raíz del recurso de casación interpuesto por el Defensor Público Oficial, doctor Juan Martín Vicco a fs. 264/284, contra el pronunciamiento dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 17, que 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 3º. 45, 54 y 164 del Código Penal y 396, 398, 400, 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 pico de botella secuestrado**, medida que deberá realizarse en la Comisaría 8º de la Policía Federal Argentina. Donde se encuentra en carácter de depósito, y **GLOSAR los dos CD** reservados en secretaría a fs. 191 (artículo 23 del Código Penal)".

Concedido por el a quo el remedio intentado (fs. 283/284), la defensora oficial lo mantuvo ante esta Cámara (fs. 291).

Durante el término de oficina, la defensa amplió fundamentos (fs. 293/300).

Las partes a fs. 302 y 305 renunciaron a los plazos procesales y así la causa quedó en condiciones de ser resuelta

## II

El recurrente encausó el recurso por vía de los dos motivos previstos en el artículo 456 del C.P.P.N. e hizo reserva del caso federal (art. 14, de la ley 48).

Consideró que en la sentencia se incurrió en un grave vicio de motivación derivado de una arbitraria valoración de la prueba, pues tal valoración se realizó de manera fragmentaria y parcializada, arribándose a conclusiones que no constituyen una derivación razonada de todos los elementos de juicio que surgen de la causa.

Afirmó que la decisión no se hizo cargo de las contradicciones del único testigo de cargo, evidenciadas cuando aquél declaró.

Al respecto el recurrente recordó que Frank Vilchez Pizarro comenzó declarando que volvía a su casa desde una fiesta cuando se le acercaron con una botella rota, cuando más adelante negó haber visto tal elemento, y que conocía ese dato porque se lo manifestó el personal policial.

Dijo que el relato del testigo no se condice con el secuestro del pico de botella a varios metros del lugar, en razón de que ninguno de los presente adujo que alguna de las personas lo haya arrojado hasta el sitio donde fue secuestrado.

Aseguró que el testigo mintió en cuanto al motivo que lo trajo hasta el lugar pues, al principio dijo que volvía de una fiesta y luego afirmó que estaba allí para comprar ropa para mandar a Perú, lo cual, a criterio del defensor es inverosímil dado que en el lugar no funciona una feria ni había gente vendiendo ropa, un domingo por la mañana.

La versión del testigo no fue cotejada con la del imputado, quien afirmó que el motivo de la pelea (forcejeo entre ambos) se debió a que, por el estado de alcoholización de Vilchez confundió a Ortega con un vendedor de drogas, relato que se condice, según el agraviado, con la escena que presenció el agente Rodríguez cuando llegó al lugar.

M. ANDREA TEJECHEA SUÁREZ  
SECRETARÍA DE CÁMARA



*Cámara Federal de Casación Penal*

Sala II  
Causa Nº CCC 23172/2014/TO1/CFC1  
"Ortega, Carmelo Patricio s/  
recurso de casación"

Agregó que el policía se limitó a afirmar que vio un forcejeo entre dos personas a quienes tuvo que separar, lo cual se diferencia de la versión del testigo que dijo que había dos personas revisándolo cuando él estaba en el suelo.

El hecho de que Rodríguez haya visto a una persona a 30 metros del lugar no es suficiente para asegurar que se trataba de la segunda persona a la que hizo referencia Vilchez Pizarro.

Descartó que el pico de botella secuestrado haya sido utilizado por su defendido para agredir a Vilchez Pizarro, pues fue secuestrado a 7 metros del lugar y nadie declaró haber observado que aquél elemento era arrojado hasta esa distancia, haciendo notar que en caso de haberlo realizado, el vidrio se habría roto, lo cual no sucedió.

Afirmó que no se demostró científicamente que las manchas halladas por un perito "comerciante" sean de sangre y menos aún que esa sangre haya sido de la supuesta víctima.

Tampoco existió una pericia que demostrara que las lesiones que padeció Vilchez Pizarro se produjeran con el pico de botella secuestrado; circunstancia que ni si siquiera pudo corroborar la propia víctima.

El secuestro de la billetera con dinero en su interior a varios metros del lugar no se compadece con el relato de los hechos que efectuó Vilchez, ya que, a criterio del defensor, no encuentra lógica que haya sido abandonada en el lugar sin que tampoco se haya arrimado prueba alguna de la existencia de un supuesto celular sustraído.

b. El segundo agravio se relaciona con la calificación legal asignada a los hechos, al considerar que se trató de un robo en concurso ideal con lesiones leves, cuando éste último ilícito debió quedar absorbido por el robo, por mediar concurso aparente por consunción.

Para fundar su posición, el defensor, se remitió al voto en minoría del Juez Vega quien afirmó que el resultado lesivo se encuentra abarcado por el desvalor de la conducta del robo.

El recurrente, luego de citar doctrina en apoyo de su postura, señaló que las lesiones leves son absorbidas por la violencia en el apoderamiento al existir un concurso aparente por consunción. Ello quedó demostrado por el propio legislador al

agravar el robo solamente a partir de las lesiones graves o gravísimas.

c. En tercer lugar atacó el monto de la pena impuesta a su defendido por considerarla excesiva y sin fundamentación suficiente.

Entendió que al calificar el hecho del modo en que se hizo, se produjo una doble lesión normativa.

Expresó que se elevó el grado de reproche a un monto que se aleja considerablemente del mínimo legal previsto recurriendo a un supuesto peligro en la integridad física de la víctima que no fue probado en el debate.

Dijo que se bien se anunciaron agravantes y atenuantes para justificar el monto punitivo impuesto, lo cierto es que no se efectuó una adecuada valoración de ellos.

d. Planteó la inconstitucionalidad de la reincidencia por considerarla lesiva de los principios de culpabilidad y de derecho penal de acto, del derecho de igualdad ante la ley; de la prohibición contra el doble juzgamiento y, fundamentalmente, del principio de resocialización de penas.

Dijo que es el Estado quien debe cargar con la obligación de resocializar al condenado, por lo cual la reincidencia significa castigar al individuo por la falla del Estado en su tratamiento.

A su vez, la valoración de la reincidencia a la hora de determinar la pena debe necesariamente operar a favor del justiciable en tanto es demostrativa de una menor culpabilidad en virtud de un aumento de la vulnerabilidad provocado por un anterior ejercicio del poder punitivo del Estado.

### III

a) Para apreciar la entidad de los argumentos contenidos en el recurso de casación relacionados con la sentencia de condena de Carmelo Patricio Ortega, resulta conveniente reproducir la plataforma fáctica y probatoria recreada por la mayoría del tribunal en ese pronunciamiento.

Se consideró acreditado que *"el día 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 Cristian Vilchez Pizarro – un corte de 2 cm de longitud sobre el gonión derecho y un corte de 2 mm de longitud sobre el lóbulo auricular derecho- y*

*M. ANTONIA VELAZQUEZ SUAREZ*  
*SECRETARIA DE CAMARA*



*Cámara Federal de Casación Penal*

Sala II  
Causa Nº CCC 23172/2014/TO1/CFCL  
"Ortega, Carmelo Patricio s/  
recurso de casación"

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." (fs.256 vta. de la sentencia).

Varios fueron los elementos probatorios evaluados en el pronunciamiento sobre cuya base se consideró acreditado el suceso, así como la autoría y responsabilidad de Ortega en él.

Entre esas piezas merece citarse el testimonio de la víctima Frank Cristian Vilchez Pizarro, que constituyó un elemento de cargo útil para comprobar la efectiva comisión del delito de robo en su perjuicio.

Se dejó sentado en la decisión que el nombrado 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"(fs. 257).

Por otra parte, en la sentencia se valoró el testimonio del policía Rodríguez quien observó el final de agresión, cuando Vilchez Pizarro yacía herido en el piso y junto a él – forcejeando, según la expresión del funcionario- el acusado.

La versión brindada por la víctima se encuentra así corroborada por los dichos del funcionario policial, el hallazgo a poca distancia de la billetera de Vilchez y un pico de botella con sangre, de acuerdo a lo que surge del peritaje de fs. 64.

Tal como se apuntó en la sentencia, también corrobora la ocurrencia de los hechos el informe médico de fs. 81/82 que reveló que la víctima presentaba lesiones 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 (fs. 257 vta.)

Frente a esas probanzas, en la sentencia se desechó por completo la versión suministrada por Ortega "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 sabía que vendían, pretendiera 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 la defensa" (fs. 257 vta y 258)*

Acertadamente en la decisión se afirmó que la circunstancia de que el damnificado haya concurrido a comprar droga en modo alguno excluye la posibilidad de sufrir un asalto.

Ahora bien, el extracto de los relatos reproducidos en la resolución impugnada muestra a las claras la correcta valoración de un cuadro incriminante y contundente, que confiere certeza acerca del modo en que se desarrolló la acción reprochada al encausado, y su motivación.

La sentencia en crisis -dadas las especiales alternativas constatadas en la causa- contiene una adecuada fundamentación, en lo que atañe a la acreditación de la ocurrencia del suceso juzgado y el grado de participación que en ellos cupo al encausado.

Sobre tales aspectos, la decisión impugnada no contiene fisuras de logicidad, y las conclusiones a las que arriba -acerca de los tópicos apuntados-, constituyen la derivación necesaria y razonada de las constancias de la causa, contando con el grado de certeza necesario exigido a todo veredicto de condena (*conf. causas n° 6892, "Toledo, Marcos s/rec. de casación", reg. n° 1128/06, de fecha 9 de octubre de 2005; n° 6907, "Calda, Cintia Laura s/rec. de casación", reg. n° 1583/06, rta. el 27 de diciembre de 2006, ambas de la Sala III, entre otras*), sin que las críticas que formula el recurrente logren conmover lo resuelto como acto jurisdiccional válido (arts. 123, 398, 404 inc. 2°, 471 a contrario sensu del C.P.P.N.).

b. Respecto a la calificación legal asignada a los hechos, advierto que el acusador, al momento de alegar 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. 2° del Código Penal)"* (fs. 254 vta.).

Agregó que la aplicación de la agravante era consecuencia de la utilización del pico de botella roto como medio intimidatorio durante el desapoderamiento y citó jurisprudencia en apoyo de tal postura.

Al momento de decidir el asunto, el voto de la mayoría desechó la calificación propuesta por el fiscal por entender que



el artículo 166 inciso 2º sólo abarca a las llamadas armas propias, es decir, aquellas que lo son por definición (fs. 258 vta.).

Además de apartarse de propuesta del fiscal, el tribunal modificó la calificación legal por considerar que el hecho endilgado a Ortega constituye el delito de robo, en concurso ideal con lesiones leves -arts. 45, 54, 89 y 164 del CP.- (ver fs. 258 de la sentencia).

Para así decidir señaló *"ocurre que las lesiones infligidas -más allá de su encuadre jurídico como leves- exceden aquellas que podrán quedar comprendidas en el contenido del 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"* (fs. 258 vta.).

Más allá de haber considerado en otros precedentes que las lesiones leves quedan absorbidas por la violencia propia del robo (cfr. **causa n° 10.698** caratulada **"VILDOZA, Federico Jonathan s/recurso de casación"**, de la Sala III, rta. el 22 de septiembre de 2009, reg. 1298/09) advierto que en el caso el órgano jurisdiccional interviniente excedió el límite para el que estaba habilitado a expedirse.

En efecto, el fiscal al acusar por robo (agravado por el uso de arma) consideró que las lesiones sufridas por la víctima quedaron absorbidas por ese delito y, si bien solicitó la aplicación de la figura prevista en el artículo 166 inciso 2do del CP., esa agravante fue desechada por el tribunal.

Así, existió en este caso una vulneración al modelo de proceso acusatorio que diseña nuestra Constitución Nacional (art. 18, 75 inc. 22 de la CN, 26 de la DADDH, 10 y 11.1 de la DUDH, 8.1 de la CADH y 14.1 del PIDCyP -que expresamente ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los considerandos 7º y 15º del precedente "Casal" Fallos 328:3399-), cuyo paradigma esencial consiste en la separación de las funciones de enjuiciamiento y postulación.

Es que lo solicitado por el fiscal es el límite del órgano jurisdiccional para pronunciarse y, consecuentemente, el Tribunal no puede ir más allá de la pretensión requerida por la acusación.

El principio *ne procedat iudex ex officio* constituye un límite al ejercicio de la función jurisdiccional pues la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo (cfr., Julio B.J. Maier, *Derecho Procesal Penal, Fundamentos, Tomo I, Buenos Aires, 2º edición, 3º reimpresión, 2004, pág. 444*). Por ello, la sentencia no puede ser "*plus petita*", ni tampoco "*extra petita*", pues, insisto, la acusación es la que fija el límite del conocimiento de los jueces.

Mirjan Damaska tiene dicho: "¿Quién habría de tener soberanía para determinar qué hechos deben decidirse en un pleito: las partes o el juez. La respuesta está implícita una vez más en el propósito del proceso de resolución de conflictos: dado que el objetivo procesal es la resolución de disputas, los parámetros de la disputa deberían ser establecidos por los contendientes. El demandante o el fiscal eligen qué alegar; y el acusado decide qué debe aceptar y qué rechazar: lo que no es objetivo de competición no debe ser objeto de prueba. Aunque el juez pueda tener buenas razones para considerar hechos que no están en disputa entre las partes, al hacerlo se volvería "inquisitivo" por sí mismo y dejaría de limitarse a resolver la controversia..." (Las caras de la justicia y el poder del estado, Editorial jurídica de Chile; 2000, p. 193).

Al respecto, es claro Alberto Binder cuando señala que "(...) además del límite fijado por el legislador el juez tiene otro límite: aquel fijado por el acusador, sea éste oficial o privado" (*Introducción al derecho penal, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p.297*).

En relación a este tópico me he expedido en las causas n° 4839 "*Guzmán, José Marcelo s/ rec. de casación*", registro 101/2004, rta. el 11 de marzo de 2004, n° 4722 "*Torres, Emilio Héctor s/rec. de casación*" registro 100/2004, rta. el 11 de marzo de 2004, n° 5617, "*Pignato, Martín Mariano s/rec. de casación*", reg. n° 478/05, de fecha 13 de abril de 2005, n° 5624, "*Alegre, Julio Domingo s/rec. de casación*", reg. n° 718/05, del 12 de septiembre de 2005, n° 5761, "*Branca, Diego; Girini, Juan Carlos y Muñoz, Juan Manuel s/rec. de casación*", reg n° 1078/05, rta. el 1º de diciembre de 2005, y n° 6068, "*Balzola, Carlos Alberto s/rec. de casación*", reg. n° 1089/05, de fecha 2 de diciembre de 2005, todas de la Sala III, entre muchas otras, a cuyos





argumentos y citas me remito *mutatis mutandis* en honor a la brevedad.

En efecto, la función jurisdiccional que compete a cada tribunal interviniente se halla limitada por los términos del contradictorio, pues cualquier ejercicio de ella que trascienda el ámbito trazado por la propia controversia jurídica atenta contra la esencia misma de sistema de enjuiciamiento penal de corte acusatorio. Así, la única solución viable es revocar la calificación asignada al hecho.

El órgano jurisdiccional no estaba autorizado para modificar la calificación legal agregando un nuevo elemento, distinto al de la acusación, en el caso el delito de lesiones leves, pues no existía un pedido concreto de la parte acusadora que lo habilitara, todo lo cual lesiona la garantía de imparcialidad del juzgador (arts. 75 inc. 22 de la CN, 8.1 de la CADH, 14.1 del PIDCP, 10 de la DUDH, 26 de la DADDH), por afectación del principio acusatorio.

Estos criterios resultan concordantes con los lineamientos sentados por los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni in re "Amodio, Héctor Luis s/causa 5530" -Fallos: 330:2658-, "Fagundez, Héctor Oscar y otro s/causa n° 7035", F.452.XLIII (voto compartido en este precedente con el Dr. Carlos S. Fayt), "Frías, Roque Francisco s/causa n° 6815", F.127.XLIII, "Trinidad Noguera, Carlos Alberto s/causa n° 7313", T.502.XLIII - los tres últimos de fecha 12 de agosto de 2008-, y "Fernández Alegría, Jorge s/ley 23.771 y 24.769 -causa 1977/04-", F.1435.XLII, de fecha 2 de junio de 2009, "Sosa Fernández, David Martín s/causa n° 12.837", S.97.XLVII, de fecha 18 de diciembre de 2012, "Arias, Walter Elvio y otros s/causa n° 12.792", A.1107.XLVII, de fecha 5 de febrero de 2013, y "González, Mariano Oscar s/causa n° 90.720", G.107.XLVIII, de fecha 26 de marzo de 2013.

Por ello, corresponde casar parcialmente el fallo, y modificar la calificación legal de acuerdo al criterio que emerge del actual acápite (arts.123, 398, 404 inc. 2°, 456, 470 y 471 del C.P.P.N.).

c. En virtud de tal solución, deviene inoficioso abordar el tratamiento del resto de los agravios.

En consecuencia, propongo al acuerdo hacer lugar

parcialmente al recurso, **casar** parcialmente el punto II de la sentencia obrante a fs. 254/262, **condenar** a Carmelo Patricio Ortega en orden al delito de robo, **anular** en consecuencia los puntos I y III del resolutorio, apartar al Tribunal Oral nº 17 y remitir los presentes actuados a la Secretaría General de esta Cámara a los efectos de que sortee un nuevo Tribunal para que, previa audiencia de partes y de visu, se expida sobre la pena a imponer conforme la doctrina aquí sentada, sin costas. (arts. 456 inc. 1 y 2, 530 y cc del CPPN).

Así es mi voto.

El señor juez **Alejandro W. Slokar** dijo:

Que, sin perjuicio de considerar por aplicación *mutatis mutandi* del criterio asumido, entre tantas otras, en la causa nº 13.394, caratulada: "Gómez, Alejandro Andrés s/recurso de casación" (reg. nº 19888, rta. 26/4/12), que el suceso tenido por acreditado se correspondía con la figura agravada de robo (art. 166 inc. 2 CP), tal el reclamo formulado por la *vindicta* pública desde el requerimiento de elevación a juicio y reeditado en la audiencia del juicio (cfr. fs. 143/145 y 249vta.), habiendo sido promovida esta instancia casatoria por la exclusiva articulación de la defensa, con estricto apego a la *reformatio in pejus* y en los límites del reclamo casatorio, en las especiales circunstancias de la especie, adhiere en lo sustancial a la solución propuesta por la juez Ledesma.

Así vota.

El señor juez doctor **Pedro R. David** dijo:

Sellada la suerte del recurso debo poner de manifiesto que no comparto la calificación seleccionada por el Tribunal, pues a mi entender la conducta llevada a cabo por Ortega encuadra, como lo sostuviera el Ministerio Público Fiscal en el requerimiento de elevación a juicio y en la audiencia de debate oral y pública llevada a cabo, en el tipo penal previsto por el art. 166 inc. 2º del Código Penal. Sin perjuicio de ello, y toda vez que la sentencia fue recurrida solamente por el imputado, ésta no puede ser modificada en su perjuicio (art. 445 del CPPN), he de convalidar la sentencia en este punto.

El modo en que votan mis colegas me exime de pronunciarme sobre el resto de los agravios traídos a estudio.

Tal es mi voto.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal, por mayoría,



**RESUELVE: HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso, **CASAR PARCIALMENTE** el punto II de la sentencia obrante a fs. 254/262, **CONDENAR** a Carmelo Patricio Ortega en orden al delito de robo, **ANULAR** en consecuencia los puntos I y III del resolutorio, **APARTAR** al Tribunal Oral nº 17 y remitir los presentes actuados a la Secretaría General de esta Cámara a los efectos de que sortee un nuevo Tribunal para que, previa audiencia de partes y de visu, se expida sobre la pena a imponer conforme la doctrina aquí sentada, **SIN COSTAS**. (arts. 456 inc. 1 y 2, 530 y cc del CPPN).

Regístrese, notifíquese, tómesese razón, hágase saber, comuníquese al tribunal de origen y remítase a la Secretaría General, sirviendo lo proveído de atenta nota de envío.

  
ANGELA ESTER LEDESMA

  
ALEJANDRO W. SLOKAR



Jr. PEDRO R. DAVID

  
ANDREA TELLECHEA CHIAREZ  
SECRETARIA DE

