

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 12701/2014/TO1/CNC1

Reg. n° 437/2015

/// la ciudad de Buenos Aires, a los siete días del mes de septiembre del año dos mil quince, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los señores jueces Mario Magariños, Pablo Jantus y Luis F. Niño, asistidos por la secretaria actuante, Paola Dropulich, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 293/305, en el proceso n° 12701/2014/TO1/CNC1, “Rodríguez, Rodolfo Iván s/ robo con armas”.

### **RESULTA:**

**I.** El 1 de abril de 2015, los señores jueces a cargo del Tribunal Oral en lo Criminal n° 8 resolvieron condenar a Rodolfo Iván Rodríguez a la pena de tres años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de tentativa de robo agravado por el uso de arma, y al pago de las costas e impuso, además, al nombrado, la pena única de cuatro años y ocho meses de prisión, comprensiva de la impuesta en este proceso y de la pena única de tres años de prisión aplicada el 3 de mayo de 2013 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 29, en la causa n° 3592, que a su vez comprendía la de un año y seis meses de prisión que se le impuso en esa fecha, en orden al delito de tentativa de robo con arma de utilería, y la de dos años de prisión en suspenso aplicada por ese mismo tribunal en la causa 3866, con fecha 14 de marzo de 2013. En definitiva, la sentencia aquí impugnada condenó al señor Rodríguez a la pena única de cuatro años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas (fs. 272/290).

**II.** Contra tal resolución, la asistencia técnica de Rodríguez interpuso recurso de casación (fs. 293/305), el cual fue concedido a fs. 306 y mantenido a fs. 311.

**III.** Con fecha 2 de junio del corriente año, se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal y sus integrantes decidieron otorgarle al recurso de casación interpuesto el trámite del art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 314).

IV. Con fecha 4 de agosto del año en curso se celebró la audiencia prevista en los arts. 465, último párrafo, y 468 de la ley procesal nacional, a la que compareció el Sr. Defensor Oficial, de lo cual se dejó constancia en el expediente. Los agravios expresados en el escrito recursivo fueron reiterados en lo sustancial por la defensa en esa oportunidad.

V. Tras la deliberación realizada por los integrantes de esta Sala, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

**Y CONSIDERANDO:**

**El juez Mario Magariños dijo:**

**I**

En el recurso de casación interpuesto, así como en la audiencia celebrada en función del artículo 465 de la ley procesal, la defensa centró su impugnación exclusivamente en el rechazo que el *a quo* efectuó en la sentencia, en punto a la aplicación al caso de lo dispuesto en el artículo 43 del Código Penal, pues, a criterio del recurrente, ello importó una errónea interpretación de esa norma legal sustantiva (artículo 456, inciso 1º, del Código Procesal Penal de la Nación).

Por consiguiente, la reconstrucción fáctica del suceso no ha sido motivo de agravio y, además, se advierte a su respecto que el *a quo* llevó adelante esa tarea de modo sustancialmente ajustado a los parámetros normativos de valoración probatoria que han sido considerados por esta Sala III en el precedente “Cajal” (proceso n° CCC 31507/2014/TO1/CNC1, registro n° 351/2015, sentencia del 14 de agosto de 2015; ver voto del juez Magariños).

De modo tal, ha quedado establecido que: *“el día 1 de marzo de 2014, aproximadamente a las 21:45 hs. en Sanabria 2030, de esta ciudad, donde funciona el supermercado ‘DLA’, Rodolfo Iván Rodríguez se acercó a Maximiliano Gabriel Ludueña, quien a la postre se hallaba sacando los residuos a la vereda y, al notar la presencia de una persona que caminaba con dirección al local intentó apurarse para poner la puerta de rejas, siendo en ese momento sorprendido por Rodríguez, quien previo exhibirle un cuchillo con mango de plástico que llevaba entre sus ropas, intentó sustraerle el dinero del local, advirtiéndole que se trataba de un*

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 12701/2014/TO1/CNC1

*robo, lo que no pudo materializar dado que el empleado le manifestó que en ese momento no había valores, dado que se guardaba todo en una caja fuerte.*

*Que tras ello, salió y cruzó a la vereda de enfrente para emprender la fuga, la que no pudo materializar dado que en ese momento Ludueña advirtió que pasaba un móvil conducido por el Cabo Gustavo Basterrex, a quien le dio aviso de lo ocurrido y le indicó al acusado como el autor del hecho, procediéndose a la detención pese a que en un principio intentó huir desoyendo la voz de alto impartida...” (ver fs. 277 vta.).*

Asimismo, la calificación de ese comportamiento llevado a cabo por el señor Rodríguez, como constitutivo del delito de tentativa de robo con arma (artículos 42, 164 y 166 inciso 2º del Código Penal), que asignó la sentencia del tribunal oral, se presenta como una correcta subsunción, por lo demás, no cuestionada por el recurrente.

El motivo de la impugnación formulada contra la sentencia dictada por el *a quo* se circunscribe entonces a la dilucidación de si, tal como se entendió por los sentenciantes, pese a la no continuación en la comisión hasta alcanzar la consumación del robo que se había comenzado a ejecutar por parte del señor Rodríguez, no resulta aplicable al caso lo establecido en el artículo 43 del Código Penal, pues, conforme se sostuvo en la sentencia, fue la circunstancia de que el dinero objeto del apoderamiento no se encontraba en el local sino que se había guardado en una caja fuerte —conforme lo manifestó la víctima—, lo que determinó que el autor no continuase con la ejecución del robo, razón por la cual el *a quo* sostuvo que esa interrupción en la comisión del ilícito se debió a causas ajenas a la voluntad del autor, quien, en consecuencia, a criterio del tribunal oral, debía responder de los actos de ejecución típica del robo que realizó, sin que resultase por ello aplicable la eximente contemplada en la citada norma legal. O si, por el contrario, como postuló la defensa en el recurso de casación interpuesto, en el escrito presentado en el término de oficina y en su exposición durante el desarrollo de la audiencia celebrada en función del artículo 465 del Código Procesal Penal de la Nación, se trató de un desistimiento voluntario de la tentativa ejecutada por parte del señor Rodríguez, que trae aparejado la no imposición de pena al nombrado, en función de lo establecido en el artículo 43 del Código Penal.

## II

Que los términos en que ha quedado planteada la cuestión traída a consideración de este tribunal obligan a analizar, en primer lugar, si la conducta ilícita llevada a cabo por el autor en el caso, era aún desistible al momento en que se interrumpió su comisión. Pues sólo si fuera correcto afirmar que se trató de un suceso susceptible de ser desistido, tendrá entonces razón de ser indagar acerca de la voluntariedad o no de la no consecución de la actividad típica.

En tal sentido, es necesario tener presente que, para que un suceso delictivo sea desistible, en los términos del artículo 43 del Código Penal, es preciso que se trate de una tentativa no fracasada y, por lo tanto, de un hecho actual. Al respecto, Günther Jakobs explica que “la particularidad, que presenta la tentativa no fracasada, [es la] de ser un hecho todavía actual y, por ello, aún susceptible de modificación” (“El desistimiento como modificación del hecho”, Traducción de Carlos J. Suárez González; en *Estudios de Derecho Penal*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, p. 325).

Es que, dado que con la tentativa, esto es, con el comienzo de ejecución, el autor ya quebrantó la norma (pues emitió un comunicado a través del cual expresó que ella no rige en el caso para él) y, en ese sentido, ya realizó un comportamiento con significado prohibido, para la no aplicación de la pena es requisito que el desistimiento pueda *anular* la tentativa, y, para que ello sea posible, necesariamente, debe tratarse de un hecho actual, *de un hecho que pueda aún ser modificado*; o, dicho en otros términos, que el suceso pueda ser redefinido en su significado perturbador.

Ha explicado el autor arriba citado que sólo los hechos aún dominados son susceptibles de modificación, y que lo decisivo para definir tal extremo radica en si el ejecutor perdió o, en cambio, conserva aún su influencia sobre el hecho.

En cuanto al significado de *pérdida de influencia*, Jakobs grafica con un ejemplo: “Si un orador expone y fundamenta la opinión X, pero luego prosigue su discurso diciendo que todo lo anteriormente afirmado den [denota], una perspectiva limitada y está ya refutado, nadie puede

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 12701/2014/TO1/CNC1

suponer que el orador habría defendido la opinión X; ciertamente así pareció al principio, pero luego se vio que era otra cosa. Si el orador ha improvisado ese giro, entonces ejecutó un desistimiento de la tentativa inacabada o incluso acabada de defender la opinión X. Pero si el giro se produce solamente después del discurso, en la discusión posterior, entonces él ha proferido inicialmente la opinión X como su punto de vista definitivo...y una revocación no sería más que un comportamiento posterior al hecho”.

Tras el ejemplo, continúa explicando el autor alemán: “¿Por qué se tienen que ver así las cosas? *Hay una sola explicación: únicamente el presente se puede modificar: no cabe resucitar el pasado.* Sólo donde puede ser aún corregida en el presente la imagen de una determinada conducta que comenzó en el pasado es posible incondicionalmente un desistimiento que excluya la pena. Para ello es necesario que, desde el principio, la conducta se encontrase bajo la reserva de su continuación hasta el presente y que el contenido de esa reserva se cumpliera luego efectivamente. Si falta algo de ello, es decir, si la conducta tuvo en el pasado el valor de algo que ya no podría ser modificado en el presente o si no existe en el presente una oportunidad para su modificación, la expresión de sentido realizada en el pasado es ya definitiva, una comunicación cerrada en sí misma. Una revocación se presenta, en una situación semejante, como un nuevo comportamiento y, precisamente, como un comportamiento posterior al hecho” (Günther Jakobs, “El desistimiento como modificación del hecho”, cit., pp. 330/331; la cursiva en el original).

Ahora bien, con respecto a los requisitos que deben presentarse a efectos de poder desistir de una tentativa inacabada, tal como lo constituye el caso objeto de juzgamiento, es presupuesto indispensable que se trate de una tentativa “no fracasada”; pues, “Si...después del comienzo de la tentativa se hace evidente para el autor la inidoneidad de su empresa, esto es, el fracaso de la tentativa él no puede redefinir ya su conducta porque ésta está ya definida objetivamente, de acuerdo con lo que él mismo sabe, como forzosamente ineficaz... La decisión se vuelve más difícil, cuando el autor –en la tentativa inacabada– puede reparar el

fracaso”; pero, “aquello sobre lo que no se puede ya influir no puede ser redefinido...Problemáticos, sin que esto haya sido hasta ahora suficientemente advertido, son sin duda los casos de un fracaso corregible”, por ejemplo: “el autor quiere arrojar a la víctima un recipiente con ácido, pudiendo ser lesionada la víctima tanto por el recipiente como por el ácido; aquél toma impulso para el lanzamiento y al hacerlo derrama el ácido; a continuación renuncia a efectuar el lanzamiento. Es posible que ese lanzamiento todavía hubiese podido producir con una probabilidad reducida una lesión de la magnitud que *en conjunto* esperaba causar, pero incluso si el autor renuncia a un riesgo semejante, esto no dice nada sobre una renuncia al riesgo que en especial ofrecía el ácido, **pues sobre este no puede ya disponer el autor puesto que se ha extinguido**” (Jakobs, Günther, “El desistimiento...”, cit., p. 340; cursiva en el original; la negrita se agrega).

En consecuencia, respecto de la parte de la tentativa que ha fracasado (en el ejemplo: lesión por medio de ácido), al autor ya no le es posible desistir, pues perdió la chance de influir sobre ese riesgo, se enfrenta a un hecho pasado, y como tal no susceptible de redefinición. “Esta conclusión no sufre modificación alguna si el autor no pone en marcha varios riesgos que se extinguen parcialmente, sino que crea un riesgo homogéneo que se extingue de un modo cuantitativamente parcial. Así sucede por ejemplo si el autor quiere arrojar un objeto sobre la víctima, pero ésta se aleja tanto que el riesgo de acierto en el lanzamiento se reduce. Por lo que a la cantidad extinguida se refiere no hay nada ya de lo que se pudiese desistir; por tanto se trata *en esa medida* de una tentativa fracasada” (Günther Jakobs, “El desistimiento...”, cit., pp. 340/341; la cursiva en el original).

En relación con lo expuesto hasta aquí, es necesario tener en claro que existe un paralelismo entre la tentativa inacabada y la acabada, en tanto “La tentativa inacabada no es sino una tentativa acabada parcial... si un disparo rebota en la cerradura de la puerta y sólo puede ser repetido una vez más con un resultado incierto (!), no se trata, en caso de que se renuncie a esa repetición, de un desistimiento y ello tanto si nos hallamos ante una tentativa acabada de daños sobre la puerta como si

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 12701/2014/TO1/CNC1

estamos ante una tentativa inacabada de un hurto de las cosas ajenas almacenadas tras la puerta” (Günther Jakobs, “El desistimiento...”, cit., p. 341).

Por consiguiente, que una tentativa sea susceptible de ser desistida, no depende de si se trata de una tentativa acabada o inacabada; pues, en éste último supuesto, no habrá posibilidad alguna de desistimiento allí cuando la tentativa fracasó, cuando el autor perdió, con su conducta, una posibilidad de dominio en el hecho, esto es, de influir en él; o, dicho en otros términos, cuando lo ya realizado forma parte del pasado, y no puede ser, justamente por ello, anulado o redefinido.

Es que “Nadie revoca el pasado. Una protesta contra una conducta situada en el pasado constituye un genérico comportamiento posterior al hecho. Sólo en la medida en que el autor domine todavía con seguridad... todos los riesgos generados por encima del nivel permitido puede quedar completamente exento de pena modificando – voluntariamente– la orientación de su conducta” (Günther Jakobs, “El desistimiento...”, cit, p. 345).

Esto quiere decir que, sólo cuando el autor ha reservado una posibilidad efectiva de retrotraer el significado (prohibido) de su comportamiento a lo socialmente adecuado –al riesgo permitido–, será susceptible de ser desistida la ejecución emprendida, pues sólo en tal hipótesis el autor podrá resignificar el sentido de una comunicación ya contraria a la norma.

A partir de los parámetros expuestos hasta aquí, corresponde ahora determinar si la tentativa de robo con arma, por cierto inacabada, emprendida por el autor, en el caso, puede reputarse *no* fracasada, sino actual y, por lo tanto, desistible.

Al respecto, las circunstancias fácticas que quedaron fijadas en la sentencia dictada por el tribunal de juicio, permiten afirmar que Rodríguez, al momento de abandonar la tentativa aún inacabada, había ya perdido su influencia sobre el riesgo prohibido que introdujo con su actuar, y, por consiguiente, su conducta había adquirido ya un significado perturbador (opuesto al comunicado normativo), no modificable.

En efecto, en un primer momento, el autor abordó al señor Ludueña, empleado de la sucursal del supermercado DIA, lo intimidó mediante la exhibición de un cuchillo, le advirtió que se trataba de un robo y le exigió luego el dinero de la recaudación del supermercado, la víctima le manifestó entonces que en ese momento (por circunstancias del todo azarosas para el autor) el dinero ya no estaba en las cajas, sino que se había guardado todo en una caja fuerte.

En consecuencia, ese intento de desapoderamiento desarrollado mediante la exigencia de los valores de la recaudación, formulada bajo intimidación y peligro para la integridad física de la víctima, debido al empleo del arma manipulada, no logrado empero por el autor, en razón del previo desplazamiento y colocación de la recaudación en una caja fuerte (conforme le manifestó la víctima), implicó la pérdida del dominio o la influencia sobre los riesgos prohibidos que ya había introducido Rodríguez con su accionar, y, por lo tanto, conforme las consideraciones arriba expuestas, en relación con esos riesgos extinguidos, no había ya, en ese momento, nada que el autor pudiera haber hecho para anular lo realizado hasta ese instante, de modo de resignificarlo.

Por tal razón, en ese mismo momento fracasó la tentativa (inacabada) ejecutada por el autor, y, por lo tanto, esa ya emitida expresión de sentido contraria a la de la norma que subyace al artículo 166, inciso 2º del Código Penal, no era susceptible de modificación por una conducta posterior, no era pues pasible de desistimiento por el autor del suceso en examen.

Sólo cabe agregar, respecto de la huida emprendida con posterioridad al fracaso producido por la colocación del dinero de la recaudación en la caja fuerte del supermercado que, “Si una conducta posterior al hecho indica que el autor está de acuerdo con el fracaso del hecho precedente esto no modifica en nada el factum de la realización de ese hecho precedente” (Jakobs, Günther, “El desistimiento...”, cit. pág. 342).

En razón de las consideraciones formuladas, corresponde confirmar la decisión impugnada, en cuanto entendió no aplicable al comportamiento constitutivo de tentativa fracasada de robo con arma

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 12701/2014/TO1/CNC1

(artículos 42, 164 y 166, inciso 2º del Código Penal) ejecutada por el señor Rodolfo Iván Rodríguez, lo previsto en el artículo 43 de la ley penal de fondo.

Por último, una breve consideración acerca de la argumentación subsidiaria introducida por la defensa en el escrito presentado en el término de oficina, y reiterada durante la celebración de la audiencia prevista por el artículo 465 de la ley procesal, tendiente a sostener que, en razón de que el dinero de la recaudación objeto del apoderamiento había sido trasladado a una caja fuerte, debía considerarse que la tentativa fue inidónea y aplicar entonces alguna de las consecuencias alternativas previstas en el artículo 44 del Código Penal.

En relación con esa pretensión, sólo basta señalar que la acción ejecutada por el autor, en el contexto en el que fue desarrollada, se presenta como un comportamiento con plena significación de contrariedad al comunicado normativo (artículos 164 y 166 inciso 2º del Código Penal) pues, “El significado se entiende aquí como posicionamiento del autor *frente a la norma* y no respecto de la presencia de un bien existente *de facto*. La validez de la norma es condición para la existencia de todos los bienes posibles; por tanto, en la protección de la validez de la norma se contiene una protección *generalizada* de los bienes individuales con independencia de la posibilidad concreta de la existencia de un bien” (Jakobs, Günther, “Representación del autor e imputación objetiva”, traducción de Carlos J. Suárez González, en *Estudios de Derecho Penal*, cit., nota 20, página 229).

Por consiguiente, también en este punto corresponde confirmar la decisión impugnada.

En cuanto a la determinación de la pena impuesta por el hecho, las consideraciones del *a quo* no muestran arbitrariedad al haber fijado un monto de sanción relativamente cercano al mínimo legal; así como tampoco al llevar a cabo la unificación de penas con base en la composición que efectuó.

Por todo ello, debe rechazarse el recurso de casación interpuesto y confirmarse, en consecuencia, la sentencia de condena dictada por el

Tribunal Oral en lo Criminal n° 8 respecto de Rodolfo Iván Rodríguez (artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación, *a contrario sensu*).

**El juez Pablo Jantus dijo:**

a) En el voto del Dr. Magariños han quedado suficientemente descriptas las cuestiones que deben ser tratadas, a partir de la sentencia emitida en esta causa por los colegas del Tribunal Oral en lo Criminal n° 8.

Sentado ello, debo añadir que coincido con los argumentos de mi distinguido colega en lo relacionado con la tentativa de delito imposible introducido por la defensa, así como en lo que se refiere a la calificación jurídica y la sanción penal impuesta; también comparto que en el caso no se han verificado los supuestos de desistimiento voluntario, como el juez mencionado lo postula, adhiriendo, por ende, a la solución por él propuesta. Con relación a este último punto, sin embargo, estimo necesario efectuar algunas consideraciones.

b) Señalan Zaffaroni-Alagia-Slokar (“Manual de Derecho Penal, Parte General”, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 656) que “La tentativa de delito puede desistirse mientras objetivamente no exista para el autor una imposibilidad de consumación. Cuando la consumación se ha vuelto imposible, el desistimiento no es voluntario. En consecuencia, cuando el agente se representa un fracaso inexistente no puede negarse la posibilidad del desistimiento, pues –cualquiera sea su motivación– el autor renuncia voluntariamente a continuar el hecho. Si la ley no exige una motivación especial, nada autoriza a considerar no voluntario lo que es voluntario...”. Añaden más adelante que “Son revocaciones voluntarias las que no son impuestas por la voluntad de un tercero o por la autoridad o por la ineficacia (objetiva) del plan verificada *ex post*...En síntesis, el presupuesto del desistimiento dependerá siempre de la inexistencia de condiciones objetivas que impidan o dificulten gravemente la consumación, sin que sea relevante la motivación de la voluntad, ni los errores que la pudieran condicionar mientras el desistimiento como hecho pueda ser imputado como obra perteneciente al autor. La imputación del desistimiento como hecho voluntario del agente tiene lugar cuando no está fundado en la operatividad de una

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 12701/2014/TO1/CNC1

acción especial de cualquier parte del sistema punitivo, ni está coaccionado por un tercero...”.

En el mismo sentido, Esteban Righi (“Derecho Penal, Parte General”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 428) establece como condiciones para el desistimiento voluntario de la tentativa inacabada que el autor omita seguir realizando el hecho que comenzó a ejecutar; que su desistimiento sea voluntario y que la decisión sea definitiva, es decir, que no se trate de una mera postergación en el tiempo (ver, en idéntico sentido, Maximiliano Rusconi, “Derecho Penal, parte General”, Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 719; Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, “Derecho Penal, Parte General, Temis, Bogotá, 2006, p. 476 y ss. –con referencia a la ley italiana–; Santiago Mir Puig, “Derecho Penal, Parte General”, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2010, p. 359 –con referencia a las leyes españolas y alemanas–).

Claus Roxin (“Derecho Penal, parte general”, tomo II, “Especiales formas de aparición del delito”, Thomson Reuters-Civitas, impreso en argentina por La Ley, 2014, pp. 605 y ss.) señala que el desistimiento “consiste, allí donde el autor podría aún causar el resultado, en una reversión consumada (o, cuando menos, intentada) de la puesta en peligro”. Indica que “El ladrón que mete la mano en el bolsillo ajeno y lo encuentra vacío no se está volviendo atrás en su tentativa de hurto cuando se aleja defraudado. Pues él no puede revertir una puesta en peligro, o intentar hacerlo, cuando, tanto objetivamente como según su propia representación, dicha puesta en peligro no existe. En este caso hay una tentativa fracasada, que, al igual que la tentativa que ha alcanzado sus objetivos, no permite el desistimiento”. Añade, más adelante (p. 617) que “Existe una tentativa fracasada cuando el autor reconoce o, cuando menos, acepta que su objetivo se ha vuelto, en el marco del concreto delito, inalcanzable”. Refiere que el que no puede continuar con su plan de acción, ni renuncia ni vuelve atrás, porque se ubica en una situación que desde su punto de vista parece inmodificable, como el que encuentra vacía la caja fuerte que ha abierto, a quien le falta cualquier posibilidad de cometer el delito.

Al referirse al grupo de casos en que la identidad del objeto material de la acción no se corresponde con el plan delictivo, Roxin explica que la tentativa fracasada “resulta también aplicable cuando el objeto material es una cosa. En la situación que dio lugar a la sentencia RGSt 39, 37, el autor pretendía robar una pelota roja de un jardín ajeno. Cuando había penetrado ya en el jardín y tenía en sus manos la supuesta pelota, se dio cuenta de que se trataba de una bola de madera, por lo que, decepcionado, la tiró y volvió a abandonar el jardín. Puesto que el RG establece explícitamente que el autor quería tener ‘no cualquier cosa ajena, sino justamente la supuesta pelota, es decir, un determinado objeto material’ su plan resultó fracasado...El autor debía haber sido castigado por tentativa de hurto, sin discutir acerca del carácter voluntario o involuntario del desistimiento (que ya no era posible).”

Con relación a los casos en que el autor ha encontrado bienes por debajo de lo que esperaba, refiere que existe tentativa fracasada en los casos en que “cuando el autor, en los casos en que existe una voluntad de apoderamiento genérica e indeterminada y no encuentra nada, o bien, en los casos en los que existe un dolo dirigido al apoderamiento de unas cosas determinadas, o de objetos de un determinado tipo, no encuentra cosas de esa clase” señalando un precedente en el que se pretendía robar dinero pero también cualquier otro objeto útil; como el autor no halló dinero, se apoderó de una máquina de fotos y un abrigo, aunque renunció a llevárselos por temor. Para Roxin en este supuesto “existe fracaso si, según el plan delictivo, el dinero y los objetos de valor no se hallaban en una relación de “o lo uno o lo otro”, sino que el dinero constituía un elemento esencial del plan delictivo del hurto. Dado que el BGH estableció que para el autor se trataba “principalmente de dinero”, hay que apreciar una tentativa fracasada en relación con el dinero, y un desistimiento en relación con los restantes objetos” (op. cit. p. 629).

Cabe añadir que el mencionado autor expresa (p. 659) que se puede apreciar desistimiento “solamente cuando el autor percibe la existencia de una posibilidad de continuación que reconoce como adecuada para él y, pese a ello, se abstiene de llevarla adelante...”. Aclara que “al menos hipotéticamente, casi siempre existen otras posibilidades.

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 12701/2014/TO1/CNC1

Si su omisión constituyese desistimiento, la tentativa fracasada no resultaría casi nunca posible. 'Así, el acusado, después del disparo sin consecuencias, casi siempre podría, por ejemplo, tomar en consideración otra alternativa de acción disponible, y afirmar que omitió estrangular a la víctima, matarla a golpes o atropellarla'. Si se viese ya en ello un desistimiento excluyente de la pena, el § 24 se convertiría 'en un campo de batallas de disculpas...Por ello, sólo debe apreciarse un desistimiento cuando exista base para ello en el hecho de que el autor haya renunciado a un medio para continuar el hecho que a él le parecía adecuado...".

c) En el caso de autos, es claro que el imputado Rodríguez intimidó a la víctima con un cuchillo con el propósito de sustraer el dinero del local en el que se desempeñaba el perjudicado, pero su objetivo no pudo concretarse porque el empleado Ludueña le manifestó que no había dinero en ese momento, pues se guardaba todo en una caja fuerte.

Como puede apreciarse, nos encontramos ante un supuesto de tentativa fracasada, puesto que el ilícito se frustró no por una decisión del autor de cesar en su plan delictivo a pesar de que podía continuarlo, sino porque se encontró con que el objetivo al que aspiraba no se podía concretar. De acuerdo a las enseñanzas de Roxin, entonces, no era posible, ante esa situación, desistir del ilícito emprendido. Tampoco nos encontramos ante un supuesto en el que el autor consideró el apoderamiento de cosas de menor valor, porque de la reconstrucción histórica efectuada por el tribunal de grado surge que lo que pretendía Rodríguez era el dinero del comercio, que no estaba allí. Si hubiese considerado, entonces, tomar algún otro bien, como el teléfono celular de Ludueña, tampoco era posible desistir del delito inicialmente puesto en ejecución, en la medida que esa desviación del curso causal implicaba la puesta en marcha de un nuevo suceso, con diferente perjudicado. Y nada sugiere, ni siquiera la propia actividad del imputado, que le fuera indiferente el bien a sustraer, puesto que ni siquiera preguntó por algún otro objeto de valor.

Así que, habiendo negado el damnificado que Rodríguez le haya pedido disculpas –cuestión que permitiría analizar el desistimiento desde

otra óptica, si esa acción la hubiese emitido antes de enterarse de la ausencia del botín— y si consideramos que aún después de encontrarse con que no había dinero persistió en el amedrentamiento contra Ludueña, al obligarlo a salir con él del comercio, es claro que ha sido correctamente descartada por el tribunal oral la aplicación al caso del art. 43 del CP, pues es evidente que la interrupción del plan delictivo no se debió a la decisión del imputado de cesar en su actividad ilícita, sino a la imposibilidad de llevarlo a cabo.

Así las cosas, adhiero al voto de mi distinguido colega, doctor Magariños.

**El juez Luis F. Niño dijo:**

I. La defensa oficial del encartado Rodríguez presenta el caso argumentando un desistimiento del aludido respecto de su plan original de robo, paladinamente reconocido por él en ocasión de ejercer su defensa material.

Se impone pues, en la tarea de revisión que nos compete, y con los alcances que fija el fallo “Casal” de la Corte Suprema de Justicia (CSJN Fallos: 328:3399), en consonancia con la garantía establecida en el artículo 8º, inciso 2, literal h, del Pacto de San José de Costa Rica, analizar el modo como ha quedado plasmado en la sentencia el *iter criminis* desplegado en concreto por el encausado, en pos de determinar si la falta de consumación del delito obedeció a circunstancias ajenas a la voluntad del agente, como se concluye en la sentencia, o a su propio designio, como lo postula quien recurre.

Antes de entrar de lleno en tal tarea, es juicioso dejar aclarado a cuál de las muy diversas teorías acerca de la naturaleza jurídica del desistimiento voluntario en la tentativa adscribimos y, en segundo término, cuáles son las condiciones que deben acreditarse para estimar su ocurrencia en un caso concreto.

II. Han sido y siguen siendo distintas las visiones ensayadas por la doctrina respecto de la categoría teórica que corresponde asignar a la figura que nuestro Código Penal entroniza en su artículo 43.

Sin intención de lucir una exhaustividad de corte académico impropia de nuestra labor, valga señalar que, históricamente, se la

concibió como una excusa absolutoria de carácter personal basada en razones de política criminal, según la idea original de Feuerbach que asignaba a ese instituto la virtud de contener al agente, en el último momento, evitando la consumación de su designio delictuoso mediante la perspectiva de exención de la pena atribuible al hecho que comenzó a ejecutar, acudiendo al brocárdico del “puente de oro para la retirada”, repetido a su hora por von Liszt y luego evocado en sentido crítico por Welzel (WELZEL, Hans: “Derecho Penal Alemán”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, p. 271).

Las censuras dirigidas a tal concepción, por ser “ajena a la vida” y no compadecerse con el derecho positivo vigente, según el propio Welzel y buena parte de la doctrina, condujeron a matizarla a través de la teoría de la gracia o el premio, fundada en que el desistimiento voluntario y eficaz borra la impresión jurídicamente perturbadora causada por el hecho en la comunidad, al tiempo que compensa la culpabilidad de la tentativa con el contrapeso de una actuación meritoria (JESCHECK, Hans-Heinrich: “Tratado de Derecho Penal - Parte General”, Comares, Granada, 1993, p. 488 y s., entre muchos otros). Para ello, tal corriente doctrinaria impone dos condiciones: un factor objetivo, el abandono definitivo del propósito delictivo, y otro subjetivo, el de la voluntariedad de tal renuncia (JESCHECK, H.-H.: op. cit., p. 492 ys.).

Roxin se inclina netamente por caracterizar al desistimiento como causa de exclusión de la responsabilidad, aunque admitiendo que la opinión dominante lo sitúa como causa personal de supresión de la punibilidad (ROXIN, Claus: “Derecho Penal - Parte General-Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, p. 976).

Frente a esas posturas, existen otras que, partiendo de bases ius-filosóficas muy diferentes y a partir de enfoques dogmáticos igualmente dispares, apuntan, en lo esencial, si bien se mira, a la revocación de la relevancia típica del comienzo de ejecución configurado por la tentativa.

Admite Karl Heinz Gössel que las teorías jurídicas, tales como la “teoría de la anulación” de Berner y Hälschner, “son nuevamente objeto de atención”, reconociendo “(e)l punto de partida correcto de estas

concepciones” consistente “en no considerar que la tentativa y el desistimiento se encuentran aislados; en principio, el desistimiento presupone una tentativa punible”, aunque, a su criterio, “el desistimiento en nada afecta el delito intentado, sino más bien lo presupone” (GÖSSEL, Karl Heinz, en MAURACH- GÖSSEL- ZIPF: “Derecho Penal – Parte General”, Astrea, Bs. As., 1995, T. 2, p. 71 y s.)

En el panorama del penalismo latinoamericano, el profesor Zaffaroni, quien otrora adscribiera a la estimación del desistimiento como una causal personal de exclusión de la pena, se pronuncia, a través de sus obras más recientes, por una cancelación lisa y llana de la fase del comienzo de ejecución. El juego de los artículos 42 y 43 del Código Penal argentino vigente posibilita esa afirmación. Si el primero de tales preceptos se alza como un dispositivo amplificador de toda tipicidad legal, el cual se conforma con el comienzo de la ejecución de un delito guiado por el fin de cometerlo, prescribiendo una pena reducida para el caso en que la falta de consumación obedezca a circunstancias ajenas a la voluntad del agente, el segundo se yergue como contrapunto que cancela la tipicidad de aquel dispositivo amplificador, en el caso de un desistimiento voluntario: “(a)unque la fórmula parece indicar que no se trata de un problema de atipicidad –pues la ley expresa que carece de pena el autor de tentativa– el desistimiento que opera sobre una tipicidad en curso la revoca, pues modifica la configuración del hecho: el desistimiento cancela el peligro de lesión y por ende, se trata de una etapa posterior atípica” (ZAFFARONI, E. R: - ALAGIA, A. - SLOKAR, A.: “Derecho Penal - Parte General”, Ediar, Bs. AS., 2000, p.803).

Ello, claro está, “dependerá siempre de la inexistencia de condiciones objetivas que impidan o dificulten gravemente la consumación, sin que sea relevante la motivación de la voluntad, ni los errores que la pudieran condicionar mientras el desistimiento como hecho pueda ser imputado como obra perteneciente al autor” p. 805 y s.). En otras palabras, “la imputación del desistimiento como hecho voluntario del agente tiene lugar cuando no está fundado en la operatividad de una acción especial de cualquier parte del sistema

punitivo, ni está coaccionado por un tercero” (ídem, p. 806). En conclusión, “(s)iempre que haya renuncia, por causa interna, a la continuación posible de la acción criminal, habrá desistimiento” (ibídem, p. 807).

Aunque, en términos generales, cuadre ubicarlo en posicionamientos doctrinales muy diferentes, el profesor alemán Günther Jakobs se expide en términos esencialmente análogos, al aseverar que, dado que “(l)a tentativa es la fase del quebrantamiento de la norma manifiesta, próxima al tipo”, “(c)uando el autor anula la proximidad al tipo y revoca lo manifiesto del quebrantamiento de la norma por propio impulso, la ley le concede la impunidad por desistimiento” (JAKOBS, Günther: “Derecho Penal - Parte General”, ‘Fundamentos y teoría de la imputación’, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 898).

Conforme a su visión, en una tentativa inacabada como la del caso que nos ocupa, “(e)l autor debe poner de manifiesto que su acción de tentativa era incorrecta, interrumpiendo... su actuar” (op. et loc. cit.). Y, aunque -con cita de Jescheck- discurre que “la plena impunidad en el Derecho vigente sólo cabe explicarla...por el afán del legislador de no cortar la retirada mediante la conminación penal” (ídem, p. 899), avanza hasta advertir que “(a)un cuando el desistimiento no puede hacer desaparecer la tentativa, sí es al menos el motivo para que cese la fase de la tentativa. Constituye, pues, en parte, el contrapunto de la tentativa, es decir, la **finalización imputable** de la tentativa” (ibídem, loc.cit.). Y remata aseverando: “La minimización del quebrantamiento de la norma tiene lugar en todos los escalones del delito. Se da fin a la realización del tipo (el dar comienzo directamente) y a la culpabilidad (la deslealtad a la norma). **El desistimiento es, pues, una modificación del hecho en todos los escalones del delito.** La caracterización usual como causa de exclusión de la pena es enteramente neutra, sin color” (op. cit., p. 900, la negrita nos pertenece).

Aun buena parte de los autores que insisten en visualizar al desistimiento como una fórmula político-criminal inspirada en el socorrido aforismo de Feuerbach, se rinde a la evidencia de que “no

**existe tentativa** cuando es el propio autor quien impide dicha consumación” (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio – ARROYO ZAPATERO, Luis – FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos – GARCÍA RIVAS, Nicolás – SERRANO PIEDECASAS, José Ramón – TERRADILLOS BASOCO, Juan: Curso de Derecho Penal – Parte General, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, p. 372), agregando – aún– que “(s)i el agresor hubiera fallado en su intento y necesitara reproducir su energía criminal para realizar otro posterior, bastará con que se retire para que **aquel comienzo de ejecución se tenga por no hecho, desapareciendo lo que era una tentativa inacabada** y obteniendo la impunidad a cambio de esa retirada” (ídem, op. et loc. cit.; la negrita nos pertenece).

**III.** En el caso sub júdice, guiándonos por las constancias del acta de debate y los resultandos de la sentencia impugnada, el encausado Rodríguez, ubicándose en el breve espacio existente entre la reja de seguridad del supermercado “Día” sito en Sanabria 2930 de esta ciudad y la puerta de dicho local, exhibió un cuchillo al empleado de dicho comercio Maximiliano Gabriel Ludueña, indicándole que se trataba de un robo y que le diera la plata, a lo que el interpelado le expresó que plata no había, reiterando aquél su exigencia y obteniendo idéntica respuesta. Ante ello, Rodríguez declinó su actitud, indicando al requerido que saliera junto a él. Según calculó el testigo, quien había comenzado su relato aclarando que “fue víctima de un hecho que no llegó a ser un robo”, toda esa escena habría ocurrido en el lapso de quince segundos.

Allí se separan los relatos, de un modo asaz relevante para nuestro cometido revisor: el imputado señaló que desistió de su plan ilícito por pensar en su familia y en las posibles consecuencias de su obrar, por lo que se disculpó con el agredido, se dio vuelta, salió caminando, cruzó la calle y, en tal situación, llegó un patrullero policial y lo detuvo; Ludueña, por su parte, negó tal expresión de disculpas y expresó que al salir, “justo pasó un patrullero al que le hace señas, por lo que el patrullero frena y lo detuvo”.

Contra lo sustentado por el Tribunal *a quo*, la versión del agente interventor Basterrex, plasmada en el acta de debate pertinente, otorga

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 12701/2014/TO1/CNC1

pleno apoyo a lo narrado por Rodríguez, puesto que puntualiza que, al pasar frente al supermercado de marras, salió “un masculino”, quien le informó que otro sujeto “le había robado”, señalándolo, “por lo que, luego de una persecución mínima, se logra su detención”.

Esa diferencia en el relato es fundamental, por cuanto –conforme a él– el encartado ya se había retirado del local y cruzado la calle, hallándose a no menos de treinta y cinco metros, si se repara en que el banco al lado del cual Basterrex detuvo al incuso se encuentra en la acera de enfrente respecto de la que ocupa el supermercado y a no menos de dos frentes de distancia. Tal circunstancia queda puntualmente confirmada por la posición adjudicada por el propio cabo Basterrex a los lugares en que dio la voz de alto a Rodríguez y en que lo detuvo, en el croquis de fs. 7, por él confeccionado, que fuera exhibido y ratificado en la audiencia, conforme emerge del acta de debate: a través del él queda claro que la detención se produjo en la acera de la numeración impar, vale decir, en la vereda opuesta a la del comercio donde Ludueña trabajaba, y a más de veinte metros de su frente.

Tal conclusión emerge diáfana de las propias constancias de las que el *a quo* se ha servido para sentenciar. Valga acotar, incidentalmente, que cualquiera podría corroborarla mediante el simple sistema Google Street View.

Luego, a estar a lo testimoniado por el policía deponente ante el Tribunal Oral, no fue la acción del particular ni la del personal policial lo que detuvo el *iter criminis*, sino que Rodríguez había comenzado a alejarse del lugar, cruzando la calle y marchando hacia la intersección de Sanabria con Pedro Lozano, cuando pasó el móvil policial frente al supermercado, recibiendo su dotación el relato de Ludueña, y procediendo a perseguir y detener al primero de los nombrados.

Aunque con lo dicho bastaría para abonar la hipótesis del desistimiento voluntario cabe aun interrogarse: ¿pudo Rodríguez continuar con su plan de conseguir “plata” ingresando al interior del supermercado? En principio, dado que lo aislaba parcialmente de la vía pública la cortina del negocio podría haber logrado desposeer al empleado de marras y a sus dos compañeros que, conforme el relato

prestado en el debate, observaban todo lo ocurrido, de sus pertenencias personales, o bien sustraer otros efectos de valor del comercio. Nada se ha acreditado en punto a que un particular o un agente del control social formal hubiera podido interferir en ese posible tramo, en el marco del obrar ilícito emprendido.

Como el recordado profesor Jakobs indica, “en el desistimiento, la pérdida de disposición a actuar suele ser asunto del autor (juzgado positivamente). Así, pues, el autor que cambia de parecer, que pierde el interés,...que no continúa actuando por ‘ira, desazón o disgusto sobre el curso causal, tal como se viene desarrollando’, o que se deja llevar por remordimientos de conciencia, etc., se comporta voluntariamente” (JAKOBS, G.: op. cit., p. 921). Lo cierto es que Rodríguez se fue de allí, cruzó la calle, y sólo fue interceptado ante las posteriores señas y la noticia del episodio –comenzado y concluido– por parte del empleado de mención.

Aquél y su defensa alegaron remordimiento y consiguiente arrepentimiento. Un tercero observador se inclinaría a pensar en la ira, desazón o disgusto sobre el curso de los acontecimientos, como señala el emérito de Bonn, con base en jurisprudencia de su país. Pero, en uno u otro caso, su retirada del lugar fue espontánea, a juzgar por la prueba rendida en el debate y plasmada en el acta pertinente.

Regresando a las enseñanzas del profesor Zaffaroni, por lo demás no es preciso “que el desistimiento deba responder a propia iniciativa del sujeto, porque debe admitirse un desistimiento voluntario por sugerencia o consejo de un tercero e incluso cuando se valga de un tercero como auxilio” (ZAFFARONI, E. R. et al: op. cit., p. 806). En este caso, ese fugaz auxilio no quedó siquiera probado; sí lo fue que Rodríguez se retiró y cruzó la arteria sin que hasta ese preciso momento hubiera interferido su acción la iniciativa de un tercero, particular u oficial.

**IV.** Obviamente, es menester reparar en que existió una agresión, configurada por la exhibición de un arma blanca por parte de Rodolfo Iván Rodríguez a Ludueña, y ese tramo fáctico logra encuadre en la última parte del artículo 104 del Código Penal. Frente a ello, cuadra también considerar que, "...cuando lo que quede subsistente sea un

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 12701/2014/TO1/CNC1

delito de peligro, como figura que anticipa una lesión, éste queda impune, pues faltará el requerimiento de lesividad impuesto por la tipicidad conglobante, que habrá quedado consumido por la tentativa desistida, porque entre la tipicidad de la tentativa y la del delito de peligro anticipatorio no media una relación de subsidiaridad, sino de consunción” (ídem, p. 812)

En base a tales consideraciones, voto por casar la sentencia recurrida y absolver a Rodolfo Iván Rodríguez del delito de robo agravado por el uso de arma en grado de tentativa por el que fue sometido a juicio, por aplicación del artículo 43 del Código Penal.

Por todo lo expuesto, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría,

### **RESUELVE:**

**RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por la defensa de Rodolfo Iván Rodríguez a fs. 293/305, y **CONFIRMAR** la decisión de fs. 272/290 en todo cuanto ha sido materia de recurso; sin costas (artículos 456, inciso 1º, 469 y 470, *a contrario sensu*, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; LEX 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

MARIO MAGARIÑOS

PABLO JANTUS

LUIS F. NIÑO  
-EN DISIDENCIA-

Ante mí:

PAOLA DROPULICH  
SECRETARIA DE CÁMARA