

Reg. n° 69/2016

En la ciudad de Buenos Aires, a los once días del mes de febrero de 2016, se reúne la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Luis M. García, Horacio Días y Eugenio C. Sarrabayrouse, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de queja por casación denegada interpuesto a fs. 134 / 144 en esta causa n° 18.137/13, caratulada “**Saladino, Luciano Jorge y otros s/ robo**”, de la que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 8, el 30 de marzo de 2015 (fs. 116 / 122), resolvió –en lo que aquí interesa– condenar a los imputados Sergio Ramón Ariel Álvarez y a Luciano Jorge Saladino a la pena de siete meses de prisión, por considerarlos coautores del delito de robo (arts. 45 y 164, CP). Los fundamentos de esta decisión fueron dados a conocer el 8 de abril siguiente (fs. 123 / 131).

II. Contra aquella sentencia la defensora oficial Verónica Blanco interpuso recurso de casación en beneficio de ambos imputados (fs. 134 / 144), que fue concedido según consta a fs. 145 y declarado admisible por la Sala de Turno (fs. 153).

III. La defensa encausó sus agravios por ambos incisos del art. 456, CPPN.

a. En primer lugar alegó errónea aplicación de la ley sustantiva en tanto la calificación escogida por el tribunal era incorrecta al calificarse el hecho como consumado, sin embargo nunca se completó el apoderamiento, toda vez que los imputados no pudieron disponer del botín, quedando solo en tentativa.

b. Luego, consideró que la sentencia no estaba debidamente fundada en cuanto a la pena. Sostuvo que el *a quo* valoró los antecedentes condenatorios de ambos imputados como agravante, con lo que vulneró los principios *ne bis in ídem* y del derecho penal del acto. A su vez, criticó que se considerara la violencia ejercida

durante el hecho en tanto ya había sido valorada para tipificar la conducta en la figura de “robo”.

Por último, expuso que el tribunal no valoró los atenuantes existentes, como la corta edad de Álvarez y su bajo nivel escolar, como así también su inserción temprana en el mercado laboral.

IV. En el término de oficina (fs. 157 / 160), la defensa reprodujo los fundamentos de hecho y derecho expuestos en el recurso. Sostuvo la imposibilidad de disponer de los bienes sustraídos por parte de los imputados y resaltó que un solo instante donde se los perdió de vista no es indicativo de un poder de disposición real.

V. En la audiencia prevista en los arts. 465 y 468, CPPN, compareció el defensor público Santiago Ottaviano, quien reprodujo los agravios sintetizados en los puntos anteriores.

VI. Finalizada aquélla, el tribunal pasó a deliberar, según lo establecido en el art. 469, CPPN, de todo lo cual se dejó constancia en el expediente (acta de fs. 166).

Efectuada la deliberación y conforme a lo allí decidido, el tribunal resolvió del siguiente modo.

CONSIDERANDO:

El juez Sarrabayrouse dijo:

1. Tal como surge de la síntesis efectuada, el principal argumento de la defensa cuestiona la calificación legal del hecho por el que fueron condenados Saladino y Álvarez al entender que el delito de robo había quedado en grado de tentativa (art. 42, CP).

Los colegas de la instancia anterior consideraron consumado el robo con los siguientes elementos:

a) La declaración de Eugenio Richetti Dimeo, quien refirió que salió corriendo por la calle Vidal de esta ciudad, con dirección a Mendoza y que lo propio hicieron los imputados por Moldes pero que no pudo interceptarlos al llegar a la intersección de aquellas calles porque Saladino y Álvarez tomaron el sentido contrario al que él suponía. Agregó que la persecución se prolongó por

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 18137/2013/TO1/CNC1

ciento cincuenta o doscientos metros y que no los observó siempre, pero los vio ingresar al edificio donde luego fueron detenidos (fs. 127 / 128).

b) El plano de fs. 11 incorporado por lectura.

2. En este sentido, los colegas de la instancia anterior, si bien enumeraron otras pruebas (declaración del policía Gutiérrez; actas de fs. 1 / 2, 3, 4, 5; testimonios de Núñez y Palmieri, testigos de actuación), para considerar que el hecho esta consumado, señalaron:

a) Richetti Dimeo, en un momento determinado, perdió de vista a los imputados porque los quiso interceptar y no pudo.

b) Los imputados tuvieron la efectiva disponibilidad del botín cuando estuvieron fuera del campo visual de Richetti Dimeo.

c) De haber tomado otro camino, los imputados no se habrían topado con el nombrado.

d) Los bienes fueron recuperados aunque en diferentes lugares.

3. En referencia a la cuestión planteada, Soler ya señalaba: *"...El problema de la tentativa tiene que ser resuelto en concreto, con referencia a la figura que se tiene en consideración, y por eso desde el comienzo hemos destacado el carácter relativo de los actos de ejecución. Esa relatividad es sobre todo referida a la figura delictiva que está en consideración: un criterio general y válido para todos los casos no solamente es imposible, sino que contraría el sentido de la necesaria tipicidad delictiva de toda acción, que hace del problema aquí tratado un problema estrechamente dependiente de la parte especial y de cada figura particular..."*¹

Por lo tanto, el análisis sobre el grado que alcanzó el *iter criminis* debe relacionarse necesariamente con cada figura delictiva en particular.

En lo que respecta al delito de robo, debe verificarse si el presunto autor del apoderamiento constituyó un poder fáctico de disposición sobre la cosa sustraída.

La doctrina nacional ha discutido largamente sobre el momento de la consumación del hurto y del robo (entendido éste como la figura agravada de aquél). Cómo ocurre en tantos temas del Derecho penal, las distintas concepciones

¹ Cfr. *Derecho Penal Argentino*, TEA, t. II, pp. 251 / 252; la cita ha sido tomada del voto del Dr. Hutchinson, sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego en autos "**Costa Bustamante**" del 17/9/1997, considerando 41).

tienen su fundamento en criterios enlazados con cuestiones más profundas; aquí qué alcance tiene el bien jurídico protegido en los arts. 162 y 164 del CP,²

Uno de los autores que con mayor profundidad trató el tema es Frías Caballero, quien tras repasar las diferentes posiciones, propuso como bien jurídico protegido la incolumidad del vínculo de poder efectivo que liga a las personas con las cosas que tienen consigo; se trata de un vínculo fáctico, positivo y real y como consecuencia de ello, el apoderamiento ha de consistir en la obtención real y efectiva por parte del ladrón de ese poder de disposición material del objeto sustraído. Al mismo tiempo, implica el bloqueo de esa posibilidad de disposición del objeto por parte de la víctima y su imposibilidad física de recuperarlo.³

Donna, por su parte, sostiene que el delito se integra de dos fases ejecutivas: el desapoderamiento de la cosa y la toma efectiva de poder por parte del ladrón; de esta manera, recién en este punto se consuma el delito. *"...Mientras el traspaso del poder efectivo a las manos del ladrón esté en condiciones reales de ser impedido, la lesión no está consumada. Sólo se puede hablar de consumación si el agente puede disponer materialmente de ella, aunque sea por unos breves instantes..."*⁴.

Por último, Creus ha considerado la consumación se perfecciona con la *"completividad del apoderamiento de la cosa, es decir, con la creación de las posibilidades de disposición de ella por parte del agente"*.⁵

4. Del resumen efectuado en el punto 2, surge que el tribunal *a quo* valoró parcialmente la prueba producida. La lectura del acta de fs. 1 / 2, cuya firma reconoció el policía Diego Maximiliano Gutiérrez, surge que, al momento del hecho, mientras circulaba por la Avda. Juramento *"...los transeúntes señalaron a dos sujetos que corrían por Moldes, como autores de un robo. Atento a ello, ingresaron por la calle Moldes en sentido contrario al tránsito, observando que los sujetos giraron a la derecha en Mendoza. Al llegar a dicha arteria, pudo ver a ambos sujetos, los cuales estaban parados frente al hall de un edificio, simulando que hablaban por el portero eléctrico..."*; tras detenerlos, Richetti Dimeo se acercó y entregó una mochila que había encontrada tirada en la

² Sobre esta discusión puede verse Carlos A. Tozzini, *Los delitos de hurto y robo*, Depalma, Buenos Aires, 2002, pp. 79-113.

³ Cfr. Tozzini, op. cit., pp. 95-96.

⁴ Cfr. Donna, Edgardo A., "Derecho Penal. Parte Especial", t. II-B, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 47.

⁵ Cfr. Creus, Carlos, *Derecho Penal, Parte especial*, T.I, Buenos Aires, Astrea, 1993, pp. 419/420.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 18137/2013/TO1/CNC1

calle Moldes (ver fs. 1 / 1 vta.). Además, el testigo reconoció las actas de fs. 1 / 2, 3, 4 y 5.

Ahora bien, si se analiza este testimonio junto con los dichos de Richetti Dimeo, y en particular, con el croquis de fs. 11, surge que los imputados en todo momento fueron perseguidos y vistos ya sea por transeúntes, la policía o el propio Dimeo, de tal manera que en ningún momento pudieron efectivamente disponer de los bienes que habían sustraído. En este sentido, el haber arrojado una mochila en el camino revela aún más la ausencia del poder de disposición sobre los objetos en cuestión.

En razón de lo expuesto, proponemos al acuerdo hacer lugar al recurso de casación presentado por la defensa, casar la sentencia recurrida, modificar la calificación del hecho, de acuerdo con el criterio expuesto y reenviar la causa al tribunal, para que fije una nueva pena de acuerdo con la escala prevista para el delito de robo en grado de tentativa. Sin costas (arts. 42, 164, CP y arts. 465, 466, 468, 469, 470, 530 y 531, CPPN).

5. La forma en que se propone resolver el caso, torna inoficioso el tratamiento del agravio referido a la graduación de la pena impuesta.

Tal es nuestro voto.

El juez Días dijo:

Adhiero al voto del colega preopinante por compartir en lo sustancial sus argumentos.

El juez García dijo:

Concuerdo en lo sustancial con las consideraciones del juez Sarrabayrouse, aunque creo pertinente presentar algunas aclaraciones sobre la naturaleza del error en que ha incurrido el *a quo*.

Entiendo que el agravio que la defensa plantea no reconduce a un posible error la aplicación de la ley sustantiva, que define el supuesto de hecho del art. 164 CP, ni tampoco de un error sobre el sentido y alcance del art. 42 CP.

En la sentencia se ha expresado que “Se advierte [...] del análisis del testimonio [de Eugenio Ricchetti Dimeo] y del plano incorporado, que [...] Álvarez y Saladino tuvieron efectiva posibilidad de disponer del botín durante el lapso de tiempo que estuvieron fuera del campo visual de Richetti Dimeo; más

aún, [...] de haber tomado otro camino, no hubieran vuelto a tropezar con el nombrado, circunstancia ésta que fue la que a la postre possibilitó su detención”. A continuación se expresó que, “si bien se recuperó el botín en su totalidad, no menos cierto es que una parte fue recuperada a la vuelta del lugar de detención, - en el camino realizado por los imputados- y luego de haber sido perdidos de vista tanto por la testigo Jalil como por el testigo Richetti Dimeo, quien específicamente [...] en la audiencia contó que en la creencia de que iban a doblar hacia un lado fue que corrió en una dirección en la cual los imputados nunca fueron, habiéndolos perdido en ese interín de vista” (SIC).

Si bien se mira, según el tribunal *a quo*, el apoderamiento en que consiste el robo se consuma cuando se tiene la “efectiva posibilidad de disponer del botín”. Sobre esto la defensa no ha presentado una discrepancia sustantiva, ni ofrecido una crítica puntual. En rigor, la tesis de la defensa reside en que los ladrones no habrían tenido -en las circunstancias del caso- efectiva posibilidad de disponer del objeto del robo. De suerte que la sustancia de su agravio no cae estrictamente bajo un motivo de casación sustancial del art. 456 CPPN, pero debe en todo caso ser objeto de examen pues lo que se impugna es una sentencia de condena, contra ella cabe casación con el alcance más amplio que fijado por la Corte Suprema en el caso de Fallos: (“Casal, Matías Eduardo”). Por lo que expondré, el error del *a quo* reposa en una inadecuada apreciación de los elementos de prueba, que valorados de modo conjunto y confrontados entre sí permiten concluir que los ladrones no alcanzaron la consumación.

A este respecto, las afirmaciones de que los ladrones fueron perseguidos poco o mucho trecho sin solución de continuidad, o que fueron perdidos de vista en la persecución durante corto o relativamente largo trecho, apelan al sentido común pero son engañosas si no se confrontan con el desarrollo de la ejecución del hecho en el caso concreto.

Evoco aquí decisiones anteriores en otra función (como juez del Tribunal Oral en lo Criminal n° 9 en la sentencia de la causa n° 1950, “*Abagnalé*”, sent. de 25/11/2004, y como juez subrogante de la Cámara Federal de Casación Penal al votar en la causa n° 9305 de la Sala II, “*Barrios, José Andrés o Gómez, Roberto s/recurso de casación*”, rta. el 27/05/2010, Reg. 16.491). Entonces he dicho que en

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 18137/2013/TO1/CNC1

los casos de los arts. 162 y 164 CP la tentativa o la consumación no se define por mediciones de minutos o segundos, o de metros o kilómetros de persecución, sino por la determinación de si el agente ha logrado constituir un poder fáctico de disposición sobre la cosa sustraída, o sólo sustraerla sin consolidar tal poder. Y así, advertí que en el primer caso habrá consumación, mientras que en el segundo el hecho permanece en el ámbito de la tentativa, pues las acciones furtivas, y las de robo, no consisten en una simple sustracción, sino en un “apoderamiento” según la letra de los arts. 162 y 164 CP.

Puntualicé también que para que pueda sostenerse que se ha logrado constituir un poder sobre la cosa sustraída, las mediciones no son decisivas. Lo decisivo es determinar si desde el punto de vista objetivo el ladrón estaba ya en una situación en la cual, si hubiese querido, hubiese podido disponer de la cosa sin que terceros se lo impidan, y desde el punto de vista subjetivo, si tenía conciencia de que ya estaba en condiciones de hacerlo.

A partir de este marco observo que según consta en el acta de debate el testigo Richetti Dimeo estaba comiendo en un restaurante, vio que entraron dos muchachos que vendían curitas, que salieron, que entraron a un local de cotillón ubicado junto al restaurante, que “al ratito” salió una chica gritando que le habían robado, que vio a los mismos muchachos corriendo, y que el deponente decidió salir hacia Vidal y llegó a la esquina de Mendoza, tratando de interceptarlos, aunque no lo logró porque doblaron por Mendoza. Dijo también que vio que “se quedan en un edificio y de repente aparece un patrullero, al que le señala a los dos muchachos”, y que fueron detenidos. Consta en el acta que el testigo a preguntas aclaró que no todo el recorrido lo hizo persiguiendo a los sujetos, ya que él tomó por otra esquina intentando interceptarlos al doblar por la esquina, pero en lugar de doblar hacia dónde él estaba lo hicieron hacia el otro lado, sin perjuicio de lo cual los vio ingresar a un edificio. Y que se quedó allí hasta que llegó el móvil al que señaló a los imputados. Se tomó nota también de que en la audiencia se exhibió al testigo el plano de fs. 11, que reconoció haber dibujado de su mano, y que en él señaló la ubicación del restaurante donde estaba comiendo, el local de cotillón y el recorrido que él hizo, el que hicieron los ladrones, el lugar de

detención y el lugar “en que estaba la mochila que tiraron”. Según consta en el acta estaba tirada a unos cincuenta metros de donde los detuvieron (confr. fs. 118 vta.).

El plano de fs. 11 es un dibujo a mano alzada, donde se aprecia el recorrido que hizo el testigo, según señaló allí, desde media cuadra de Juramento, hacia Vidal, por allí dobló a la derecha hasta Mendoza, y nuevamente por Mendoza concretó el recorrido hasta Moldes. Marcó allí los que identifica en el plano como “delincuentes” corrieron por Juramento en la dirección contraria, hacia Moldes, doblando a la izquierda, doblaron una cuadra por ésta, hasta Mendoza, y doblaron a la derecha por Mendoza, aventajando al testigo por haber recorrido una distancia más corta. También consta en el plano que en la huida se despojaron de una mochila, sobre Moldes, a mitad de cuadra.

Según se recoge en la sentencia el policía Diego Maximiliano Gutiérrez pudo recordar de su intervención que circulaba en un móvil, que algunas personas le habían dado noticia de un robo y le habían indicado una dirección, que continuaron en el móvil hasta la calle Mendoza esquina Moldes, donde otro grupo de personas señaló a dos chicos que caminaban como los autores del hecho. Dijo no recordar más detalles más allá de que los revisaron y reconoció su firma en las actas de detención y secuestro de fs. 3, 4 y 5, que ubican el procedimiento en Mendoza 2656 (confr. acta, fs. 119).

Con ello, vuelvo a las circunstancias fácticas: los ladrones corren en una dirección, y el viandante que comprende inmediatamente lo que sucede en el local de al lado no sale tras ellos en su persecución, sino que intuye que darán la vuelta a la manzana y con esa corazonada toma la dirección contraria para cortarles el paso. Deja de verlos cuando inicia su giro táctico, pero cuando llega a Mendoza vuelve a verlos.

El *a quo* sostiene que durante ese breve lapso, en que no tuvo a la vista a los ladrones, éstos tuvieron posibilidad fáctica de disponer del botín. Sin embargo la consumación no depende de que un testigo presencial los tenga bajo su vista, sino de que efectivamente consoliden un poder fáctico de disposición, y pasa por alto varios detalles del desarrollo del hecho que evidencian que los ladrones no sentían haber consolidado aún poder de disponer de las cosas sustraídas, y continuaban su carrera con el fin de consolidar ese poder. A tal punto

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 18137/2013/TO1/CNC1

se sentían perseguidos que se despojaron de una mochila sobre la calle Moldes, antes de llegar a Mendoza, y siguieron la carrera y se escondieron en la entrada de un edificio, donde fueron efectivamente aprehendidos, y recuperados todos los bienes objeto del despojo (confr. acta de fs. 5). Si se sintieron forzados a abandonar en su carrera una mochila, no puede sostenerse que habían consumado un poder fáctico de disposición sobre lo robado, al contrario, seguían tratando de huir, ocultarse y así consolidar ese poder que hasta ese momento no se representaban tener. Una vez que se ocultaron en la entrada de un edificio en el que no moraban, no contaron ya con posibilidad fáctica de disponer de la parte del botín que aún conservaban. Aunque el policía Gutiérrez no pudo evocar mucho, refuerza sin embargo la idea de la inmediatez de la intervención policial, porque ciertos transeúntes le dieron noticia del hecho en un lugar en el que ya no estaba Richetti Dimeo, y circulando en el móvil llegaron a Mendoza, esquina Moldes, donde otros pasantes le señalaron a los imputados.

El argumento de la sentencia según el cual de haber tomado otro camino, los ladrones no habrían vuelto a tropezar con el señor Richetti Dimeo, “circunstancia ésta que fue la que a la postre posibilitó su detención” es un argumento contrafáctico de ningún valor. Porque de lo que se trata no es de imaginar de qué otro modo, o por qué otra vía, podrían los ladrones haber intentado la fuga y con ella la consumación, sino del modo en que efectivamente lo concretaron. Y lo que hicieron no les permitió consolidar el poder de disposición que consuma el apoderamiento.

De esta manera, ha de considerarse que el robo no alcanzó la consumación pues los ladrones no sólo no tuvieron ocasión temporal de disponer del botín, sino que, objetivamente, no lo hicieron.

Concuerdo pues a la solución que viene propuesta.

Ello impone el reenvío del caso para que se determine la medida de la pena de acuerdo a la ley que se declara aplicable (art. 470 CPPN).

Así voto.

En razón del acuerdo que antecede, **la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa de Luciano Jorge Saladino y Ramón Ariel Álvarez, **CASAR** la sentencia recurrida, **MODIFICAR** la calificación del hecho de acuerdo con el criterio expuesto y **REENVIAR** la causa al tribunal para que fije una nueva pena de acuerdo con la escala prevista para el delito de robo en grado de tentativa. Sin costas (arts. 42, 164, CP y arts. 465, 466, 468, 469, 470, 530 y 531, CPPN).

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

Eugenio C. Sarrabayrouse

Luis M. García

Horacio Días

Ante mí:

Paula Gorsd

Secretaria de Cámara

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 18137/2013/TO1/CNC1