

////nos Aires, 9 de septiembre de 2016.

Y VISTOS Y CONSIDERANDOS:

I.- En el marco del artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación, trataremos el recurso interpuesto por la defensa de *P. J. T.* a fs. 93/94, contra el punto I del auto de fs. 81/86 que lo procesó como autor del delito de tentativa de robo, agravado por el uso de un arma (arts. 42, 45 y 166 inciso 2° del Código Penal).

II.- *El juez Mario Filozof dijo:*

N. G. J. refirió que el 7 de agosto pasado, alrededor de las 7:20 horas, mientras caminaba junto a *F. X. B.* por la calle, altura, fueron abordados por el imputado, que tomó con sus manos el morral que llevaba cruzado en su pecho y le dijo: “*Dame todo*”. Ante su negativa, extrajo de entre sus ropas un cuchillo de grandes dimensiones que rozó contra el pavimento generando chispas y entre insultos, los incitó a pelear (ver fs. 12). Mientras procuraban escapar, a los pocos metros, se cruzaron con dos policías a quienes alertaron de lo ocurrido, los que finalmente detuvieron a *T.*

En similares términos declaró *B.* a fs. 13.

Los preventores *Christian Ortiguera* y *Sergio Padilla* observaron al indagado raspando un cuchillo sobre el asfalto y provocando a pelear a dos jóvenes quienes les indicaron que instantes antes, éste había intentado desapoderarlos de un bolso (cfr. fs. 4/5 y 11).

El circunstanciado relato del denunciante y su acompañante, de quienes no se advierten motivos que permitan inferir un interés de perjudicar a *T.*, cohonestado con los del personal policial, sumado al secuestro en poder de aquél de un elemento cortante, con una hoja de metal de aproximadamente 20 centímetros (ver fs. 7, 31 y 32), conforma un cuadro de convicción suficiente, para acreditar, con el grado de provisoriedad que caracteriza a esta etapa, la materialidad del hecho y la intervención del imputado.

Tengo para mí, que “ejecutar” proviene del latín “*exsecutio*” y define el efecto de iniciar un proceso.

En el derecho penal un delito no aparece de improviso, va desde que el sujeto piensa en cometerlo hasta su consumación (“*iter crimins*”).

Lo que permanece en el fuero interno no ingresa en el campo sancionatorio (“las ideas no se matan”) pero cuando el acto se exterioriza hay cuanto menos, inicio de la acción, al menos en esta ocasión donde mediante expresiones verbales se pretendió le sea entregada la cosa ajena y fueron acompañadas de actitudes intimidantes.

Hasta aquí está acreditado que el indagado con gesticulaciones de producir un daño a otra persona, tras haber tomado con sus manos el morral del denunciante, generó un acto material que tiende a perpetrar la actividad reprimida por la ley penal.

Esto es, hubo principio de ejecución del acto típico.

De todos modos se trata éste de un estadio preliminar y las críticas que concreta quien recurre son a todas luces de aquéllas que deben plantearse en la etapa del debate con los principios de oralidad, inmediación y contradictorio que la gobiernan.

En relación al último de los agravios, la cuestión a dilucidar radica en determinar si *T.* -como destinatario de la norma- pudo comprender la ilicitud de su conducta.

Si bien del informe agregado a fs. 18 surge que aproximadamente cuatro horas después del hecho se hallaba “*somnoliento, parcialmente orientado, hostil, querellante, cuadro compatible con ingesta de alcohol y tóxicos*”, no puede soslayarse que al formalizarse su detención, se dejó constancia que se encontraba en aparente estado normal (ver fs. 6vta.).

A ello se agrega que al ser aprehendido brindó sus datos filiatorios, incluso su DNI, fecha de nacimiento, estado civil y el nombre de sus padres (ver fs. 1/2 y 6).

De la mecánica del suceso, en especial la selección de su objetivo y la posterior exhibición de un arma de modo intimidante frente a la negativa del damnificado de entregar sus pertenencias, como de la conducta desplegada con posterioridad, no se desprenden, de momento, elementos que indiquen inequívocamente una ausencia de culpabilidad y por el contrario, permiten inferir un control, dominio y comprensión de sus acciones, inconciliable con el cuadro que el recurrente alega.

En consecuencia, en atención a que eventualmente con la incorporación de los informes pendientes el procesamiento podría ser revocado aún de oficio, voto por confirmar la decisión apelada.

El Juez Luis María Bunge Campos dijo:

Entiendo que la conducta atribuida a T., conforme la descripción que hicieran el denunciante y su acompañante no constituye un principio de ejecución del delito atribuido.

Ello así por cuanto no se trata de un acto idóneo e inequívoco para provocar la lesión al bien jurídico, siguiendo al proyecto de Soler de 1960. En ese sentido Welzel enseña que “La tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo” (“Derecho Penal Alemán” § 24, III). Para Roxin “La tentativa es la creación, a través de medios materiales, de un peligro que, enjuiciado sobre la base de la representación del autor, resulta próximo a la realización típica...” (Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, trad. de Diego Luzón Peña y otros, Civitas, Madrid, 2014, § 29, I, 1, p. 434). Cabe hacerse la pregunta si, la actividad descrita es una relación inmediata con el tipo del robo por el que ha sido procesado; ya que dicha conducta no resulta inequívocamente dirigida al desapoderamiento propio de esa figura, o al menos, si tienen una proximidad con la realización del tipo. Los actos propios del comienzo de ejecución deben estar inequívocamente destinados a lesionar el bien jurídico, y, por otra parte, ser idóneos para provocar tal lesión. En este supuesto la expresión “*dame todo*” se encuentra aislada ya que no se

acompaña de ningún acto idóneo para la realización del tipo penal, porque la conducta siguiente consiste en desafiar a pelear a las supuestas víctimas, lo que no resulta próximo a la realización típica propia de la tentativa.

En razón de los argumentos expuestos corresponde revocar el auto apelado y disponer su sobreseimiento en los términos del artículo 336, inc. 2° del Código Procesal Penal de la Nación, ya que el suceso denunciado no ha superado la etapa de los actos preparatorios de un hecho indeterminable, y por regla general no punible.

Así voto.

El juez Mauro A. Divito dijo:

Intervengo en la presente en virtud de la disidencia planteada entre mis colegas. Tras escuchar el audio y haber participado de la deliberación, sin tener preguntas que formular, estoy en condiciones de emitir mi voto.

La controversia suscitada entre los colegas remite a considerar si en el caso el hecho atribuido al imputado importó el comienzo de ejecución de una acción típica -como lo sostiene el juez Filozof- o, por el contrario, se trató de meros actos preparatorios -como lo entiende el juez Bunge Campos-.

Dicha cuestión impone recordar que “la tentativa comienza con aquella actividad que inicia un curso de acción peligroso para la lesión del bien jurídico (comienzo de realización del tipo del delito) según el plan concreto del autor...”, en función de lo cual “el comienzo de ejecución del delito no es estrictamente el comienzo de ejecución de la acción señalada objetivamente por el verbo típico ... sino que también abarca los actos que, conforme al plan del autor ... son inmediatamente anteriores al comienzo de la ejecución de la acción típica e importan objetivamente un peligro para el bien jurídico...” (Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, “Derecho Penal. Parte General”, Ediar, Buenos Aires, 2002, ps. 828/829).

Desde esa perspectiva, estimo que la conducta de tomar con las manos el morral que el damnificado llevaba sobre su pecho debe ser considerada, objetivamente, como el inicio de la acción de “apoderarse”, descrita mediante el verbo típico que contemplan los arts. 162 y ss. del Código Penal, y que la mención que en ese momento el imputado habría formulado -“dame todo”- evidencia que esa era, precisamente, su intención.

Por estas razones, considero que en el caso se ha verificado el comienzo de ejecución de un delito contra la propiedad, en los términos previstos por el art. 42 del citado ordenamiento, sin perjuicio de la calificación legal que en definitiva corresponda aplicar.

En consecuencia, y puesto que comparto las demás consideraciones que el juez Filozof ha formulado en torno de la culpabilidad del imputado T., adhiero a la solución que él propone. Así voto.

En virtud del Acuerdo alcanzado, el Tribunal **RESUELVE**:

CONFIRMAR el punto I del auto de fs. 81/86 en cuanto fuera materia de recurso de apelación.

Se deja constancia que el juez Julio Marcelo Lucini titular de la Vocalía n° 7 no interviene en la presente por hallarse en uso de licencia y los jueces Luis María Bunge Campos y Mauro A. Divito, lo hacen como subrogante de la Vocalía n° 3 y Vicepresidente 2° de esta Cámara respectivamente.

Mario Filozof

Luis María Bunge Campos

Mauro A. Divito

- en disidencia -

Ante mí:

Andrea Verónica Rosciani

Prosecretaria de Cámara

En se libraron cédulas electrónicas. Conste.-