

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73924/2016/TO1/CNC1
Reg. n°1005/2018

/la ciudad de Buenos Aires, a los 24 días del mes de agosto de 2018, se reúne la **Sala II** de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Daniel Morin, Eugenio C. Sarrabayrouse y Horacio L. Días, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 242/275vta., por la defensa de **Lucas Gastón Galano** en la presente causa n° **73924/2016/TO1/CNC1**, caratulada **“GALANO, Lucas Gastón s/ recurso de casación”**, de la que **RESULTA:**

I. Por sentencia del 15 de marzo de 2017 el juez del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 25 Rodolfo Bustos Lambert, de forma unipersonal resolvió, en lo pertinente: **“I) RECHAZAR** el planteo formulado por la defensa de declarar la nulidad del procedimiento de detención y requisa del imputado Galano. **II) CONDENAR a Lucas Gastón GALANO** de las restantes condiciones personales consignadas en el exordio, por resultar autor penalmente responsable del delito de hurto simple, en grado de tentativa, a la pena de **DOS MESES DE PRISION DE EFECTIVO CUMPLIMIENTO Y AL PAGO DE COSTAS PROCESALES.** (arts. 29 -inc. 3, 42, 45 y 162 del Código Penal). **III) IMPONER a Lucas Gastón GALANO la PENA UNICA DE TRES AÑOS Y DOS MESES DE PRISION, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS,** comprensiva de la pena mencionada en el punto dispositivo I de este fallo y de la pena de tres años de prisión en suspenso que con más las condiciones del art. 27 bis, inc. 1° del Código Penal por el mismo término y costas, le impusó con fecha 31 de octubre 2013, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 6 de esta Ciudad, en la causa n° 1974 por considerarlo autor penalmente responsable del delito de expendio de moneda extranjera falsa, dos hechos, uno de ellos consumado y el otro en grado de tentativa, ambos en concurso real entre sí, cuya

condicionalidad se revoca en este acto. (art. 58 del CP)” (cfr. fs. 204/vta. y 208/231vta.).

II. Contra esa resolución, la defensora oficial Laura Isabel Ayala interpuso un recurso de casación (cfr. fs. 242/275vta.), que fue concedido por el *a quo* (cfr. fs. 276/277).

III. La impugnación fue debidamente mantenida ante esta instancia (cfr. fs. 281) y luego los integrantes de la Sala de Turno decidieron otorgarle al recurso presentado el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (cfr. fs. 283).

IV. Sorteada esta Sala II, en el término de oficina, previsto por los arts. 465, cuarto párrafo, y 466, CPPN, se presentó el defensor público oficial, Mariano Patricio Maciel, quien reprodujo los agravios plasmados en el recurso de casación y amplió determinados aspectos que consideró relevantes para sostener las críticas dirigidas contra la resolución cuestionada (cfr. fs. 286/295vta.).

V. Superada la etapa contemplada en el art. 468, en función del 465 último párrafo, CPPN, las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas.

Y CONSIDERANDO:

El juez Morin dijo:

1. Tal como surge de la sentencia, con la prueba recibida durante la audiencia de debate y aquella incorporada mediante lectura o exhibición por acuerdo de partes, el magistrado interviniente tuvo por acreditado que “[e]l nombrado Lucas Gastón Galano intentó apoderarse ilegítimamente de veintiséis (26) desodorantes a bolilla, diecisiete (17) marca “Dove” y nueve (9) marca “Rexona”, del interior del local “Farmacity” ubicado en la Av. Cramer 2301, de esta Ciudad, el día 10 de diciembre de 2016, siendo aproximadamente las 20:00 horas, al guardar los mencionados desodorantes en una bolsa de color naranja y negra y querer retirarse del comercio sin abonarlos.

Dicho accionar fue advertido por Manuel Coronel Rosario, empleado de seguridad de Farmacity, quien a través de los monitores que muestran las imágenes de las cámaras de seguridad, logró observar el momento exacto con que Galano tomó los desodorantes para luego intentar retirarse sin abonarlos. Al detener al imputado le

exigió que el exhibiera el contenido de la bolsa en cuestión logrando ver debajo de un buzo allí guardado los elementos sustraídos.

Inmediatamente, la encargada del local Giselle Ramírez solicitó asistencia policial la cual a su arribo procedió a la detención de Galano y el secuestro de los 26 desodorantes y la bolsa color naranja y negra”.

2. El hecho fue calificado como constitutivo del delito de hurto en grado de tentativa (arts. 42 y 162 del Código Penal).

3. La defensa expuso como motivos de agravio: **1)** Nulidad de la sentencia. El rechazo del instituto de la conciliación (art. 59 inc. 6°, CP); **2)** Arbitrariedad en la valoración de la prueba para rechazar las nulidades absolutas impetradas. Afectación a derechos y garantías constitucionales; **3)** Arbitraria valoración de la prueba: con relación a la materialidad del hecho que se tuvo por probado, de la intervención de Galano en el suceso y de la repercusión de ello respecto de la adecuación de la conducta al tipo penal de hurto. Errónea interpretación y aplicación de las normas legales que imponen el método de la sana crítica racional para la valoración probatoria; **4)** Exceso de jurisdicción. Imposición de una pena única superior a la solicitada por la acusación; y **5)** Arbitraria mensuración de la pena única impuesta. Método compositivo.

4. Sin perjuicio del orden en el que fueron introducidos los agravios, de cierto desorden que se advierte en la presentación en tanto en diversos puntos se entremezclan alegaciones que parecieran atinadas a cuestiones probatorias, con disquisiciones de orden jurídico, se comenzará por el tratamiento del vinculado a este último aspecto, toda vez que ello determinará la suerte de las restantes alegaciones.

Así, la defensa sostuvo que *“en el plano jurídico puede aseverarse que [la conducta de Galano] era atípica tanto desde el aspecto objetivo como desde el subjetivo –que puede reconstruirse a partir de sus dichos en indagatoria tanto en sede de instrucción como en la audiencia de debate–”.*

Mencionó que *“al momento de llevarse a cabo su detención, Galano no estaba realizando ni había realizado ninguna conducta que habilitara la restricción de su libertad, se encontraba en la línea de cajas, como lo hace cualquier persona que ingresa a comprar a este tipo de comercio.*

En definitiva, concluyó que “*quedó absolutamente demostrado que no existió principio de ejecución de delito alguno*”.

En esa línea de argumentación, destacó que la prueba producida no permite afirmar la existencia de datos objetivos que justifiquen que Galano hubiera comenzado la ejecución de un delito.

Indicó que ni siquiera podía verificarse la realización de actos preparatorios, pues su asistido únicamente tomó los desodorantes de las góndolas y los colocó dentro de su bolsa, conducta propia de cualquier persona que compra en un comercio de estas características, y se encontraba en la línea de cajas para abonar.

Asimismo, sostuvo que tampoco podía extraerse de la prueba colectada, cuál habría sido el plan del autor y concluyó que, en definitiva, no podía demostrarse con la certeza que requiere toda sentencia condenatoria, que Galano comenzó a ejecutar un delito, ni desde la faz objetiva ni desde la subjetiva.

5. Al respecto, y tal como se sostuvo en el precedente “Alfonso Bravo”¹, cabe decir en primer lugar que siempre resulta difícil establecer, en los casos concretos, el momento exacto en que la ejecución de un determinado plan para cometer un delito supera el campo de los actos preparatorios e ingresa al terreno de la tentativa.

En este sentido, se ha dicho que esta cuestión es una de las dificultades tradicionales en el campo de tensión de las discusiones sobre el fundamento penal de la tentativa².

En el marco de esa discusión doctrinaria, distintas teorías han intentado establecer cuál resultaba el parámetro más adecuado para fijar el límite referido –entre ellas: la formal objetiva; la material objetiva y la subjetiva–.

La que cuenta con mayor apoyo en la actualidad es la conocida como “teoría objetivo individual”³, que vincula aspectos objetivos y subjetivos de la conducta, y determina que “la tentativa

¹ Cfr. causa n° 70833/2014/TO1/CNC1 “Alfonso Bravo”, rta. el 16/9/16, reg. n° 718/2016, Sala II, CNCCC.

² STRATENWERTH, GÜNTER; Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible. Hammurabi, 4° ed., Buenos Aires, 2005, p. 336.

³ También denominada “mixta” u “objetivasubjetiva”.

comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo (...).

Siempre hay que partir de la acción típica del tipo delictivo particular (sustraer, robar con fractura, matar, etc.) (...). A esto se agrega la comprobación individual de si el autor, de acuerdo a la disposición de su plan delictivo, se puso en actividad inmediata a la realización típica (...).

Lo que es siempre importante es que el enjuiciamiento del principio de ejecución resulta sobre la base del plan individual del autor (teoría objetiva individual), y no desde el punto de vista de un observador hipotético que no conoce el plan delictivo (teoría objetiva general). Ya que las vías para la realización del delito son de variedad ilimitada, el principio de ejecución depende siempre del plan individual del autor⁴.

La descripción fáctica fijada en la sentencia estableció que *“El nombrado Lucas Gastón Galano **intentó apoderarse ilegítimamente de veintiséis (26) desodorantes a bolilla, diecisiete (17) marca “Dove” y nueve (9) marca “Rexona”, del interior del local “Farmacity” ubicado en la Av. Cramer 2301, de esta Ciudad, el día 10 de diciembre de 2016, siendo aproximadamente las 20:00 horas, al guardar los mencionados desodorantes en una bolsa de color naranja y negra y querer retirarse del comercio sin abonarlos.***

*Dicho accionar fue advertido por Manuel Coronel Rosario, empleado de seguridad de Farmacity, quien a través de los monitores que muestran las imágenes de las cámaras de seguridad, logró observar el momento exacto con que Galano **tomó los desodorantes para luego intentar retirarse sin abonarlos.** Al detener al imputado le exigió que el exhibiera el contenido de la bolsa en cuestión logrando ver debajo de un buzón allí guardado los elementos sustraídos”* (el resaltado me pertenece).

⁴ Cfr. WELZEL, HANS; Derecho Penal Alemán. Parte general. 11° ed., Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976, p 263/264. En el mismo sentido: FARRÉ TREPAT, ELENA; La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia, Librería Bosch, Barcelona, 1986, p. 171; JESCHECK, HANSHEINRICH; Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen II, Ed. Bosch, 3° ed, Barcelona, 1981, p. 706 y ss; y Stratenwerth, *opus cit.*, p. 336.

Sin embargo, se advierte que la descripción de los hechos transcripta precedentemente presenta algunas imprecisiones.

Los testigos Ramírez y Coronel, al declarar en el juicio, coincidieron en que Galano se encontraba haciendo la fila para llegar a las cajas del comercio, esperando su turno para abonar y que, antes de que ello ocurra, el imputado fue separado por el personal de seguridad que prestaba servicios en el local.

En lo que concierne a este punto, el *a quo* sostuvo que *“este comportamiento del guardia de seguridad demuestra una cierta ingenuidad y desconocimiento del derecho que ahora es utilizado en esta etapa por el imputado para tratar de desacreditar la prueba de cargo pero que a criterio del suscripto le es totalmente adversa.*

Hubiera sido más fácil dejarlo pasar por la línea de caja y cuando llegaba a la puerta del local retenerlo y dejar que la policía se encargue, sin siquiera tener que discutir con el incuso”.

Ciertamente, aquí lo que importa no es debatir acerca de qué es lo que “hubiera sido más fácil”, sino lograr establecer –con la certeza que requiere una sentencia condenatoria– qué es lo que efectivamente sucedió en el caso bajo estudio.

La afirmación del magistrado deja al descubierto que, por la manera en que se desarrollaron los hechos, no existió –a su entender– un comienzo de ejecución, pues puso de relieve que para que ello ocurriera, Galano debió haber pasado por la línea de cajas, pese a lo cual, le quitó entidad a dicha circunstancia y desechó el planteo efectuado por la defensa en este aspecto.

Bajo estas circunstancias, no resulta viable sostener –siguiendo la teoría mayoritaria antes mencionada– que Galano se haya puesto *en relación inmediata con la realización del tipo delictivo*, en este caso, el hurto, toda vez que mal se podría afirmar que intentó retirarse del comercio sin abonar los productos, en un contexto en el que, siquiera, llegó a la caja.

Así, teniendo especialmente en cuenta las características propias de “Farmacity” –una farmacia que funciona con el sistema de auto-servicio– y la conducta desplegada por el imputado –quien tomó

los productos de las góndolas, los colocó en una bolsa y luego se dirigió hacia el sector de cajas, siendo separado antes de su turno por personal de seguridad—; luce desacertada la tesis según la cual, en el caso, existió un comienzo de ejecución del delito de hurto.

En suma, cabe concluir que resulta infundada la ponderación realizada por el *a quo* al considerar que efectivamente el hecho que se tuvo por probado en la sentencia superó la etapa de los actos preparatorios e ingresó en el campo de la tentativa.

En función de lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Lucas Gastón Galano, casar la sentencia recurrida y absolver al nombrado del delito por el que fue requerida la elevación a juicio; sin costas.

Teniendo en cuenta la solución a la que se arribó, resulta inoficioso el tratamiento de los restantes agravios introducidos por la parte recurrente.

Así voto.-

El juez Sarrabayrouse dijo:

1. Coincido con el voto del juez Daniel Morin en cuanto a que, de la totalidad de agravios planteados por la defensa, el central es el que apunta a demostrar la atipicidad de la conducta porque no habría existido comienzo de ejecución de ningún delito.

Sentado esto, adhiero al voto del colega por concordar con su análisis y con la solución que propone, de acuerdo con lo sostenido en el precedente “**Allievi**”⁵. En definitiva, el razonamiento a través del cual el *a quo* concluye que la acción de Galano excedió la fase preparatoria no se encuentra adecuadamente fundado.

2. En virtud de lo expuesto, el tratamiento de los restantes agravios planteados deviene inoficioso y corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, casar la sentencia recurrida y absolver a Lucas Gastón Galano por el hecho endilgado, sin costas (arts. 456, 465, 468, 469, 470, 471, 530 y 531, CPPN).

⁵ Sentencia del 12.11.15, Sala III, jueces Garrigós de Rébora, Jantus y Sarrabayrouse, registro n° 650/15.

En razón del mérito del acuerdo que antecede, la Sala II 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 Lucas Gastón Galano a fs. 242/275vta., **CASAR** la sentencia puesta en crisis y **ABSOLVER** a Lucas Gastón Galano del delito por el que fue requerida la elevación a juicio; sin costas (arts. 456, 469, 470, 530 y 531, CPPN).

Se deja constancia de que conforme surgió de la deliberación y en razón de la solución propuesta por los jueces votantes, el juez Horacio Días no emite su voto por aplicación de lo que establece el art. 23, último párrafo, CPPN (texto según ley 27.384, B.O. 02/10/2017, que ya ha entrado en vigencia según el art. 8).

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.

DANIEL MORIN - EUGENIO C. SARRABAYROUSE
PAULA GORSO
Secretaria de Cámara