

Tentativa Delito Imposible Delito De Hurto Rechazo Sobreseimiento Hurto En Supermercado

JURISPRUDENCIA

Tentativa. Delito imposible. Delito de hurto. Rechazo.

Sobreseimiento. Hurto en supermercado Se confirma la resolución que decretó la nulidad del dictamen fiscal mediante el cual se requirió el sobreseimiento del imputado, al concluirse que no estuvo motivado en las constancias de la causa, ya que no se analizaron debidamente los extremos requeridos para considerar que en el caso se estuvo en presencia de una tentativa de delito imposible. Es que no era posible afirmar que ex ante el modo elegido -esconder perfumes entre sus ropas dentro de un supermercado- fuera inidóneo en forma absoluta para consumar el hecho. Por el contrario, el resultado lesivo no se produjo por la actuación ex post del personal de seguridad del local comercial. Buenos Aires, 29 de agosto de 2018. Y

VISTOS: I. Convocan al Tribunal los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Público Fiscal y la defensa de C. M. H. Q. contra lo decidido en la audiencia documentada a fs. 48/49, que decretó la nulidad del dictamen fiscal mediante el cual se requirió el sobreseimiento del nombrado. Durante la audiencia celebrada informaron los doctores Marcos De Tommaso, por la fiscalía general y Diego Mascioli, por la defensa oficial. II. Liminarmente, cumple mencionar que el acusador público desistió del recurso de apelación deducido en la instancia anterior, al entender que la motivación brindada por su inferior jerárquico adolece de una fundamentación lógica, tal como lo sostuvo la señora jueza de grado, por lo que solicitó se confirme la decisión, y para el caso de tener acogida favorable su petición, designaban a la titular de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional N° 54, para que continúe interviniendo en la presente. Por su parte, la asistencia técnica del imputado sostuvo que la requisitoria fiscal aludida se encuentra fundada y solicitó que se revoque la decisión puesta en crisis al entender que el disenso con la posición de la fiscalía no es causal de nulidad. III. En atención a que la fiscalía general ha desistido fundadamente del recurso de apelación interpuesto en la instancia anterior, habrá de tenérselo en tal sentido. El juez Mauro A. Divito dijo: Luego de escuchar a las partes, examinar las actuaciones y revisar cuanto se expuso en la audiencia multipropósito celebrada en la instancia anterior, estimo que la decisión recurrida debe ser revocada, ya que -según mi criterio- la argumentación desarrollada por la señora fiscal auxiliar para fundar el pedido de sobreseimiento del imputado, más allá de que -claro está- puede no ser compartida, carece de vicios que autoricen a nulificarla y satisface los recaudos exigidos en el artículo 69 del Código Procesal Penal. En tal sentido, recuerdo que el requerimiento se ha fundado en la estimación de que la consumación del delito atribuido resultaba imposible, toda vez que, desde que tomó las cosas que habría pretendido sustraer, H. Q. fue observado por las cámaras y un empleado de seguridad del local, que procedió a seguirlo y alertar al resto del personal, de modo que aquél fue interceptado cuando cruzó la línea de cajas, sin que -por lo demás- hubiera ofrecido resistencia alguna. Tales extremos surgen de las declaraciones de H. E. G. (fs. 9/10) y A. C. M. (fs. 12) y permiten apreciar, entonces, que el dictamen de la fiscalía no se ha apartado de las constancias que obran en la causa. Por otra parte, la fiscal auxiliar actuante invocó el artículo 44 in fine del Código Penal, que -en cuanto aquí interesa- establece que "si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente". Sobre esa base, expresó que, como en el caso no se advirtieron -según expuso- "signos de peligrosidad", el ministerio público fiscal -en un eventual debate- no solicitaría la imposición de una sanción. Ello -a mi juicio- basta para sostener que la argumentación desarrollada contó con suficiente sustento legal. Más allá de que la disposición citada ha sido objeto de distintas interpretaciones, autorizada doctrina avala precisamente la opinión que ha sostenido la fiscalía de la instancia anterior. En ese sentido, puede recordarse que E. R. Zaffaroni, en su recordado "Tratado de Derecho Penal", enseñaba que la ley "Lo único que pena es la "tentativa de delito imposible", que no es cualquier conducta con la que el autor haya creído que comenzaba a ejecutar un delito, sino aquella que implica realmente este comienzo de ejecución, pero llevado a cabo por medios tan burdamente errados que nunca hubiesen causado el resultado, es decir que lo único que prohíbe es la tentativa inútil?, a la que denominaba "tentativa inidónea" (E. R. Zaffaroni, "Tratado...", Ediar, Bs. As., 1988, tomo IV, p. 465); y la distinguía de las "tentativas idóneas" acudiendo al carácter del error del sujeto activo, que sería invencible en estas últimas y vencible, en cambio, en la tentativa inidónea, ya que "si el autor hubiese puesto el cuidado usual para comprobar si su conducta era el medio adecuado para el fin propuesto, se hubiese percatado fácilmente de que no lo era" (íd., p. 474). Sin embargo, algunos años después se apartó de tales ideas y, en la obra que escribió con Alagia y Slokar, cuestionó como violatorio del art. 19 de la Constitución Nacional el criterio que "identifica la llamada tentativa inidónea con el delito imposible del último párrafo del art. 44 del CP" ("Derecho Penal", parte general, Ediar, Bs. As., 2002, p. 832), afirmando que para salvar la constitucionalidad del dispositivo legal deberían incluirse allí los casos en los que "ex ante el medio fue idóneo y hubo peligro, pero no obstante, ex post dada ... la forma muy inadecuada en

que se usó el medio, ... un muy grave defecto de éste, ... un accidente del objeto o ... una previa neutralización del peligro, se determina una imposibilidad absoluta de consumarlo?, ya que en esos casos se trataría de ¿un injusto de menor entidad? (íd., p. 837); mientras que ¿cuando el medio ex ante fue idóneo y hubo peligro, y ex post no se comprueba ninguna imposibilidad absoluta de consumarlo, existe la tentativa cuya punición se rige por los tres primeros párrafos del art. 44? (íd., ps. 832/833). En ese marco teórico, sostuvo que, precisamente, uno de los casos regidos por el art. 44 in fine del CP es aquél en el que ¿por una previa neutralización del peligro, como es el caso en que la trama hubiese sido descubierta y, sin que el agente lo supiese, se hubiesen tomado las medidas para impedir su consumación? (íd., p. 838). Este breve repaso evidencia que, al menos, la citada doctrina avala el criterio que expuso la fiscal auxiliar para encuadrar el caso como una tentativa de delito imposible, en tanto las medidas adoptadas desde un primer momento (el imputado fue observado cuando tomó los objetos mediante las cámaras de vigilancia y por el personal de seguridad, que lo siguió e impidió que se retirara del local) la llevaron a estimar que la conducta atribuida importó un conato de hurto cuyo peligro -en la interpretación de la fiscalía- se hallaba neutralizado y, por ende, no podría haber alcanzado la consumación. Tales circunstancias impiden -a mi juicio- considerar que el dictamen careció de una motivación lógica, como lo entendió la señora jueza de primera instancia, con criterio que compartió el ministerio público ante esta alzada, pues -como se ha visto- no se apartó de las constancias de la causa y se apoyó en un artículo del Código Penal, cuya aplicación al caso puede no ser compartida pero en modo alguno resulta descabellada o irrazonable. Un párrafo aparte merece la cita que efectuó la fiscalía del inciso 5° del artículo 336 del CPP, con la aclaración -realizada a pedido de la magistrada- de que se trataría de un caso de inculpabilidad. Si en este punto también se siguieran las enseñanzas de Zaffaroni, tal disposición legal sería perfectamente aplicable, aunque -en rigor- ello no respondería a la causal invocada sino a la existencia de una de las hipótesis que aquél trató como ¿causales de exclusión de la punibilidad? y que la ley procesal denomina ¿excusas absolutorias?. En efecto, el citado autor ha sostenido que ¿Hay un único caso en el código penal en que un grado de peligrosidad menor puede dar por resultado una eliminación de la pena, a título de causa personal de exclusión de la misma, que es la tentativa inidónea del art. 44? (¿Tratado...?, tomo V, p. 331). En función de tal aclaración, la invocación del art. 336, inc. 5°, del CPP, tampoco aparece como carente de razonabilidad o incoherente, con mayor razón al ponderar que -claramente- el caso no se ajustaba a ninguno de los cuatro incisos restantes de dicho artículo. En función de lo expuesto hasta aquí, concluyo en que los argumentos expresados por la fiscalía en sustento del sobreseimiento que propició satisfacen la exigencia de motivación que contempla el art. 69 del CPP. Por ello, dado que el eventual disenso del órgano jurisdiccional con ese criterio no constituye un fundamento válido para declarar su nulidad, me inclino por revocar la decisión recurrida por la defensa. Así voto. El juez Mariano A. Scotto dijo: Con respecto a la nulidad decretada por la señora jueza de grado, entiendo que los argumentos brindados por la auxiliar fiscal en la audiencia celebrada -por indicaciones del titular según aclaró- no se relacionan con las probanzas reunidas en la causa. Al respecto, la fiscalía oportunamente solicitó el sobreseimiento de H. Q. por entender que el delito en cuestión era de imposible consumación ya que éste era observado por las cámaras de seguridad, desde donde lo estaban siguiendo y por consiguiente, aún cuando se resistiera no iba a poder concretar el ilícito ya que iba a ser detenido al llegar a la líneas de caja. A dicha conclusión arribó la fiscalía al analizar la declaración juramentada de E. G. -empleado de seguridad del supermercado- (fs. 9/10), quien relató que ¿mientras caminaba el salón de ventas le avisan por frecuencia interna desde el monitoreo de cámaras que...el hombre que vestía campera negra y roja deportiva se guardaba perfumes entre sus ropas, motivo por el cual...se acerca al sector de perfumería...notando que el hombre efectivamente introducía entre sus ropas dos perfumes...el sujeto...al advertir la presencia del declarante comienza a dirigirse hacia la salida del supermercado, motivo por el cual...avisa mediante equipo de comunicación al vigilador de la entrada de dicha situación?. En efecto, de la prueba mencionada no surge lo sostenido por la representante del Ministerio Público Fiscal en la audiencia de flagrancia, pues la interpretación que hizo sobre los dichos de G. -¿de que es política de las cadenas de supermercados que las personas sean detenidas antes de pasar la línea de cajas, no puede permitir esa política, al dejarlo pasar la caja [para], fundar una detención? (fs. 48vta.) no es lo que realmente éste declaró y parece más una apreciación subjetiva de la funcionaria auxiliar. Por otro lado, la acusadora sostuvo que en el caso de que la causa llegue a juicio, la fiscalía no pediría pena por la conducta que se le reprocha al imputado, sin embargo no explicó los motivos por los que considera que ello podría ocurrir, ya que el artículo 44 del Código Penal, cuarto párrafo establece que ¿si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente?, circunstancias estas últimas sobre las que no hizo ninguna referencia. Asimismo, tampoco se analizaron debidamente los extremos requeridos para considerar que, en el caso, se está en presencia de una tentativa de delito imposible pues, no es posible afirmar que ex ante el modo elegido -esconder perfumes entre sus ropas- fuera inidóneo en forma absoluta para consumir el hecho. Por el contrario, el resultado lesivo no se produjo por la actuación ex post del personal de seguridad del local comercial, tramo este último que ha sido analizado por la fiscalía, lo que refuerza la falta de motivación del pedido de sobreseimiento. En consecuencia, se comparte lo decidido en la instancia anterior, en cuanto a que el

dictamen de la fiscalía no cumple con los recaudos exigidos en el artículo 69 del Código Procesal Penal, puesto que el temperamento liberatorio propuesto en relación con H. Q. no se encuentra motivado en las constancias que obran en la causa. En función de lo expuesto y conforme lo solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal en esta instancia, voto por confirmar la nulidad decretada. El juez Julio Marcelo Lucini dijo: Tras haber oído la grabación de la audiencia celebrada, sin preguntas que formular a la defensa, luego de haber deliberado y limitada mi intervención en lo referente a la nulidad del dictamen fiscal mediante el cual se requirió el sobreseimiento del imputado, adhiero al voto del juez Scotto. En consecuencia, el Tribunal RESUELVE: I. TENER POR DESISTIDO al representante del Ministerio Público Fiscal del recurso de apelación deducido por su inferior jerárquico en la audiencia documentada a fs. 48/49. II. CONFIRMAR la decisión adoptada en el marco del acto celebrado a fs. 48/49, en cuanto ha sido materia de recurso. Notifíquese, devuélvase y sirva lo proveído de atenta nota de envío. El juez Julio Marcelo Lucini, quien integra el Tribunal en virtud del Acuerdo General celebrado el 10 de julio de 2018, no intervino en la audiencia oral con motivo de su actuación simultánea en la Sala VI de esta Cámara. Mauro A. Divito (en disidencia) Mariano A. Scotto Julio Marcelo Lucini Ante mí: Constanza Lucía Larcher Correlaciones: C., N. B. s/nulidad - Cám. Nac. Crim. y Correc. Fed. - Sala I - 14/06/2013 - Cita digital IUSJU208163D

032382E