

Poder Judicial de la Nación

///nos Aires, 28 de febrero de 2011.

Y VISTOS:

Se llevó a cabo la audiencia que ordena el artículo 454 del Código Procesal Penal, con motivo del recurso de apelación formulado por el señor fiscal contra el auto pasado a fs. 267/269, en tanto se dispuso el sobreseimiento de R. A. S-.

El juez Juan Esteban Cicciaro dijo:

Se atribuyó a R. A. S., conforme surge del acta documentada a fs. 48, el haber intentado ingresar, con fines de sustracción, a la vivienda ubicada en la avenida “(…)” de esta ciudad, el 28 de agosto de 2009, a las 12:30 aproximadamente.

En tal contexto, habría tocado el timbre de la finca, ocasión en la que fue atendido por la empleada del lugar, H. E., a quien le ofreció en venta productos de limpieza. Ante la negativa de ésta, le insistió para que abriera la puerta, mas la nombrada E. ingresó a la vivienda.

Transcurridos unos minutos, S. introdujo su mano por la ventana de la puerta del garaje a fin de intentar abrirla desde su interior sin ejercer fuerza, extremo que no logró debido a la intervención del personal policial que recorría la zona.

De los dichos de H. E. (fs. 9 y 52) y de los policías C. L. (fs. 1/2) y F. T. (fs. 6) se desprende que el imputado fue sorprendido cuando pretendía abrir la puerta mencionada, lo que sumado al hecho de haberse secuestrado en su poder un destornillador (fs. 5), permite sostener que el plan del autor era el de ingresar a la vivienda con el propósito de sustraer cosas de su interior, en tanto la proximidad con la afectación del bien jurídico conduce a afirmar que el hecho ha tenido principio de ejecución (cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pags. 473/474).

La solución que propongo se apoya también en el criterio que afirma que “...(a) el comienzo de ejecución del delito no es estrictamente el comienzo de ejecución de la acción señalada objetivamente por el verbo típico, (b) sino que también abarca los actos que, conforme al plan del autor (el modo de realización concreto de la acción típica escogido por el 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, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 2002, Ediar, Buenos Aires, 2002, pag. 829).

En consecuencia, tal como sostuvo la representante del Ministerio Público Fiscal en la audiencia oral celebrada, las circunstancias relatadas deben valorarse según las reglas de la sana crítica, pues resulta harto probable que quien ingresa su mano por la ventana del garaje de una vivienda ajena luego de que su ocupante se negara a comprar lo que ofrecía a la venta, contando con un destornillador, se conduzca de ese modo con el propósito de introducirse en la finca y allí hacerse de los bienes que encontrase.

Por ello, considero que corresponde revocar el auto recurrido y disponer el procesamiento, sin prisión preventiva, en tanto no fue solicitada en la apelación formulada, de R. A. S-.

El embargo habrá de fijarse en la suma de mil pesos (\$ 1.000), que luce adecuado para garantizar los rubros comprendidos en el art. 518 del ceremonial.

Así voto.

El juez Mauro A. Divito dijo:

En la anterior intervención que le cupo a este Tribunal (ver fs. 126), se consideró que los elementos reunidos en el legajo y las diligencias probatorias pendientes de producción impedían convalidar la desvinculación definitiva del imputado.

De allí que se dispusieran las convocatorias a prestar declaración testifical de R. L. (fs. 130), R. H. D. (fs. 153), P. M. (fs. 213) y F. C. (fs. 236), ello en aras de establecer los pormenores relativos al secuestro en poder del causante de la documentación mencionada a fs. 2 y 5.

Sin embargo y tras la realización de dichas medidas probatorias, no se obtuvieron datos relevantes para esta pesquisa y menos aún se logró vincular a S. con algún accionar ilícito previo.

Por otro lado y pese a los relatos brindados por H. E. (ver fs. 9 y 52) y por los preventores C. L. (fs. 1/2) y F. T. (fs. 6), la encuesta no ofrece a esta altura, agotada por cierto la actividad perquisitiva, la posibilidad de superar el umbral de expectativa

Poder Judicial de la Nación

que justificó en su momento el dictado del auto de falta de mérito, de modo que la decisión liberatoria adoptada en esta oportunidad por el magistrado *a quo* se exhibe acertada.

Ello, pues más allá de que los nombrados hubieran observado a S. introducir una de sus manos en la ventana de la puerta del garaje de la vivienda ubicada en la avenida “(…)” de esta ciudad, lo cierto es que tal circunstancia, al menos en este caso, no puede relacionarse con el comienzo de ejecución de ilícito alguno, máxime cuando, en efecto, la empleada E. refirió que el incuso ofreció en venta productos de limpieza, tal como éste señaló en su descargo.

Adviértase que el imputado no ingresó a la vivienda, de modo que no es posible sostener que haya vulnerado efectivamente la esfera de protección de la víctima y, así, aunque pudiera conjeturarse que su intención fuera la de conseguir abrir la puerta para entrar y sustraer bienes del interior de la finca, su accionar no importó más que un acto preparatorio del supuesto hurto, toda vez que no llegó a concretar el acto inmediatamente anterior al que, en el caso, conformaría el núcleo del tipo -el apoderamiento-; ello, según los lineamientos trazados en el precedente “Oteyza, Carlos”, del 18 de marzo de 2010.

Por lo demás, en torno al ilícito de tentativa de violación de domicilio, hipótesis también sostenida por la acusación pública en la audiencia, considero que S. tampoco llevó a cabo el acto inmediatamente anterior a la acción típica -entrar- pues como se dijo no procedió a la apertura de la puerta, de modo que su comportamiento no puede reputarse como el comienzo de ejecución a que alude el art. 42 del Código Penal.

Consecuentemente, voto para que se confirme el auto apelado.

El juez Rodolfo Pociello Argerich dijo:

Luego de haber escuchado la grabación de la audiencia y participado de la deliberación, adhiero al voto del juez Cicciaro, cuyos argumentos comparto en su totalidad.

Por el mérito que ofrece el acuerdo que antecede, el Tribunal
RESUELVE:

REVOCAR el auto documentado a fs. 267/269 y DECRETAR EL

PROCESAMIENTO SIN PRISIÓN PREVENTIVA de R. A. S. por no verificarse las pautas del artículo 312 del ceremonial en orden al delito de hurto en grado de tentativa -arts. 42 y 162 del Código Penal- y TRABAR embargo sobre los bienes del causante hasta cubrir la suma de mil pesos (\$1.000), debiendo disponerse desde el juzgado de origen la detención del imputado y el libramiento del correspondiente mandamiento.

Devuélvase, sirviendo lo proveído de atenta nota de envío.

El juez Rodolfo Pociello Argerich integra esta Sala por disposición de la Presidencia del 5 de agosto de 2009, y suscribe la presente luego de haber escuchado la grabación de la audiencia oral y participado de la deliberación.

Juan Esteban Cicciaro

Mauro A. Divito
(en disidencia)

Rodolfo Pociello Argerich

Ante mí: María Verónica Franco