



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PROCURACIÓN GENERAL DE LA**  
**SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

**P-129807-1**

“Álvarez, Juan Ezequiel  
s/ Recurso extraordinario  
de inaplicabilidad de ley”

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala I del Tribunal de Casación Penal rechazó -por improcedente- el recurso de casación interpuesto por la defensa de Juan Ezequiel Álvarez contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal N° 4 del Departamento Judicial Mercedes que lo condenó a la pena de trece años y cuatro meses de prisión, accesorias legales y costas, por ser considerado autor penalmente responsable del delito de tentativa de homicidio agravado, por la comisión para procurar la impunidad y contra miembros de la fuerza de seguridad pública por su función, en concurso ideal con resistencia a la autoridad, ambos agravados por el uso de arma de fuego, portación ilegítima de arma de guerra y encubrimiento por receptación sospechosa, todos en concurso real entre sí (v. fs. 52/59).

II. Frente a lo así resuelto, el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 67/71 vta.).

Denuncia el recurrente la inobservancia del art. 44 del Código Penal, pues considera que se adoptó una interpretación del texto legal que lesiona el principio de lesividad (art. 19, CN), al equiparar el delito imposible -regulado legalmente como una tentativa punible- con la

categoría de la tentativa inidónea.

Señala que el marco teórico utilizado por el *a quo* es incorrecto, toda vez que ha sido construido con base en un ordenamiento jurídico extranjero, el Código Penal Alemán, que legisla la temática en cuestión de forma diferente al nuestro. Expone que la conceptualización que realiza C. Roxin y que invoca el revisor sobre la tentativa inidónea no resulta aplicable a nuestro digesto normativo, pues el autor mencionado, apegado a una teoría subjetiva de la tentativa inidónea, propone la penalización de supuestos de inidoneidad del objeto y delimita al conjunto de tentativas punibles tomando en cuenta la clase de error que existió en el caso (error de tipo o de prohibición).

Cita el recurrente el artículo 23 del Código Penal Alemán, considerado por el autor antes mencionado para diferenciar la tentativa inidónea de la tentativa putativa, indicando que la primera de esas alternativas tiene lugar cuando el autor yerra sobre la existencia de circunstancias que permitirían la realización del tipo penal. En cambio, sostiene el recurrente, nuestro Código Penal regula el delito imposible sin hacer referencia a datos subjetivos, pues sólo se atenúa la pena cuando objetivamente el delito ha sido imposible.

Así, considera que la solución que propone Roxin resulta claramente inconstitucional en nuestro régimen legal, puesto que el art. 19 de la Constitución Nacional sólo admite la injerencia estatal cuando la actividad iniciada por un individuo implica un peligro de afectación



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PROCURACIÓN GENERAL DE LA**  
**SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

P-129807-1

o lesión a un bien jurídico. En esta línea, indica que la inteligencia adoptada por el tribunal de alzada implicó asumir que los términos "delito imposible" del art. 44 *in fine* del Código Penal y "tentativa inidónea" son intercambiables, por comprender un único supuesto, postura que viola el principio constitucional de lesividad mencionado. Cita en su apoyo la opinión de Zaffaroni, Alagia y Slokar.

Expone a continuación que, en el caso concreto, se acreditó que, pese a que el arma de fuego utilizada resultó un medio idóneo para alcanzar el resultado muerte y que un tercero observador podría haber creído que existía un peligro de lesión a la vida de los agentes policiales, la consumación del homicidio ha sido imposible, porque dicho peligro había sido neutralizado con el blindaje del parabrisas del patrullero. La tentativa de homicidio descripta de esta forma, configura un injusto de menor entidad puesto que pese al peligro *ex ante*, *ex post* se verifica que la consumación de la muerte de los policías era imposible, puesto que habían sido tomadas medidas de protección previas -blindaje del vidrio-.

Por lo expuesto, solicita que la sentencia recurrida sea anulada y se dicte, o mande a dictar, un nuevo pronunciamiento acorde a derecho.

III. El recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley fue concedido por el Tribunal de Casación Penal (fs. 72/74 vta.).

IV. Considero que el recurso extraordinario interpuesto no puede ser atendido.

Para contextualizar el único motivo de agravio que trae el recurrente, es preciso recordar que la defensa, al presentar el recurso de casación, petitionó como reclamo subsidiario la aplicación del art. 44 *in fine* del Código Penal al caso, por entender que no había posibilidad que el delito contra la vida pudiera consumarse, pues un factor externo -parabrisas blindado- neutralizó *ex ante* el peligro que podrían haber generado los disparos efectuados contra los efectivos policiales (fs. 33/35).

Frente a ello, el Tribunal de Casación Penal sostuvo que: *"es necesario aclarar que 'la delimitación entre la tentativa inidónea y el delito putativo es simple: el que parte erróneamente en su actuación de la existencia de circunstancias cuya existencia daría lugar a la realización del tipo penal, comete tentativa inidónea. Por el contrario, el que aprecia adecuadamente todas las circunstancias externas, pero asume equívocamente que su conducta infringe un mandato jurídico-penal, comete un delito putativo, no punible' (Roxin, PG, t. II, p. 569). De este modo, lo que en verdad pretende el impugnante es que se conciba ese hecho como una tentativa con medios inidóneos, aduciendo que el vidrio del patrullero estaba blindado y por lo tanto los disparos no generaron riesgo alguno para la vida de los policías. Esta clase de tentativas inidóneas se da debido a la naturaleza de los medios con los que se pretende cometer el delito, pues en ningún caso habrían podido llegar a la consumación (cfr. Roxin, PG, t.II, p. 556). En otras palabras, la tentativa resulta inidónea por la absoluta falta de idoneidad del medio empleado y ello sucede cuando, por ejemplo, se dispara*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PROCURACIÓN GENERAL DE LA  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-129807-1

*a la víctima con una pistola de juguete completamente inútil para matar (ejemplo de Roxin, PG, t.II, p. 556)" (fs. 56 vta./57).*

Por otro lado, argumentó el *a quo* que: *"fácil es advertir que nuestro caso no es análogo a lo expuesto supra; todo lo contrario. La idoneidad del medio empleado debe juzgársela ex ante (cfr. Rusconi, PG, 2da. ed., 2009, ps. 717/718), pues desde el punto de vista ex post (así la minoría, v. fs. 21 vta. in fine) toda tentativa resulta de alguna manera inidónea, precisamente porque cierta circunstancia, ajena al autor, impidió la consumación del ilícito" (fs. 57/57 vta.).*

Concluyó sosteniendo que: *"quien dispara en varias oportunidades un arma de grueso calibre de tal forma que los proyectiles los dirige hacia el parabrisas de un automóvil, crea un riesgo idóneo para matar máxime si apunta directamente hacia el lugar en donde se hallan ubicadas las personas que se encuentran a bordo del mismo como conductor y acompañante; con lo cual, que no haya podido consumir el resultado por el blindaje que llevaba el vehículo es una circunstancia ex post que no vuelve absolutamente inidónea a la tentativa que ex ante se muestra idónea" (fs. cit.).*

El recurrente se ocupa parcialmente de estas consideraciones, pues concentra su esfuerzo argumentativo en la impertinencia de la cita de un autor extranjero, pasando por alto la referencia a doctrina nacional que luego se formula y las concretas referencias a las circunstancias del caso, en particular las referidas a la efectiva generación de

un riesgo para las personas que circulaban en el vehículo contra el cuál dirigiera el imputado los disparos de arma de fuego. Esta falencia torna insuficiente el reclamo (doct. art. 495, CPP)

Sin perjuicio de ello y a todo evento, considero que la ley sustantiva ha sido correctamente aplicada en el caso.

El art. 42 del Código Penal dispone que: *"El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44"*. El art. 44 *in fine* del mismo cuerpo legal 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"*.

Para situar correctamente la problemática que trae el recurrente, cabe recordar que la doctrina nacional clásica entendía que en el último de los artículos transcritos comprendía casos tales como suministrar azúcar para matar, apuñalar un cadáver o tentar un aborto sobre mujer no grávida (Soler, Sebastian, *Derecho Penal Argentino*, TEA, Buenos Aires, 1945, t. II, p. 229). Sostenía el autor citado que: *"[l]a idoneidad del medio tiene siempre relación con el fin propuesto por el agente; pero existe un matiz diferencial entre la tentativa y el delito imposible, y es que en aquellas el diagnóstico de la imposibilidad se efectúa ex post facto, mientras que en el último se formula ex ante. En el delito imposible el error se hallaba como insito en el plan, y el autor, por la vía elegida, no podía llegar a la*



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

**PROCURACIÓN GENERAL DE LA  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

**P-129807-1**

*violación propuesta"* (ob. cit. p. 230). En estos casos, la punición reconocía como único fundamento la "peligrosidad" del agente, criterio difícil de armonizar con las exigencias del art. 19 de la C.N. y la doctrina de la Corte federal en los precedentes "Gramajo" y "Maldonado", entre otros.

En obras más cercanas en el tiempo, se ha sostenido, que: *"La tentativa normalmente implica la puesta en el mundo real de un riesgo (riesgo que sólo se funda en el desconocimiento propio de los análisis ex ante). Es por ello que desde este ángulo la doctrina distingue entre tentativas inidóneas e idóneas. En el primer caso, ya sea por idoneidad en el sujeto pasivo (matar al muerto), en el medio (pretender matar con un medio absolutamente ineficiente para tal fin), o en el sujeto activo (delitos en los que se exige la calidad de funcionario público cuando el sujeto activo no lo es), de antemano se define la consumación como imposible. De acuerdo al grado de la inidoneidad, cuando ésta se manifiesta desde el comienzo de la acción, es posible conceptualizar estos casos como de ausencia de tipo"* (Rusconi, Maximiliano *Derecho Penal. Parte General*. 2da ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, ps. 717/718).

El último de los autores citados es, precisamente, invocado en la decisión atacada para indicar que aquellos casos donde al iniciarse la acción, ya se observaba una imposibilidad de consumación, constituyen supuestos de mera atipicidad, no punibles, mas ello no habría ocurrido en el caso.

Es claro, en consecuencia, que la objeción

fundada en la invocación de doctrina foránea como único sustento del fallo, no puede ser atendida.

A lo expuesto cabe añadir que aún considerando acertada la propuesta interpretativa a la que recurre la defensa del imputado, para proponer la aplicación del mentado art. 44 *in fine* del Código Penal, la solución del caso no sería diferente a la efectivamente adoptada.

Tras indicar que en los casos de inidoneidad en el objeto, en el autor (suposición errónea de deberes especiales) o en el medio constituyen tentativas aparentes no punibles, los autores invocados por el recurrente sostienen que: *"por lo general se identifica la llamada tentativa inidónea con el delito imposible del último párrafo del art. 44 del C.P. Esta interpretación presupone que la ley penal desconoce (viola) el art. 19 constitucional, es decir, que pretende considerar típicas acciones que no ponen en peligro el bien jurídico"* (Zaffaroni, E.R. - Alagia, A. - Slokar, A. *Derecho Penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires, 2001, pág. 797).

Es decir, estos autores rechazan la equivalencia entre la tentativa inidónea y el delito imposible, e indican luego, en una original interpretación del texto legal código de 1921, que estaríamos en presencia de un delito imposible "cuando *ex ante* el medio fue idóneo y hubo peligro, pero no obstante, *ex post*, dada ( $\alpha$ ) la forma inadecuada en que se usó el medio, ( $\beta$ ) un muy grave defecto de este, ( $\chi$ ) un accidente del objeto o ( $\delta$ ) una previa neutralización del peligro, se determina una imposibilidad absoluta de consumarlo" (ob. cit. p. 798). De esta forma, el art. 44 del C.P. "impone





**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PROCURACIÓN GENERAL DE LA**  
**SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

**P-129807-1**

una distinción *ex post*, referida al grado de probabilidad de lesión al bien jurídico, en consonancia con la extensión del daño y del peligro causado a que se refiere el art. 41" (ob. cit. p. 802).

Siguiendo este marco teórico, que supone ignorar el texto expreso de la norma y su sentido original -difíciles de compatibilizar con el principio de lesividad y con las pautas básicas del derecho penal de acto-, sólo estaríamos ante un "delito imposible" si un observador tercero diagnosticara *ex post* que ante la existencia de "una previa neutralización del peligro", el resultado sería de imposible consumación (un claro ejemplo de ello, a mi entender, podría ser querer dar muerte a un conductor de un camión de caudales con una réplica de arma de fuego cuyos proyectiles sean balines de 6 mm, cuando el vehículo cuente con el blindaje más resistentes del mercado -como puede ser el RB5, que soporta proyectiles como el de un fusil calibre 7.62, ver manual de "Materiales de Resistencia Balística para Blindajes, Noma RENAR, MA.02", publicado en <https://www.renar.gov.ar>-). Ello así pues, para los autores citados, la neutralización previa del peligro tiene que derivar, *ex post*, en una imposibilidad absoluta de consumación.

Una adecuada consideración de las constancias de la causa impide considerar, incluso desde esa particular postura dogmática, que el hecho atribuido al imputado de autos constituya una tentativa de delito imposible.

El Tribunal en lo Criminal tuvo por acreditado que: "...el día 16 de Octubre de 2013 siendo las 05:00 horas

*aproximadamente, dos sujetos del sexo masculino que se desplazaban por la Ruta 23 en su cruce con la calle Graham Bell (de la localidad de Las Catonas, partido de Moreno) en la motocicleta Yamaha modelo YBR 125 cc, de color rojo, sin dominio colocado (que resultaba producto del hecho contra la propiedad que victimizó a Juan Cruz Lucero, cometido el 27/09/2013 en el ámbito territorial de la Comisaría de Moreno Primera por dos sujetos mediante el empleo de arma de fuego) al advertir la presencia de un móvil policial, concretamente el n° 49.582 tripulado por el Sargento Martín Sebastián Casco y el Oficial Héctor Fabián Ríos, se resistieron a la orden impartida por los aludidos funcionarios para que se detengan, emprendieron la fuga a gran velocidad por Ruta N° 23 en sentido Moreno – San Miguel, iniciándose su persecución por parte de los efectivos policiales. En dicho marco, al arribar a la intersección con la calle Solón, el sujeto activo que ocupaba la plaza del acompañante, previo extraer la pistola calibre 380 ACP, marca BERSA serie N° 222020 (la que de acuerdo a las circunstancias podía sospechar que provenía de un delito en ocasión de su recepción) y portaba sin la debida autorización legal, en procura de lograr su impunidad y la del restante masculino que guiaba la moto y con la finalidad de dar muerte a los efectivos policiales, efectuó dos disparos de arma de fuego direccionados a éstos, impactando los proyectiles lanzados en el capot y en el parabrisas (blindado) del rodado policial, no obstante los cuales los policías prosiguieron con la persecución, hasta que en proximidades del Complejo Habitacional Las Catonas, nuevamente el acompañante, con idéntica*



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PROCURACIÓN GENERAL DE LA**  
**SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

P-129807-1

*finalidad (procurar la impunidad para sí y el restante tripulante de la moto y dar muerte a quienes lo perseguían) efectuó dos nuevos disparos direccionados a las humanidades de los policías Ríos y Casco, impactando los proyectiles en el capot y el parabrisas del vehículo policial, prosiguiendo éstos con la persecución de los motociclistas, la que concluyó en el cruce de la Ruta N° 23 y la calle Abanderado Grandoli, dado que el conductor perdió el control de la motocicleta, cayéndose ambos sujetos activos de la misma, procediendo el acompañante a realizar un ademán apuntando con el arma de fuego al Oficial Ríos, efectuando éste un disparo direccionado a las piernas del sujeto activo, mientras que Casco frustró el intento de fuga de quien conducía la moto, siendo ambos individuos aprehendidos e incautada la aludida arma de fuego" (fs. 9 vta./10 vta.).*

De ese relato surge claro que Álvarez, quien iba en la parte trasera de la motocicleta, realizó cuatro disparos con una pistola calibre 380 ACP, impactando dos de ellos en el parabrisas del vehículo en el que se desplazaban los agentes policiales que lo perseguían.

El voto que se impusiera por mayoría en la instancia de origen sostuvo que el blindaje "poseía deficiencias en su adherencia al parabrisas" (fs. 23 vta.). Ello se indicó porque el agente Ríos declaró en el juicio que el mismo "...no estaba en buenas condiciones, había una capa de aire entre el vidrio y el blindaje" (fs. 14), mientras Casco señaló que "[e]l parabrisas es blindado, a pesar de que tenía burbujas de aire y la lámina acrílica se estaba despegando" (fs. 14 vta.), descartando con base en

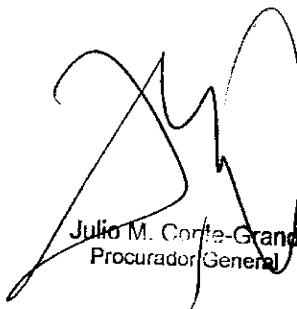
tales extremos la existencia de un delito imposible.

De este modo, es claro que el tribunal de mérito consideró que *ex post* no existía una "imposibilidad absoluta" de que el peligro creado se concretara en el resultado querido por el autor, desde que la "previa neutralización del peligro" procurada con el blindaje del parabrisas, no implicaba una imposibilidad fáctica de consumación del delito.

En definitiva, el recurrente no demuestra, que no haya existido en el caso un peligro para la vida de los sujetos pasivos, no concretado por razones ajenas a la voluntad del agente, de modo tal que no consigue demostrar la errónea aplicación del art. 42 del Código Penal que denuncia.

V. Por lo expuesto, considero que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Defensor Adjunto de Casación en la causa de referencia (art. 496, CPP).

La Plata, 27 de noviembre de 2017.



Julio M. Cortés-Grand  
Procurador General