

Reg. n° 565/2017

///n la ciudad de Buenos Aires, a los 10 días del mes de julio de 2017, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los señores jueces Daniel Morin, Luis F. Niño y Eugenio Sarrabayrouse, asistidos por la secretaria actuante, Paula Gorsd, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa particular del imputado a fs. 121/6, en el marco de la causa n° 26265/2014/PL1/CNC1, caratulada **“Cutule, Pablo Alejandro s/hurto en tentativa”**, de la que **RESULTA:**

I. Que con fecha 9 de noviembre de 2015 el Juzgado Nacional en lo Correccional n° 6, Secretaría n° 101 resolvió: **“I) CONDENAR a PABLO ALEJANDRO CUTULE (...) a la pena de QUINCE días de PRISIÓN de efectivo cumplimiento y costas por considerarlo autor penalmente responsable del delito de hurto en grado de tentativa (arts. 29, inc. 3°, 40, 41, 42, 45 y 162 del Código Penal y 530 y 531 del Código Procesal Penal) y “II) SUSTITUIR la pena que le resta cumplir -trece días de prisión- por trabajos comunitarios no remunerados, que deberá realizar durante setenta y ocho (78 horas) dentro del plazo de un año y seis meses desde que quede firme la presente, en la Iglesia Santísima Trinidad sita en Avenida Cabildo 3860 de Capital Federal (arts. 35 y 50 de la Ley n° 24.660)”** (fs. 116/20).

II. Que conforme surge de las constancias de autos, las presentes actuaciones se iniciaron el 5 de mayo de 2014, fecha en la cual, siendo aproximadamente las 10:45 horas, el imputado Pablo Alejandro Cutule intentó sustraer dos desodorantes en polvo marca “Rexona Efficient” y un jabón marca “Dove” del local perteneciente a la empresa “Farmacity” sito en Av. Cabildo 2347 de esta Ciudad. En el horario indicado, el Sr. Pablo Diego Cecere -personal de seguridad asignado al establecimiento-, observó que el imputado, que había ingresado al local varios minutos antes y luego pasado la línea de cajas, se dirigía a la salida

cargando una bolsa con mercadería. En ese momento Cecere le requirió que exhibiera los productos que llevaba en la bolsa y que se abriera la campera, tras lo cual el imputado comenzó a correr, haciendo sonar las alarmas emplazadas al ingreso del local en su huida. Los hechos fueron presenciados asimismo por la encargada de la dependencia, Sra. Soledad Viviana Escobar. De inmediato el personal de seguridad emprendió la persecución de Cutule fuera del comercio; aquél, mientras corría por la calle Olazábal -antes de llegar a la intersección con la arteria Ciudad de la Paz-, arrojó uno de los envases de desodorante, que Cecere recogió para regresar al local, solicitando en el mismo acto a un policía uniformado que se encontraba en el lugar, Suboficial Mayor Juan Carlos Mauriño, que continuara con la persecución. Luego de unos minutos, el personal policial logró detener e identificar al encausado -a la altura 2440 de la calle Amenábar-, y, con apoyo policial y en presencia de dos testigos, se procedió al secuestro de los restantes productos cuyo intento de hurto se le endilga, que llevaba en la campera. Dicha conducta fue calificada como hurto simple en grado de tentativa (cfr. arts. 42, 45 y 162 del Código Penal).

Con fecha 6 de mayo de 2014 las actuaciones fueron recibidas por el Juzgado Correccional n° 9, Secretaría n° 65. El mismo día se recibió declaración al imputado a tenor del art. 294, CPPN, acto en el marco del cual, asistido por el defensor oficial designado, Dr. Sebastián Baldizzone, Cutule hizo uso de su derecho a negarse a declarar (cfr. fs. 48/9).

Finalizada la audiencia, el Juzgado resolvió: “**DECRETAR EL PROCESAMIENTO de Pablo Alejandro Cutule** (...) *por considerarlo autor prima facie responsable del delito de hurto en grado de tentativa (arts. 162 y 42, CP), disponiendo su prisión preventiva y trabando embargo sobre sus bienes hasta cubrir la suma de \$1.000*” (cfr. fs. 56/61). El imputado, por su parte, optó en la misma fecha por designar un abogado particular, el Dr. Pablo Luis Alberto Lorenzo -quien, conforme a las constancias de fs. 50 y 53, resulta ser cuñado de Cutule-.

El día 23 de junio de 2014 se declaró clausurada la instrucción con la consiguiente elevación a juicio, tras lo cual resultó desinsaculado para intervenir el Juzgado Nacional en lo Correccional n° 6.

A fs. 113 obra el acta de debate, de fecha 4 de noviembre de 2015, oportunidad en la cual Cutule reconoció su responsabilidad en los hechos, aunque precisó haber comprado el jabón y tomado los otros elementos, a saber: los dos desodorantes de pie marca “Efficient”.

A raíz del reconocimiento liso y llano del hecho y de su participación en él, por aplicación del art. 408, CPPN y con anuencia de las partes, se incorporaron por lectura al debate: las declaraciones testimoniales de: Juan Carlos Mauriño (fs. 1), Soledad Viviana Escobar (fs. 9), Pablo Diego Cecere (fs. 11), Silvio Gabriel Rojas (fs. 5), Enrique Oscar Rodríguez (fs. 6) y Subinspector David Pintos (fs. 27), el acta de detención y notificación de derechos de fs. 3, el acta de secuestro de fs. 4, el croquis de fs. 7, el informe de fs. 13, el acta de notificación de derechos de fs. 21/3, el informe médico legista de fs. 26, el plano de fs. 29, las fotografías de fs. 30/1 y 34, el informe pericial de fs. 32, los tickets de los elementos sustraídos de fs. 33 y el legajo de personalidad del imputado.

Seguidamente, el fiscal Fernández alegó que tales circunstancias permitían tener por acreditado con el grado de certeza necesaria el hecho, detalló la prueba que se incorporó por lectura y manifestó que se hallaban presentes los elementos objetivos y subjetivos del delito de hurto por el cual Cutule debía responder en calidad de autor penalmente responsable, en grado de tentativa. Expresó que no existían causas de justificación ni de inculpabilidad; que como circunstancias atenuantes debía considerarse la confesión del inculpado, que había colaborado para una más rápida solución del hecho y como agravantes la modalidad del hecho y sus antecedentes penales. Finalmente, requirió que se condenara al encausado a la pena de quince días de prisión de efectivo cumplimiento y costas. Agregó que, en caso de que fuera solicitado por

la defensa, no se oponía a que esa sanción fuera sustituida por la realización de trabajos no remunerados en beneficio de la comunidad de acuerdo a lo establecido en los artículos 35 y 50 de la Ley n° 24.660.

En cuanto a los antecedentes del imputado, de las constancias glosadas a fs. 47 se desprende que Cutule registra una primera condena de fecha 20 de mayo de 1997 a la pena de dos meses de prisión en suspenso, oportunidad en la cual el Tribunal de Menores n° 3 de esta ciudad adoptó tal temperamento en orden al delito de hurto en concurso real con hurto en grado de tentativa. Asimismo, el encausado registra otra condena del 28 de septiembre de 2007 en el marco de la causa 64.199 a dos meses de prisión de efectivo cumplimiento por haber sido encontrado autor penalmente responsable del delito de daño en concurso real -dos hechos-. En el expediente de mención se atribuyó a Cutule el hecho ocurrido el 21 de noviembre de 2004 cuando, siendo aproximadamente las 7:30 horas, mediante un golpe de puño rompió el vidrio del comercio “JVR Fotografía” sito en la Avenida Cabildo 3299 de esta ciudad e instantes después con otro golpe de puño rompió la ventanilla de la puerta delantera izquierda del rodado marca Volkswagen modelo 1500 que se encontraba estacionado en la misma avenida a la altura 3298. La pena fue en el caso sustituida por 360 horas de tareas comunitarias, las cuales fueron debidamente cumplidas por el imputado (cfr. fs. 37 y 67/8).

Finalizada la exposición del MPF, la defensa sostuvo que teniendo en cuenta la confesión lisa y llana que hizo su pupilo no cuestionaría la materialidad del hecho ni la autoría pero que discrepaba con la acusación en cuanto entendía que el hecho podía ser atípico en atención al principio de insignificancia y de oportunidad por el escaso valor pecuniario de lo sustraído, motivo por el cual correspondía la absolución de su asistido y, en subsidio, que la pena efectivamente se sustituyera por la realización de tareas comunitarias en la Parroquia Santísima Trinidad.

Previo a culminar la audiencia, se le otorgó la última palabra al imputado, quien pidió perdón por lo que había hecho.

Con fecha 9 de noviembre de 2015, el Juzgado interviniente resolvió, conforme a lo peticionado por el fiscal, condenar a Cutule como autor penalmente responsable del delito de hurto en grado de tentativa (cfr. arts. 45 y 162, CP) a la pena de 15 días de prisión de efectivo cumplimiento, que fue en efecto sustituida por 78 horas trabajos comunitarios no remunerados en la Iglesia Santísima Trinidad. Para así resolver, el magistrado valoró que los elementos probatorios resultaban contundentes para tener por probado el hecho denunciado, pues los testigos fueron contestes y, junto con los croquis del local y del recorrido efectuado por el imputado desde su huida, las vistas fotográficas y el informe pericial, conformaban un cuadro probatorio que permitía sostener con certeza la materialidad del hecho y la participación en aquél del imputado -quien, por otra parte, así lo reconoció-. Adujo a su vez el juez que no se advirtieron en el caso la presencia de eximentes. Con relación a las alegaciones de la defensa en cuanto postuló la atipicidad del hecho por aplicación del principio de insignificancia y de oportunidad, sostuvo que *“ninguno de los dos se encuentra legislado en la actualidad en el elenco de normas penales y procesales”* y que, por otro lado, *“desde el momento que una cosa tiene valor pecuniario o de cambio puede ser objeto del delito de hurto (...) el valor de la mercancía sustraída ha sido fijado por la pericia realizada como también por los tickets aportados por el establecimiento damnificado, que suman \$53,75, suma que si bien no es exorbitante, no por ello podemos decir mínima o insignificante”*.

Asimismo, remitió al pronunciamiento de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en los autos *“B., D. A. s/procesamiento”*, en el marco del cual se confirmó el procesamiento de primera instancia en orden al delito de hurto en grado de tentativa respecto de B., D., quien fuera descubierto por personal de seguridad de un supermercado sustrayendo cuatro piezas de queso. Sostuvo en el caso

el tribunal que *“en cuanto a la aplicación del principio de insignificancia, debe repararse en que el bien jurídico tutelado por el delito de hurto es el derecho de propiedad, entendido en el sentido amplio que le asigna la Constitución Nacional, y en tal inteligencia la insignificancia sólo puede jugar cuando es tal que lleva a despojar a la cosa de ese carácter, independientemente del mayor o menor valor de aquella, aspecto que es relevante sólo a los fines de graduar la pena (Del voto del Dr. Ciccario)”*.

Por último, el magistrado trajo a colación el pronunciamiento de la CSJN en el caso *“Leonardo Esteban Adami y otros s/hurto”*, en cuanto, en sentido conteste, sentenció allí que *“en el delito de hurto no se atiende a la entidad de la lesión patrimonial, sino a la violación del derecho de propiedad, independientemente del mayor o menor valor de la cosa, aspecto que es relevante sólo a los fines de graduar la pena”*, siendo en virtud de tales argumentos que la instancia de atipicidad efectuada por la defensa no encontró acogida favorable.

III. Contra el resolutorio de mención, la defensa particular del imputado interpuso recurso de casación a fs. 121/6 del cuerpo principal, el cual fue oportunamente concedido mediante el interlocutorio que luce glosado a fs. 131.

La defensa fundó sus agravios en ambos incisos del art. 456, CPPN y, en concreto, planteó que la condena de su pupilo resulta arbitraria en razón de: a) la incorrecta valoración de la prueba producto de la defectuosa aplicación del artículo 398 del Código de forma, en violación al principio de razón suficiente; b) la errónea interpretación y aplicación de los artículos 45 y 162, CP, en violación a la garantía del debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio.

Con relación al primer punto, adujo sin más que los elementos de prueba invocados no resultan contundentes para fundar una condena y que, incluso con la confesión de Cutule, se advierte que no existió un análisis adecuado del caso, toda vez que el hecho que se le adjudica a su asistido resulta atípico.

Por el resto, manifestó que -siempre a su criterio- el argumento de la decisión impugnada, en cuanto pretende que en el caso se estaría protegiendo la propiedad privada, se desvanece al advertir que los objetos fueron recuperados.

Agregó luego que la praxis judicial resultó en términos pecuniarios más cara al ciudadano que los elementos sustraídos propiamente dichos, que la lesión del bien jurídico afectado es insignificante y no resulta digna de tutela penal.

Asimismo, señaló que el análisis del caso no puede realizarse sin tomar en consideración a la parte perjudicada, esto es, la empresa “Farmacity”, para la cual los elementos sustraídos mal podrían representar una afectación significativa en su patrimonio. Al respecto, remitió a lo resuelto por la Sala VI de la CNACC en la causa “*Bargas, Matías*” (causa n° 25041, rta. con fecha 15/03/06) en cuanto se explicó allí que *“no toda lesión al bien jurídico propiedad configura la afectación típica requerida. En este sentido debemos recordar que el patrimonio no es un elemento abstracto, sino un atributo de la personalidad, como tal no debe juzgarse en forma aislada, sino en relación con su titular. Lo que para uno es una afectación mínima insignificante, para otro puede ser una afectación trascendente. Por ello el análisis de la afectación al bien jurídico no puede hacerse en forma abstracta o meramente formal”* y que *“desde el punto de vista de la teoría del delito, la afectación del bien jurídico cumple una función limitante de la tipicidad, no insignificante, resultaría, por ende atípica al no revestir entidad suficiente para demandar la intervención del Estado”*.

Alegó el defensor, en el mismo orden de ideas, que la protección penal a los bienes jurídicos mediante la pena debe ser el extremo último al que debe apelar el Estado frente a conductas que pongan en peligro o lesionen los presupuestos básicos de la vida social, de modo tal que no cualquier intento de afectación de bienes jurídicos es suficiente para legitimar la injerencia del Estado en el ámbito Penal, sino que debe revestir cierta relevancia. En tal sentido, concluyó, la continuación del

proceso ante una afectación tan nimia de la propiedad vulneraría el principio de racionalidad que debe verificarse en cualquier actividad estatal, máxime cuando se trata del ejercicio de la coerción penal, puesto que tal como enseña Zaffaroni -citó-, *“los casos de lesiones insignificantes de bienes jurídicos fueron relevados como atípicos por Welzel, conforme su teoría de la adecuación social de la conducta (...) posteriormente, el viejo principio mínima non curat Praetor sirvió de base para el enunciado moderno del principio de insignificancia o bagatela, según el cual las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen lesividad relevante a los fines de la tipicidad objetiva. La consideración conglobada de las normas que se deducen de los tipos penales, es decir, su análisis conjunto, muestra que tienden en general, como dato de menor irracionalidad, a prohibir conductas que provocan conflictos de cierta gravedad. No se trata sólo de una manifestación del principio de ultima ratio, sino del propio principio republicano del que se deriva directamente el principio de proporcionalidad, como demanda de cierta relación entre la lesión al bien jurídico y la punición”* (cfr. *Derecho Penal, Parte General*, Bs. As. Ediar, 2000, pp. 471 y ss.).

Finalmente, la defensa trajo a colación lo resuelto por la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal en el expediente n° 6288 *“Ficola, Rubén Oscar s/rec. Casación”* -rta. 20/3/2006- en el cual, en el marco de un proceso seguido por el delito de injurias, se decidió absolver al encausado argumentándose al efecto que: *“No todo injusto ha de ser penal, porque el injusto penal ha de ser un injusto cualificado. Ello puede fundarse en el principio de insignificancia, ya ampliamente admitido como criterio interpretativo limitador de los tipos penales y que a su vez se basa en principios más generales como el de proporcionalidad de la intervención penal (conf. Mir Puig, Santiago, Op. Cit. Pág. 419)... En este sentido el principio de insignificancia se distingue como subespecie de la adecuación social porque no supone total aprobación social de la conducta, sino sólo una relativa tolerancia de la misma por su escasa gravedad”*.

De igual modo, se valoró en el pronunciamiento que *“el análisis de la afectación al bien jurídico no puede hacerse en forma abstracta o meramente formal. Desde el punto de vista de la teoría del delito, la afectación del bien jurídico cumple una función limitante de la tipicidad, no integrándola, de modo tal que una lesión insignificante, resultaría, por ende atípica al no revestir entidad suficiente para demandar la intervención del Estado (...) la insignificancia de los elementos que...habría intentado sustraer excluye la tipicidad”*. Precisó además el defensor que de manera más reciente, el Dr. Bunge Campos mantuvo su postura en el voto en disidencia en la causa n° 47421/2014/CA1 *“M.B., M.C.”* del 14 julio de 2015.

Prosiguió la defensa haciendo suyos los términos del decisorio del Juzgado Nacional en lo Correccional n° 14 en oportunidad de resolver en la causa n° 21301/2015 *“MCRAB”* -rta. 13/08/15-, en cuanto precisó que: *“Puntualmente con relación a la vigencia de los institutos abarcados en la Ley 27.147 que reforma el Código Penal, a saber, extinción de la acción penal (con la incorporación de las nuevas causales extintivas en los incisos 5) y 6) del art. 59 del Código Penal reformado), clasificación de las acciones y suspensión de juicio a prueba, entiendo que la interpretación del art. 6° de la Ley de aprobación del Código Procesal Penal (Ley 27063) permite concluir que esos institutos han entrado en vigencia plena a partir del 17 de junio de 2015, fecha de la promulgación de la Ley de reforma del Código Penal”*.

Asimismo, el defensor hizo reserva de caso federal en función del art. 14 de la Ley n° 48, por afectación del principio del debido proceso legal consagrado en la Constitución Nacional (arts. 18 y 75 inc. 22, CN).

IV. Que recibidas en esta Cámara las actuaciones, se dispuso su ingreso al sistema y se procedió a notificar al recurrente, quien -a tenor de lo dispuesto en los arts. 464 y 465, CPPN-, mantuvo en tiempo y forma el recurso interpuesto (fs. 137).

V. Reunida en acuerdo la Sala de Turno, resolvió de conformidad con la regla práctica 18.2 remitir el presente caso a la Oficina Judicial

para que lo asigne a una sala del tribunal, otorgándole el trámite previsto por el art. 465, CPPN.

VI. Desinsaculada esta sala, se procedió a celebrar la audiencia prevista por los arts. 465 y 468, CPPN; a la que compareció el Dr. Pablo Luis Alberto Lorenzo, a cargo de la asistencia técnica del imputado. En aquélla, el letrado mantuvo el recurso oportunamente deducido, argumentó su posición y respondió preguntas del tribunal.

VII. Sobre los aspectos reseñados se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO

El juez Daniel Morin dijo:

1. Debo intervenir en razón de la impugnación deducida por el defensor del imputado Pablo Alejandro Cutule contra el pronunciamiento del Juzgado Nacional en lo Correccional n° 6, Secretaría n° 101, que resolvió condenar al nombrado a la pena de quince (15) días de prisión de efectivo cumplimiento y costas por considerarlo autor penalmente responsable del delito de hurto en grado de tentativa (cfr. arts. 29, inc 3°, 40, 41, 42, 45 y 162 del Código Penal y 530 y 531 del Código Procesal Penal) con motivo de la sustracción de dos desodorantes de pie marca Efficient y un jabón marca Dove del local perteneciente a la empresa “Farmacity” sito en Av. Cabildo 2347 de esta Ciudad; pena que fue finalmente sustituida por setenta y ocho (78) horas de trabajos comunitarios no remunerados a realizar en la Iglesia Santísima Trinidad (cfr. fs. 116/20).

2. La defensa se agravia en los términos del art. 456, CPPN, planteando dos cuestiones sustanciales, a saber: a) la incorrecta valoración de la prueba producto de la defectuosa aplicación del artículo 398 del Código de forma, en violación al principio de razón suficiente -al respecto, aduce que los elementos de convicción incorporados al expediente carecen de virtualidad para arribar a la condena de su asistido-; y b) la errónea interpretación y aplicación de los artículos 45 y

162, CP, en violación a la garantía del debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio. Sobre este punto, alega que la conducta desplegada por aquél resulta atípica en virtud de los principios de oportunidad e insignificancia, dado que la nimiedad de los objetos sustraídos no alcanza a vulnerar la propiedad, como bien jurídico tutelado en el caso.

3. En cuanto a la materialidad del suceso, resultan contundentes los elementos de prueba reunidos durante la instrucción que se suman al reconocimiento liso y llano que efectuó el propio imputado (cfr. fs. 113). Así, los testimonios precisos y coherentes de Juan Carlos Mauriño (fs. 1), Soledad Viviana Escobar (fs. 9), Pablo Diego Cecere (fs. 11), Silvio Gabriel Rojas (fs. 5), Enrique Oscar Rodríguez (fs. 6) y David Pintos (fs. 27), el acta de detención (fs. 3), el acta de secuestro (fs. 4), el acta de notificación de derechos (fs. 21/3), el informe médico legal (fs. 26), los croquis del local (fs. 7), el plano del recorrido efectuado por el imputado (fs. 29), las fotografías (fs. 30/1), el informe pericial (fs. 32) y los tickets de los elementos sustraídos (fs. 33), valorados en conjunto, permiten tener por acreditado el hecho y la intervención del imputado en aquél, de modo tal que el agravio ensayado, en este punto, debe ser rechazado.

4. En segundo término, sugiere la defensa que la conducta de su pupilo resulta atípica por aplicación del principio de insignificancia y oportunidad, proposición que fue rechazada en el resolutorio que aquí se impugna. Para así resolver sostuvo el juez de la instancia, por un lado, que “ninguno de los dos principios se encuentra legislado en la actualidad en el elenco de normas penales y procesales” y, en consonancia con los precedentes “B., D. A. s/procesamiento” de la Sala VII de la CNACC y el fallo “Adami” de la CSJN, argumentó a continuación que el bien jurídico que protege el artículo 162, CP es la propiedad y que ésta se afecta con la simple sustracción de la cosa, de modo tal que resulta indiferente su mayor o menor valor, circunstancia que solo determinará la magnitud de la lesión al patrimonio de la víctima y debe tomarse en consideración al momento de establecer la pena. Así, reprodujo el magistrado el pilar que

históricamente ha sostenido a nivel doctrinario y jurisprudencial el carácter típico de las conductas que no alcanzan a dañar significativamente bienes jurídicos o, en su caso, que no repercuten de un modo relevante a nivel social. En efecto, de manera prácticamente invariable los tribunales que se han pronunciado en ese sentido han invocado lo resuelto por la CSJN en el referido caso “*Adamí*”, en cuanto sentenció que la irrelevancia “*sólo puede jugar cuando es tal que lleva a despojar a la cosa de ese carácter. Es que no se atiende a la entidad de la lesión patrimonial, sino a la violación al derecho de propiedad, independientemente del mayor o menor valor de la cosa, aspecto que es relevante sólo a los fines de graduar la pena*” (CSJN, Fallos 308:1796).

5. Primeramente, es preciso echar luz sobre el confuso panorama que presenta el principio de insignificancia en su aplicación. Ello así, toda vez que aquél es susceptible de ser invocado a dos niveles, a saber: desde un posicionamiento de fondo, la insignificancia opera como fundamento de la atipicidad de las conductas de ínfima trascendencia social o que afectan bienes jurídicos de un modo no significativo para el sistema penal; de otra parte, aún de considerarse que no actúa a nivel del tipo, esto es, que no podría tener por efecto excluir de aquél determinadas conductas por su mayor o menor lesividad, la insignificancia puede justificar el cese del ejercicio de la acción penal como criterio de oportunidad.

En efecto, se alega en lo sustancial que, dada la incapacidad (humana y material) del sistema penal para investigar todas las conductas, se impone como política criminal la selección de aquellas que generan un mayor impacto y, en consecuencia, ameritan la respuesta punitiva por parte del Estado. Lo que resulta evidente, en todo caso, es que -sea ya por truncar la tipicidad o como criterio de oportunidad-, la insignificancia debe tener por efecto expulsar hechos como el que se investiga en estos actuados de la intromisión más gravosa del Estado sobre los derechos individuales -así la respuesta penal-, frente a los

cuales deberán procurarse medios alternativos de resolución del conflicto.

6. Al cuadro de situación expuesto, cabe agregar un matiz adicional, puesto que la insignificancia, considerada como obstáculo para la integración del tipo, puede ser abordada bajo distintos presupuestos, según el fin que se asigne al derecho penal.

Así, sabido es que para Roxin -entre muchos otros- el derecho penal tiene por objeto la protección de bienes jurídicos. Al respecto, ha sostenido que *“un concepto de bien jurídico vinculante político-criminalmente solo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la ley fundamental, de nuestro Estado de derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. Los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”* (Roxin, Claus: *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, p. 55/6).

Ahora bien, aun cuando mediante el derecho penal se protegen los bienes jurídicos -agrega-, los principios que lo orientan, entre ellos, el de *ultima ratio*, exigen que sea la última instancia a considerar, de modo tal que existiendo alternativas que no importen la aplicación de una pena disponibles, aquéllas deben preferirse para salvaguardar los bienes: *“como el derecho penal posibilita la más dura de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico”* (Roxin, op. cit.).

En el mismo orden de ideas, el derecho penal protege solo una parte de los bienes jurídicos, e incluso esa porción no siempre de modo general, sino frecuentemente (como en el caso del patrimonio) frente a

formas de ataque concretas y de cierta entidad. Esta limitación se desprende de otro principio del derecho penal, a saber, el de proporcionalidad, que a su vez deriva del principio republicano y demanda la existencia de cierta relación entre la lesión al bien jurídico y la punición.

Al respecto, se ha dicho que *“La consideración conglobada de las normas que se deducen de los tipos penales, es decir, su análisis conjunto, muestra que tienden en general, como dato de menor irracionalidad, a prohibir conductas que provocan conflictos de cierta gravedad. No se trata sólo de una manifestación del principio de ultima ratio, sino del propio principio republicano, del que se deriva directamente el principio de proporcionalidad, como demanda de cierta relación entre la lesión al bien jurídico y la punición”* (Zaffaroni, Raúl Eugenio; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro; *Derecho Penal – Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 472).

Luego, de la propia Constitución Nacional, en cuanto en el art. 19 establece la distinción entre derecho y moral, se desprende el principio de lesividad, conforme al cual no puede haber tipo penal sin afectación a un bien jurídico o, en otros términos, *“no puede haber delito que no reconozca como soporte fáctico un conflicto que afecte bienes jurídicos ajenos”* (op. Cit., p. 120). La lesión, empero, es condición necesaria pero no suficiente, puesto que no cualquier afectación amerita su categorización como delito y el consiguiente ejercicio del poder punitivo, sino que debe tratarse de una lesión significativa -real, ostensible y grave-.

Los principios mencionados, entonces, imponen a los jueces abstraerse de soluciones dogmáticas alejadas de las particulares circunstancias del caso; en este sentido, no resulta suficiente que un hecho determinado en una primera aproximación parezca subsumirse en un tipo penal, sino que resulta menester analizarlo a la luz de su lesividad concreta, su significancia social y la razonabilidad y proporcionalidad ínsitas al principio republicano, consideraciones tales que pueden motivar su exclusión del tipo, toda vez que el derecho penal a través de la tipificación de conductas, insisto, no procura proteger todos los bienes

jurídicos, ni aún aquéllos que escoge –por su relevancia en determinado momento histórico-, los protege en toda su extensión, de modo tal que existen determinadas afectaciones a esos bienes que no superan el umbral requerido por la norma y por ello quedan excluidos del tipo. En este orden de ideas, *“las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen lesividad relevante a los fines de la tipicidad objetiva”* (Zaffaroni - Alagia - Slokar, op. cit., p. 471).

Al respecto, es dable traer a colación las reflexiones de la jueza Garrigós de Rébora al expedirse en disidencia en la causa *“Morales Sandoval”*, en el marco de la cual consideró que correspondía sobreseer al imputado, toda vez que el objeto del cual se había apoderado –el estuche de una cámara fotográfica- era, por insignificante, inidóneo para llenar la tipicidad objetiva del artículo 164 del Código Penal: *“el principio republicano que se desprende del artículo 1º de nuestra Constitución Nacional -pilar fundamental de nuestro Estado de derecho-, impone la necesidad de respetar al máximo otros principios que de él derivan, cuales son los de proporcionalidad y razonabilidad que deben regir entre la lesión a bienes jurídicos penalmente protegidos y la punición que se implementará como consecuencia de ella (...) parece claro que es al amparo de ellos que deben evaluarse los postulados del principio de insignificancia en cuanto limitador del aparato punitivo en un Estado de derecho (...) Es que cuando la afectación a un bien jurídico es ínfima, ninguna reacción de carácter penal puede presentarse como razonable y proporcional. Por ello, un juego armónico de los presupuestos que se desprenden de los principios constitucionales de proporcionalidad, razonabilidad y lesividad, impiden que aquellas lesiones de carácter mínimo a los bienes jurídicos puedan considerarse como lesiones jurídicamente relevantes a los fines del derecho penal”* (CNACC, Sala V, causa nro. 32.365 *“Morales Sandoval, Sergio Maximiliano y otro”*, rta. 20 de junio 2007; en el mismo sentido se pronunció en las causas n° 25.788, Sala IV, rta.14/3/05 y n° 29.197 *“Rivas, María Beatriz”*, Sala V, rta. 26/5/06).

El principio de insignificancia, como principio interpretativo limitador de la tipicidad, fue recogido también en la causa n° 39.227

“*Brizzolaro, Marta Isabel s/hurto en tentativa*” del registro de la Sala V de la CNACC -en el marco de la cual se endilgaba a la imputada el intento de sustracción en un supermercado de un chocolate blanco marca “Día”, cuyo valor era de dos pesos aproximadamente-. Al respecto, se sostuvo que “*en el análisis del suceso prevalece la aplicación del principio de insignificancia, pues la mínima afectación al bien jurídico protegido conlleva consecuencias en el ámbito de la teoría del delito, en donde verificamos que no se dan los requisitos del tipo objetivo. Hemos sostenido en anteriores precedentes (in re: causa n° 38.573 “Ramos” rta: 3/3/2010 y causa n° 267 de la Sala de FERIA “Drogo”, rta: 28/1/09, entre otros) que el citado principio permite restringir la literalidad formal de los tipos penales, pues la afectación a la propiedad es tan nimia que carece de relevancia jurídico penal*”. Se valoró, asimismo, que aquella interpretación “*es consecuente con los fines del derecho penal y deriva de los principios constitucionales limitadores del poder punitivo, fundamentalmente los de mínima intervención, racionalidad, proporcionalidad y lesividad que parangonan la magnitud de la afectación al bien jurídico y la pena conminada. En otras palabras, los ataques insignificantes no pueden ser jamás sindicados por el tipo como merecedores de pena (Conf. García Vitor, Enrique Ulises, “La insignificancia en el Derecho Penal. Los delitos de bagatela”, pag. 40 y ss., Editorial Hammurabi, 2000)*”.

Como en el caso que aquí nos ocupa -esto es, el intento de hurto por parte del imputado Cutule de dos desodorantes de pie y un jabón-, se trataba de un supuesto que ofrecía un mínimo disvalor objetivo de acto, de modo tal que la acción no podía ser típica, y no puede serlo tampoco en las circunstancias que ahora se traen a estudio de esta Sala.

Son numerosos los pronunciamientos que han receptado este criterio con fundamento en los principios que ordenan el derecho penal: así, los de *ultima ratio* y de lesividad y, como derivación directa del principio republicano, los de proporcionalidad y razonabilidad. Cabe recordar al respecto que “*los principios rectores del derecho penal deben ser entendidos como fórmulas garantizadoras (y no meras construcciones teóricas) que constituyen límites al poder del Estado para la aplicación de la violencia pública*

estatal” (cfr. Binder, Alberto, *Introducción al derecho penal*, Ad hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 103/4).

A mero título enunciativo es relevante recordar el ilustrado voto de la jueza Ledesma en la causa “*H. H. Gerbasí*” -en la cual se acusaba al imputado por el intento de sustracción de dos piezas de carne tipo palomita del interior de un supermercado Día-. La magistrada advirtió que “*los sistemas inquisitivos como el que en gran medida aún rige en el ámbito de la justicia federal, tienen su centro de gravedad en la infracción al orden y no en el conflicto. Es que, basta con la mera lesión al ordenamiento para que se articulen de manera automática (y muchas veces irracional) todos los mecanismos burocráticos estatales de persecución penal, sin una finalidad encaminada a ordenar esa conflictividad, gestionarla y finalmente dar soluciones específicas. En sentido opuesto, los sistemas de justicia de bases más democráticas, se fundan en la noción de conflicto, lo cual significa que se privilegia la resolución de los casos mediante parámetros de tolerancia y de no abuso de poder, con una clara atención al caso concreto, a la víctima afectada y al alcance del daño producido. Claramente, si la noción fundamental es el conflicto, su ausencia, o su mínima incidencia en el entramado social, determinan la retracción de los poderes punitivos para abrir camino a otro tipo de respuestas menos violentas*” (Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa 15.556, caratulada “*Gerbasí, H. H. s/recurso de casación*”, rta. 8/05/12, registro n° 20.751).

Concluyó así que en aquellos supuestos en los que se prescinde de considerar la significación del daño al bien jurídico atendiendo al interés concreto de la víctima, la actuación del Estado se queda huérfana de una finalidad legítima, “*pues sólo se basa en el mero incumplimiento del ordenamiento (cristalizado en la noción de desobediencia al soberano y sumisión), lo cual, insisto, obedece a un tipo de Estado cuyo único fin es sostener su propia autoridad, independientemente de los intereses subjetivos en juego*” (cfr. causa 15.556, caratulada “*Gerbasí, H. H. s/recurso de casación*”, rta. 8/05/12, Registro n° 20.751. Cabe destacar que en similar sentido se pronunció en la causa n°

7572 “Barrios, Sebastián Matías s/ recurso de casación”, rta. 10/04/2007, reg. 323/07, entre otras).

No es posible tampoco soslayar las observaciones del juez Slokar en el mismo decisorio en cuanto advirtió que: *“Este caso refleja cuán irracional es nuestro sistema, tanto desde el punto de vista de fondo (al no haberse adoptado una solución acorde con los principios de lesividad, proporcionalidad y mínima intervención), como desde la forma en que fue tramitado (...) el conato de desapoderamiento de dos trozos de carne vacuna de 1500 g. con el precio de venta al público de \$ 26,57 y \$ 27,05 de un local perteneciente a una cadena de supermercados, motivó desde hace más de cuatro años la actuación de distintas oficinas, agentes y otros medios de diversas instancias del sistema de “justicia” (¿) penal contra quien (...) “las fotos de fs. 17 revelan una extrema delgadez” “desocupado al momento del hecho” con “falta de recursos económicos propios” y el “propósito...de comerse la carne”, a la sazón condenado a quince días de encierro y jal pago de las costas?”.*

Observó seguidamente el juez que *“Allí radica la irracionalidad del sistema inquisitivo que no ofrece respuestas diferenciadas de acuerdo a la problemática concreta del caso, sino que aplica automáticamente la violencia estatal frente al mero incumplimiento. Esta lógica atenta contra una buena administración de justicia, pues impide que los esfuerzos de jueces, fiscales y funcionarios se oriente a los casos de mayor complejidad y/o trascendencia social (...) En efecto, lo más sencillo frente a los delitos es moverse hacia los que son más evidentes por lo burdo de sus conductas, que son protagonizadas por los más vulnerables que carecen del apoyo de grupos con capacidad para generar problemas a la propia burocracia, luego, las que son más estigmatizadas por los medios masivos porque son las que redundan en mayor crédito público para la agencia misma (...) hay una discriminación que es estructural del poder punitivo, empero, al mismo tiempo, existe una mecánica que puede llevar a los funcionarios actuantes a extremos tales de perder toda estimativa jurídica, impulsando el proceso y hasta acelerando el juicio para justificar demoras y adoptar decisiones que -prefiero así sospecharlo- deben repugnar a su propia conciencia”* (causa n° 15.556,

caratulado “*Gerbasí, H. H. s/ recurso de casación*”, rta. 8/05/12, Registro nº 20.751).

Huelga aclarar una vez más que no muy distinta es la situación que se presenta en el caso, con un imputado, por cierto confeso, sometido a proceso penal desde el 5 de mayo de 2014 -esto es, hace más de tres años-, precisamente por haber intentado sustraer sin violencia en las personas ni fuerza en las cosas dos desodorantes de pie y un jabón de la sucursal de una reconocida empresa para la cual la lesión patrimonial hubiera resultado por cierto ínfima, pero que, de cualquier modo, recuperó los elementos objeto del pretendido delito.

Nótese que, por otra parte, el decisorio impugnado omite toda consideración a las circunstancias particulares del imputado; así, su situación de desempleo, que posee un nivel de instrucción elemental (secundario incompleto), que se trata de una persona en situación de vulnerabilidad como portador de V.I.H -en control en un hospital público-, en razón de lo cual percibe una pensión por discapacidad de mil ochocientos pesos (\$1.800) mensuales por parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que, junto con una tarjeta que se le otorgó para realizar distintas compras sobre productos comestibles y artículos de limpieza que le aporta alrededor de trescientos pesos (\$300) por mes y un aproximado de mil quinientos (\$1.5000) pesos que dijo percibir a raíz de “changas” que realiza, constituyen sus únicos ingresos, ciertamente insuficientes para costear sus necesidades y las de su hogar (cfr. constancias glosadas a fs. 17, 22 y 48vta).

Tampoco son adecuadamente valoradas las particularidades del hecho -a saber: que el encausado se hizo cargo de la imputación y contribuyó a su esclarecimiento, que la sustracción se efectuó sin violencia y que los elementos fueron recuperados por el establecimiento- ni el daño concreto en relación a la víctima. En el caso, el hurto de dos desodorantes y un jabón mal pudieron lesionar significativamente el patrimonio de la empresa “Farmacity”. Al respecto, resulta pertinente

recordar lo apuntado por el Juez Bunge Campos en reiteradas oportunidades en el sentido de que no toda lesión al bien jurídico “propiedad” configura la afectación típica requerida: *“debemos recordar que el patrimonio no es un elemento abstracto, sino un atributo de la personalidad, como tal no debe juzgarse en forma aislada, sino en relación con su titular. Lo que para uno es una afectación nimia e insignificante, para otro puede ser una afectación trascendente. Por ello, el análisis de la afectación al bien jurídico no puede hacerse en forma abstracta o meramente formal. Desde el punto de vista de la teoría del delito, la afectación del bien jurídico cumple una función limitante de la tipicidad, no integrándola, de modo tal que una lesión insignificante, resultaría, por ende atípica al no revestir entidad suficiente para demandar la intervención del Estado. En este punto debemos necesariamente recordar el carácter de última ratio del derecho penal”* (así, CNAC, Sala VI, causa n° 25.041, “Bargas” -rta. 05/11/2004-, causa n° 28.348, “Gómez” -rta. 15/03/2006-, “Bueno” -rta. 20/06/2006- y causa n° 31.326 “Rosich” -rta. 1/03/2007-, entre otras).

En síntesis, tribunales de diversas instancias y jurisdicciones se han expedido en el sentido de considerar excluidos de los respectivos tipos penales los hechos que revisten ínfima lesividad, en atención a las particularidades del caso (así, CNCP, sala III, “Ruiz de la Vega, Carolina”, rta. 8/6/2004, las causas de la CNACC n° 40.521. “B., D. A.”, Sala VII, rta. 10/03/11, causa n° 36.185 “Gerban, Alfredo Javier”, rta. 31/03/09, entre otras).

Sin embargo, una consideración particular merece el ya remoto caso “Lucero”, en el marco del cual se había condenado al imputado como autor del delito de privación de la libertad previsto en el artículo 141 del Código Penal, toda vez que, como chofer de un colectivo de la línea 148 impidió que dos pasajeros descendieran en las paradas que debían hacerlo, permitiendo el descenso una o dos paradas después. Si bien en la alzada el resultado fue adverso a Lucero, importa recordar que el entonces juez de primera instancia, Eugenio Zaffaroni, estimó que la conducta no configuraba la tipicidad de la privación ilegal de la libertad.

Al respecto, explicó -en el mismo orden de ideas que he venido desarrollado- que los tipos exigen afectaciones de bienes jurídicos y que las penas reflejan el disvalor jurídico de la conducta típica, por lo cual deben guardar una proporción con la magnitud de la afectación al bien. En este sentido, si la afectación es muy ínfima se quiebra la proporcionalidad revelando con ello que el tipo no ha querido abarcar dicha conducta de afectación insignificante. De lo contrario, precisó Zaffaroni, se lesionaría el art. 18 de la Constitución Nacional en cuanto prohíbe la aplicación de penas crueles por ser la pena irracionalmente inadecuada a la magnitud del injusto. Asimismo, manifestó que el principio republicano impone que los actos de gobierno sean racionales y, en consecuencia, exige que el poder judicial entienda a los tipos penales de manera tal que no abarquen conductas que, aunque la letra textual entre en su descripción, no presenten un mínimo racionalmente exigible de entidad de peligro o lesión.

7. Ahora bien, advertí en un comienzo que la insignificancia, considerada como un obstáculo para la integración del tipo penal, puede ser abordada bajo distintos presupuestos, en función del fin que se asigne al derecho penal.

Hasta aquí, partiendo de una concepción que entiende que, a través de los tipos penales, aquél tiene por objeto principal la protección de determinados bienes jurídicos frente a daños que alcanzan cierta magnitud, se deduce que las afectaciones insignificantes resultan atípicas toda vez que, en virtud de los principios que regulan la materia, no constituyen lesividad relevante.

No obstante, interesa señalar que la insignificancia opera a nivel del tipo aún si se parte de un presupuesto diverso en cuanto al sentido del derecho penal. Es dable recordar, en este orden de ideas, que para Welzel la misión de aquél consiste en *“la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de bienes jurídicos particulares (...) bien jurídico es un bien vital de la comunidad o del*

individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente (...) es todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones”.

Desde este punto de vista, la suma de los bienes jurídicos constituye el orden social y, por ello, *“la significación de un bien jurídico no ha de apreciarse aisladamente en relación a él mismo, sino en conexión con todo el orden social”* (Welzel, H: *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976, p. 15).

Así, sostuvo el jurista que los tipos penales *“señalan las formas de conducta que se apartan gravemente de los órdenes históricos de la vida social”*, de modo tal que lo relevante a los efectos del tipo no es si como consecuencia del acto se produce la lesión a un bien jurídico, sino que *“para constituir una acción típica la acción se debe apartar del marco del orden social “histórico”, normal, de la vida”*; si es una actividad socialmente adecuada, no resultará típica (cfr. Welzel, op. cit. pp. 83/4 -el resaltado me pertenece-).

Va de suyo -aunque así lo apuntó de manera expresa el autor- que las conductas *“socialmente adecuadas”* no son necesariamente ejemplares, sino conductas que se mantienen dentro de los límites de la libertad de acción social y así *“la adecuación social es en cierto modo la falsilla de los tipos penales: representa el ámbito “normal” de la libertad de acción social, que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos. Por esto quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas, aún en todos aquellos casos que pudieran ser subsumidas en ellos, por ejemplo, de acuerdo a criterios causales”* (Welzel, op. cit. p. 85).

Así, ejemplifica Welzel, la participación en el moderno tráfico motorizado, ferroviario o aéreo es una actividad socialmente adecuada, de modo que, por caso, un sobrino no realiza una acción típica de homicidio si anima a su tío, del que es heredero, a utilizar con frecuencia los medios de transporte con la esperanza (fundada) de que muera prematuramente en un accidente. Naturalmente, si el sobrino se

aprovechase de un atentado planeado contra el tren, del cual tuviera noticia por casualidad, su conducta no sería socialmente adecuada.

De igual modo, explica, son socialmente adecuados y no quedan comprendidos en tipos penales los negocios que se mantienen dentro de los límites de una gestión ordenada, aunque luego resulten desventajosos, las lesiones corporales insignificantes, las privaciones de libertad irrelevantes, el jugar pequeñas cantidades, las conductas meramente indecorosas o impertinentes, de los delitos contra la honestidad. También trae a colación el caso de los esposos, que se encuentran obligados jurídicamente a la vida conyugal; sin embargo, de la infracción de este deber solo se derivan consecuencias para la existencia del matrimonio. Su cumplimiento -de acuerdo a la convicción actual de la libertad personal- no puede ser impuesto y mucho menos colocado bajo protección penal. Por ello, el abandono de la vida conyugal es una conducta socialmente adecuada, que se mantiene dentro de los límites de la libertad de acción social y sigue siéndolo aunque dé lugar al peligro -cognoscible por el cónyuge- de que el otro cónyuge se suicide.

Desde este punto de vista, esto es, analizada a la luz de la adecuación social, la insignificancia también se produce en el marco de la teoría del delito a nivel del tipo, toda vez que, por la ínfima repercusión social de determinadas conductas, no logran permear el umbral de lo *socialmente adecuado* como para ser consideradas delito en sentido estricto y merecedoras de pena.

De ordinario los bienes jurídicos se encuentran expuestos a riesgos y daños sin que ello suponga relevancia jurídico-penal alguna, de modo tal que el problema, entonces, se refiere a determinar si en el caso en concreto la afección del bien se mantiene dentro de los límites que se estiman consustanciales a ese funcionamiento de la vida social o bien atraviesa la línea que amerita la intervención penal por parte del Estado en función del daño social que apareja. También en esa valoración

entran en juego los principios que emergen del sistema republicano -proporcionalidad y racionalidad-, y los que guían el derecho penal –*ultima ratio*, mínima intervención y lesividad-.

De manera irreductible y en cualquiera de ambos posicionamientos en relación con los fines del derecho penal, la insignificancia -a la luz de los principios sindicados, todos ellos recogidos por la Constitución Nacional (cfr. arts. 1, 18, 19, 28, 31 y 75, inc. 22, CN)-, imposibilita la integración del tipo: el principio *minimis non curat Praetor* exige que se supere un umbral mínimo de afectación al bien jurídico o bien una significativa lesividad social para que la conducta pueda ser considerada relevante y encontrarse prohibida bajo sanción penal.

8. Este criterio es, por otra parte, el único que resulta compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, que recepta los mismos principios de proporcionalidad, racionalidad y *última ratio*.

De manera reciente, el Tribunal Oral en lo Criminal nt° 21 con la actuación unipersonal del juez Adrián N. Martín, resolvió sobreseer al imputado -una persona en situación de calle y sin trabajo a quien se endilgaba la sustracción de dos envases de shampoo y tres de acondicionador de una cadena de supermercados, hecho calificado como robo en grado de tentativa-, por aplicación del principio de insignificancia, considerando que ello resulta imperativo en los casos de mínima afectación del bien jurídico a los efectos de lograr que la aplicación de la ley penal se enmarque dentro de los principios constitucionales que deben guiarla.

Indicó al respecto que “*como ha destacado tanto la CSJN como la Corte IDH, ante el pedido de habilitación de poder punitivo no se puede prescindir de tener en cuenta los principios de lesividad, proporcionalidad y de utilización de la vía punitiva exclusivamente como el último recurso frente a los conflictos más graves*”, y recordó que, en esa línea, la CSJN señaló que “*...el derecho penal debe ser la ultima ratio del orden jurídico y el principio pro homine impone privilegiar la*

*interpretación legal que más derecho acuerde al ser humano frente al poder estatal” (CSJN, “Acosta”, Fallos 331:858), mientras que la Corte IDH sostuvo que “...la tipificación de delitos no debe resultar contraria al principio de intervención mínima y de ultima ratio del derecho penal. **En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado**”, y que “...**el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido**” (Corte IDH, “Kimel vs. Argentina”, sentencia de 2 de mayo de 2008, párrs. 76 y 77, entre muchos otros)” (cfr. causa n° 4917 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 15 de Capital Federal, caratulada “B, HO”, rta. 1/03/17 -el resaltado me pertenece-).*

Así, en casos como el que aquí nos ocupa no es posible soslayar la descomunal desproporción que implica la respuesta punitiva frente a la insignificante afectación de bienes jurídicos. Comparto entonces también en este punto las reflexiones del magistrado al advertir que la enorme mayoría de los casos en los que se analiza la nimia afectación se trata de hechos en los que el bien jurídico en cuestión es la propiedad, “*la cual, necesariamente –y sin desconocer las previsiones del art. 17 CN y el art. 21 CADH–, ocupa un lugar de menor jerarquía en relación a otros bienes jurídicos (en una línea similar, CSJN, “Gramajo”, G. 560. XL, consid. 19). Ello además se ve reforzado cuando esa afectación recae en emprendimientos comerciales que, por imposición de las leyes o por el propio giro comercial, aseguran las mercaderías que venden y, de hecho, contemplan pérdidas por causas vinculadas a su transporte, acopio, o incluso robos, al establecer su precio de venta. La incidencia que en ello tiene el principio de proporcionalidad también merece ser analizada. No es menor, en este contexto, destacar que las grandes cadenas comerciales poseen instalados circuitos de vigilancia y personal de seguridad tendientes a evitar este tipo de desapoderamientos de menor*

entidad y, además, que emplear la vía penal en estos casos equivale a una erogación de gastos para el Estado que de ningún modo se condice con el daño que se invoca como pretexto para la habilitación del uso de su fuerza’.

9. Ahora bien, no puedo desconocer a esta altura, y en efecto así lo he apuntado, que un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia no comparten este criterio, esto es, rechazan la posibilidad de excluir del tipo penal las conductas lesivas, independientemente de la mayor o menor afectación al bien jurídico o de su mayor o menor significancia a nivel social. Sin embargo, **aún en tal caso acuden criterios de oportunidad** que imponen, ya de manera ineluctable, la ajenidad del sistema penal frente a hechos insignificantes.

Así lo exigen, en efecto, razones de economía procesal y, particularmente, una política criminal sensata y que establezca prioridades que se ajusten al programa diseñado por la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país en la materia. Aquélla demanda, asimismo, que ante casos semejantes se apliquen medios alternativos de resolución del conflicto. Señalaba al respecto Roxin que *“el legislador debe estatuir una contravención allí donde una sanción no penal baste para asegurar el fin que persigue. Así sucede sobre todo en el caso de delitos que suponen solo un menoscabo insignificante de bienes jurídicos”*; y, considerando que muchas veces las sanciones administrativas o el deber de indemnización civil despliega un considerable efecto preventivo y a menudo son más eficaces que la persecución penal *“tendría pleno sentido (...) que los pequeños hurtos en tiendas se compensaran con prestaciones dinerarias al propietario del establecimiento...”* (Roxin, op. cit, p. 66).

Yendo a fondo del asunto, cabe controvertir, en primer lugar, la afirmación del juez Litvack en cuanto refiere que los criterios de oportunidad -y enmarcado en aquéllos el principio de insignificancia- no han y, en todo caso, no habían recibido acogida favorable en el

ordenamiento penal a nivel nacional a la fecha del pronunciamiento, a saber, 9 de noviembre de 2015.

En efecto, es dable recordar inicialmente que la Ley n° 27.147 que reformó el artículo 59 del Código Penal fue sancionada el 10 de junio de 2015 y entró en vigencia dos días más tarde. El nuevo artículo 59, por su parte, contempla distintos supuestos de extinción de la acción penal y, entre ellos, enumera de manera expresa en el inciso 5, la posibilidad de que la acción se extinga “*por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes*”.

Como oportunamente advirtió el Juez Sarrabayrouse al pronunciarse en el marco de la causa “*Verde Alva, Brian Antoni s/ recurso de casación*” (causa n° 25872/2015, registro n° 399/2017 de esta Sala, rta. 22/05/2017), “*la reforma introducida en el CP por la ley 27.147, se insertó en un marco más general vinculado con la sanción de un nuevo CPPN (ley 27.063). Ante la suspensión de su entrada en vigencia, los caminos se bifurcaron: parte de la doctrina considera que las nuevas causas de extinción de la acción penal pueden aplicarse sin depender de la reglamentación procesal; otros opinan que hasta tanto esto último no ocurra, los nuevos institutos no pueden aplicarse. La misma división se advierte en la jurisprudencia (...) lo que define cuál es la interpretación adecuada es que la reforma del art. 59, CP, ha sido consecuencia de una competencia del legislador nacional en la materia; la practicó atento el carácter sustantivo del ejercicio y la extinción de la acción penal. El fundamento de esta facultad se encuentra en la necesidad de establecer real y efectivamente la unidad penal en el territorio nacional e instrumentar los medios necesarios para que aquel objetivo no se torne ilusorio como consecuencia del régimen federal de nuestro país, que permite la convivencia de tantos ordenamientos procesales como provincias componen el Estado argentino (...) Con ello, también se garantiza la vigencia del principio de igualdad en la aplicación de la ley penal*”.

Una inteligencia contraria, en consecuencia, acarrearía que los criterios de oportunidad -y específicamente el principio de insignificancia- sean aplicados en numerosas provincias cuyas

legislaciones, como desarrollaré más adelante, ya contemplan estos mecanismos, ocasionando una disparidad a nivel nacional.

A ello cabe agregar, como así lo ha destacado mi colega, que la reforma del art. 59 del código de fondo resuelve la contradicción normativa existente entre los arts. 71 y 274, CP -que imponen perseguir de oficio todas las acciones penales y el delito por no promover “...*la persecución y represión de los delincuentes...*”- y los criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal establecidos en los diferentes ordenamientos procesales provinciales.

En el mismo sentido, con fecha 24 de noviembre de 2016, al pronunciarse en la causa “*Reynoso, G.*” (expte. SAC 2094441), la Sala Penal del Tribunal Superior de Córdoba concluyó que rigen en Córdoba los criterios de disponibilidad de la acción penal previstos en el Código Penal y exhortó al Poder Legislativo provincial a adecuar su legislación procesal penal en materia de extinción de la acción en función de lo normado por el reformado art. 59, CP. El Juez López Peña sostuvo al respecto que “*dado que las nuevas disposiciones del Código Penal se encuentran vigentes para todo el país desde el mes de junio de 2015, actualmente resultaría inconstitucional negar su aplicabilidad en la Provincia de Córdoba invocando su falta de regulación procesal penal local. En tal sentido, toda restricción provincial a esa vigencia comportaría una excepción a la pretensión de validez nacional uniforme pretendida por el citado art. 75 inc. 12 CN, introduciendo una diferencia local intolerable frente a las provincias donde sí se ha regulado, violando la garantía constitucional de igualdad del art. 16 CN*”. De otra parte, a los efectos de posibilitar la aplicación inmediata de los institutos incorporados al Código Penal por la Ley n° 27.147 sin violentar el principio federal adoptado en el artículo 1° de la CN y las facultades locales en la materia, cuyo ejercicio está reservado al Poder Legislativo Provincial (art. 121, CN), consideró prudente recurrir al art. 171 de la Constitución de Córdoba y disponer que fuera el Fiscal General quien proporcionara las pautas para aplicar la norma.

Ahora bien, aún de no compartirse esta tesitura -esto es, aún de considerarse que hasta tanto no lo establezca el legislador las formas de extinción contempladas por el art. 59, CP no resultan aplicables-, lo cierto es que el Congreso Nacional ya se había expedido al respecto al momento de pronunciarse el juez de la instancia.

En este sentido, debe tenerse presente que el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, promulgado el 9 de diciembre de 2014 y publicado en el Boletín Oficial al día siguiente (Ley n° 27.063, B.O. 10/12/14) -cuya aplicación, prevista para el mes de marzo del año en curso, se encuentra suspendida en virtud del Decreto PEN 257/2015-, contempla en su art. 30 una serie de casos en los cuales el representante del Ministerio Público Fiscal puede disponer de la acción penal pública, entre ellos, enuncia en primer término los “criterios de oportunidad”. Al respecto, el artículo 31 puntualiza que aquéllos *“podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los casos siguientes: a) si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público (...)*”. Por su parte, el artículo 32 regula los efectos del eventual desistimiento de la persecución penal por aplicación de criterios de oportunidad, estableciendo que *“permitirá declarar extinguida la acción pública con relación a la persona en cuyo favor se decide”*.

Con relación a la fuerza de las leyes sancionadas por el Congreso de la Nación que -por distintas circunstancias puedan encontrarse pendientes de aplicación-, tuve oportunidad de expedirme al resolver en la causa “Arias”¹, donde sostuve que *“aun cuando la implementación del nuevo código ha sido diferida (por diversas razones, en su mayoría vinculadas a cuestiones de previsión y organización judicial) no hay controversia acerca de su condición de ley sancionada y promulgada por el Congreso Nacional. Muy lejos en el tiempo, el máximo tribunal de la Nación tuvo oportunidad de expedirse sobre la relevancia de*

¹ Causa n° 61.537/2014, caratulada “A., H. R. s/incidente de excarcelación” del registro n° 489/2015 de esta Sala.

las normas del Código Civil ya sancionado y pendiente de entrar en vigencia; y allí sostuvo (con referencia a cuestiones de vecindad): “que, aun antes de la época de su vigencia, debe mirarse como una autoridad decisiva, después que ha recibido la sanción del Congreso Legislativo Nacional” (Fallos: 9:373; sentencia del 20/9/1870)”.

Así, las disposiciones contenidas en el nuevo Código Procesal Penal con relación a los principios de oportunidad e insignificancia no pueden menos que resultar pautas orientadoras de la actividad estatal de los distintos poderes, en el sentido de que, pese a encontrarse pendiente su entrada en vigencia, marcan la dirección hacia la que se dirige el nuevo esquema instrumental para la aplicación de la ley penal. En el mismo sentido me expedí posteriormente en el caso “*Cuevas Contreras*” (causa n° 19.151/2015, registro ST n° 1150/15, rta. 21/12/15).

A mayor abundamiento, es dable señalar que en un pronunciamiento reciente la CSJN -en consonancia con lo postulado por el Procurador Fiscal en su dictamen-, entendió que, sin perjuicio de que al momento del dictado de la sentencia impugnada que declaraba la inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal aún no había entrado en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación resultaba oportuno “*destacar que el texto del nuevo ordenamiento civil revela la subsistencia de la decisión legislativa en favor de asignar efectos a la regla del artículo 12 del Código Penal*” y que no era posible soslayar que “*la reforma legislativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación tiene entre sus finalidades primordiales propender a la adecuación de las disposiciones del derecho privado a los principios constitucionales y, en particular, a los tratados de derechos humanos y derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad, lo cual necesariamente incluye tanto las disposiciones en materia de restricciones a la capacidad como la mejor protección del interés superior del niño (conf. los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, punto 1, “Aspectos valorativos”: “Constitucionalización del derecho privado”)*” (CSJN, causa n° 3341/2015/RH1 “*Recurso de hecho deducido por el Fiscal*

General ante la Cámara Federal de Casación Penal en la causa González Castillo, Cristián Maximiliano y otro si robo con arma de fuego", rta. 11/05/2017)".

En virtud de lo expuesto, mal podría desconocerse en el caso el curso que han tomado a nivel normativo los criterios de oportunidad - como una de sus manifestaciones, el principio de insignificancia- y la necesidad de valorarlos al momento de resolver, **acto en el cual se impone desechar del sistema penal casos como el que se plantea en estos actuados.**

No puedo dejar de advertir que un criterio opuesto al que aquí propongo conduciría a acentuar la selectividad del sistema penal, orientado de ordinario al castigo de los sectores empobrecidos de la sociedad y por ello más vulnerables, corriendo el eje de los delitos complejos que afectan de manera significativa a la sociedad y lesionan gravemente los bienes jurídicos elementales.

10. Es preciso enfatizar, a su vez, en otra consecuencia derivada de la falta de recepción uniforme de los criterios de oportunidad y del principio de insignificancia por parte de los tribunales. En el acápite precedente recordé una de las consideraciones efectuadas por mi colega Sarrabayrouse en la causa "*Verde Alva*", a saber, que uno de los motivos principales que exigen reconocer la competencia del legislador nacional para regular el ejercicio y extinción de la acción penal y que sustenta la vigencia y aplicabilidad del art. 59, CP reformado, es la necesidad de establecer la unidad penal en el territorio nacional, garantizando asimismo con ello la vigencia del principio de igualdad en la aplicación de la ley penal, puesto que -caso contrario-, los criterios de oportunidad y el principio de insignificancia se continuarán aplicando únicamente en las provincias cuyas legislaciones ya contemplan estos mecanismos, generando una inequidad a nivel nacional.

En efecto, son numerosas las provincias que -con sus particularidades- en sus recientes reformas han adoptado de manera

expresa en los respectivos códigos de procedimiento penal los criterios de oportunidad.

Así, el Código de procedimiento de Chubut, cuya entrada en vigencia data de junio de 2010, contempla en su art. 44 la posibilidad de que el fiscal plantee al tribunal *“el cese del ejercicio de la acción penal, total o parcialmente, o su limitación a alguna o varias infracciones, o a algunas de las personas que participaron en el hecho, de acuerdo a los siguientes criterios de oportunidad”*, entre ellos, *“1) siempre que no medie condena anterior, cuando se trate de un hecho que por su insignificancia, por lo exiguo de la contribución del partícipe o por su mínima culpabilidad, no afecte mayormente el interés público, salvo que haya sido cometido por un funcionario público con abuso de su cargo o que la pena privativa de libertad mínima prevista para la acción atribuida exceda los tres años”*. Seguidamente dispone que, en los casos previstos en los incisos 1 y 2, *“será necesario que el imputado haya reparado el daño ocasionado, o firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido, o afianzado suficientemente esa reparación”*.

Más aún, el Código provincial –uno de los más puntillosos en la regulación de ambos principios- contempla la posibilidad de que el imputado plantee ante el fiscal la aplicación de un criterio de oportunidad fundando su pedido en que se hubiera aplicado a casos análogos al suyo.

En cuanto a los efectos, establece el art. 45 que la solicitud de aplicación de un criterio de oportunidad debe serle comunicada por el juez a la víctima, por cualquier medio que garantice su recepción y adecuada oportunidad de ser oída.

Por otra parte, la decisión que prescinda de la persecución penal por aplicación de criterios de oportunidad impedirá una nueva persecución por el Ministerio Público Fiscal por el mismo hecho con relación a la persona en cuyo favor se decide y, en caso de haberse fundado la decisión en la insignificancia del hecho, sus efectos se extienden a todos los intervinientes.

Ello, sin embargo, *“no impedirá la persecución del hecho por la víctima, salvo que ella haya dado su consentimiento para la aplicación del criterio de oportunidad. En este caso corresponderá dictar el sobreseimiento y el compromiso de reparación, si ésta estuviere pendiente, se sujetará a las reglas sustantivas y adjetivas del derecho privado, conforme las previsiones del artículo 401 de este Código. En caso que la víctima decidiera continuar la persecución penal, ella deberá concretar esa decisión, bajo las reglas de la querrela privada, dentro de los tres meses siguientes, computándose días inhábiles, bajo apercibimiento de dictarse el sobreseimiento del imputado. Vencido el plazo, el sobreseimiento procede de pleno derecho”*.

En sentido conteste, el Código Procesal de la provincia de Neuquén, vigente desde enero de 2014, contiene un capítulo destinado a las reglas de disponibilidad de la acción. El art. 106 prevé en similares términos al de la provincia de Chubut la posibilidad de que se prescinda total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o se la limite a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, entre otros, *“cuando se trate de un hecho insignificante o un hecho que no afecte gravemente el interés público”*. También conforme al Art. 107 *“La decisión que prescinda de la persecución penal pública por aplicación de criterios de oportunidad, determinará que el juez declare extinguida la acción pública con relación al participante en cuyo favor se decide”*.

A fin de no sobreabundar, repárese en que contienen disposiciones de similar tenor y receptan los criterios de oportunidad, el Código de procedimiento penal de la provincia de Mendoza (arts. 26 y 27) -cuando *“la lesión al bien jurídico protegido fuera insignificante”*-; los Códigos Procesales en materia penal de las provincias de Río Negro (art. 172 y 173), de la Ciudad de Bs. As. (cfr. art. 199), Provincia de Buenos Aires (artículo 56 bis, texto según Ley n° 13943) -en cuanto establece que *“El Ministerio Público Fiscal podrá archivar las actuaciones respecto de uno o varios de los hechos imputados, o de uno o más de los partícipes, en los siguientes supuestos: 1) Cuando la afectación del bien jurídico o el aporte del imputado en el hecho fuera insignificante y siempre que la pena máxima del delito imputado no*

supere los (6) seis años de prisión (...) Para aplicar estos criterios a un imputado, se considerará especialmente la composición con la víctima. El imputado deberá acreditar haber reparado el daño ocasionado o expresar la posibilidad de hacerlo”-; Santa Fe (art. 19) y Santiago del Estero (art. 61). Cabe recordar que también lo contempla de manera expresa el nuevo CPPN, aun cuando su vigencia haya sido diferida por Decreto.

Si en el caso, aún quienes frente a la insignificancia se inclinan por sostener la tipicidad de las conductas, se omitiera considerar la ínfima afectación como criterio de oportunidad, redundará en que situaciones fácticas equivalentes serían juzgadas bajo pautas procesales desiguales, adversas en determinadas jurisdicciones del país, pero - fundamentalmente-, encontraríamos resultados diametralmente opuestos estando en juego nada menos que la libertad.

11. Previo a concluir, deben destacarse dos cuestiones adicionales. Como ya he señalado, numerosos pronunciamientos sostienen que las circunstancias de cada caso, entre ellas, el valor patrimonial del objeto sustraído o que se intentó sustraer, no perjudican la tipicidad sino que, en todo caso, corresponde su valoración a los efectos de graduar la pena. Ello, empero, **no resulta una suerte de concesión gratuita de los juzgadores en atención a las circunstancias del caso sino que se desprende de una obligación establecida normativamente** para todos los supuestos (cfr. arts. 40 y 41 CP).

Por otra parte, interesa formular una serie de consideraciones con relación al caso “*Adami*”, resuelto por el máximo tribunal y cuyos fundamentos han sustentado mayoritariamente las decisiones contrarias a la que aquí propicio. Cabe recordar como primera medida que en el marco de aquellas actuaciones dos individuos fueron juzgados por el hurto de tres farolitos plásticos de dos automóviles estacionados en la vía pública. En primera instancia los imputados fueron condenados a la pena de cuatro meses de prisión como autores del delito de hurto simple reiterado, sentencia que los miembros de la Sala VI de la Cámara del

crimen -con mayoría de los jueces Zaffaroni y Donna- revocaron en virtud de los principios de insignificancia y proporcionalidad, dictando su absolución. Finalmente, contra este pronunciamiento el MPF interpuso recurso extraordinario, que fue admitido, y la CSJN revocó el pronunciamiento de los camaristas.

Lo que primeramente es necesario poner de resalto es que la sentencia del caso “*Adami*” data del año 1986; esto es, de una fecha muy anterior a la incorporación a nuestra Constitución de numerosos tratados internacionales de derechos humanos que imponen al Estado obligaciones frente a la comunidad internacional y que recogen los principios de proporcionalidad y oportunidad. Cualquier recurso al fallo de mención, por ende, omite esta consideración, prescinde del posterior desarrollo del derecho penal y procesal penal a nivel interno y, a su vez, del cambio sustancial operado en la integración del superior tribunal. Al respecto, como advirtió el juez Divito al pronunciarse en disidencia en la causa “*Gerban*” de la Sala VII de la Cámara del Crimen, en la causa “*Adami*” la Corte adoptó el temperamento reseñado con el voto de la mayoría conformada por los jueces Caballero, Belluscio y Fayt; sin embargo, “*la conformación del alto tribunal ha variado, a tal punto que hoy en día queda solamente uno de los jueces que suscribieron la opinión mayoritaria en “Adami” (el juez Fayt), y que uno de sus miembros (el juez Zaffaroni) es quien, en esa misma causa, había emitido el voto principal en la sentencia de segunda instancia que finalmente fue revocada. También cabe apuntar que la Corte Suprema -en su actual composición ha reconocido que el derecho penal debe funcionar como la ultima ratio del ordenamiento jurídico (cfr. considerando 6º del voto de la mayoría -jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni- en el fallo “Acosta, Alejandro Esteban”, de fecha 23/4/2008) y es sabido que, conforme a dicho criterio, el poder penal del Estado debe emplearse solamente frente a los ataques graves contra bienes jurídicos, lo que permite excluir del ámbito de lo punible aquellas conductas que los afectan en forma mínima (cfr., en este sentido, Marum, ob. cit., p. 37)”*.”

Huelga aclarar que tampoco los jueces Zaffaroni y Fayt integran a la fecha el máximo tribunal. En conclusión, agrega Divito, “*los cambios en la composición del supremo tribunal, sumados a la circunstancia de que éste ha afirmado la vigencia del principio de ultima ratio en la aplicación de la legislación punitiva (...) autorizan a concluir que existen razones suficientes para apartarse, en el caso, del precedente “Adami” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*” (CNCC, sala VII, “Gerbán, Alfredo Javier”, 31 de marzo de 2009, del voto en disidencia del juez Divito).

La conclusión de Divito aparece reforzada por la sanción de la Ley n° 27.147 que sustituye el art. 59, CP, en cuanto contempla como regla de disponibilidad de la acción los criterios de oportunidad y, entre ellos, los hechos que por su insignificancia no afectaran gravemente el interés público (cfr. arts. 30 y 31, inc. 1° del nuevo CPPN). En suma, la doctrina que se desprende del fallo “*Adami*” resulta, hoy, ciertamente anacrónica.

12. Es preciso que el Estado, desde todas sus instancias, oriente su política criminal de un modo coherente con los lineamientos que emergen de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales ratificados por la Argentina.

En esta dirección, los hechos que ingresan al sistema penal deben ser valorados a la luz del principio republicano -del que se desprenden, entre otros, los principios de proporcionalidad y razonabilidad de los actos de gobierno- y de los principios de *ultima ratio*, mínima intervención, y lesividad del derecho penal, que tienen por efecto en su conjunto excluir del tipo penal los hechos que provocan afectaciones insignificantes a los bienes jurídicos o que no constituyen por su ínfima gravedad conductas socialmente perturbadoras.

De no compartirse este criterio, aún se impone de manera insoslayable desechar aquéllos casos nimios en función de criterios de oportunidad.

La intervención del Estado a través del sistema penal procede, únicamente, cuando alternativas diversas no permitan proteger determinados bienes jurídicos o el normal desenvolvimiento social de igual o mejor manera.

Tal vez la empresa más difícil en este cometido consista en establecer la delgada línea que separa los hechos insignificantes en sentido jurídico-penal de aquéllos que, sin ser intrascendentes, no ameritan un reproche de tal tenor y respecto de las cuales otras opciones se presentan más ventajosas.

En cualquier caso, la aplicación del principio de insignificancia redundara no solo en una mayor eficiencia en la administración de justicia, sino también en un beneficio social de largo plazo. Ello es así puesto que -no podemos desconocerlo- quienes sufren mayormente las consecuencias del poder punitivo en casos de delitos “de bagatela” son las personas pertenecientes a sectores de la población tradicionalmente marginados; la aplicación de una medida desproporcionada a su respecto (así la privación de la libertad en relación a una afectación insignificante de otros bienes jurídicos), tendrá por efecto una mayor exclusión, cuando medidas diversas -como la reparación- en estos casos podrían facilitar una mejor composición del conflicto, incluso para el sujeto damnificado.

13. En virtud de lo expuesto, toda vez que la conducta endilgada al imputado no reviste la entidad suficiente para demandar la intervención penal del Estado, por aplicación del principio republicano - del cual derivan a su vez los principios de proporcionalidad y razonabilidad-, y de las directrices que orientan específicamente el sistema penal, esto es, los principios de lesividad, *ultima ratio*, y mínima intervención -entre otros-, todos ellos consagrados constitucionalmente y recogidos en el derecho internacional de carácter imperativo para el Estado argentino, corresponde **CASAR** el decisorio impugnado y **ABSOLVER** a **PABLO ALEJANDRO CUTULE** en orden al hecho

materia de acusación, sin costas (cfr. arts. 1, 18, 19, 28, 31 y 75, inc. 22, CN, arts. 59 CP, 402, 456, inc. 1º, 465, 468, 469, 470, 530 y 531, CPPN).

El juez Luis F. Niño dijo:

1. Coincido con el desarrollo argumental expuesto por el apreciado colega Daniel Morin y con las citas doctrinales y jurisprudenciales que jalonan su voto.

Tal como acertó a señalar el profesor Massimo Donini, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Módena y Reggio Emilia, “(c)ualquiera sea el contenido que el Parlamento pretenda dar a la ley, su funcionamiento real, su aplicación, será siempre más limitado que los principios superiores que fijan barreras insuperables a las mayorías parlamentarias, y son capaces de vaciar o modificar profundamente el alcance de una ley. El único poder que realmente puede controlar las leyes, a la luz de los principios, es el poder judicial”².

En el Estado Constitucional de Derecho el principio de subsidiariedad o *ultima ratio* asigna al juez “un papel relevante en el campo de la aplicación de la pena, especialmente con relación a las hipótesis y al fenómeno de la «no punibilidad». Se trata de una política que, aunque mira a la reducción del derecho penal, toma nota que también en un sistema penal más reducido y menos expandido que el actual, sólo existe la posibilidad de castigar una parte menor de todos los delitos que se cometen y pretende por tanto, racionalizar las opciones que necesariamente van asociadas a este propósito. No punibilidad significa que hemos dejado atrás la idea grisácea y sacralizada de una justicia sin salida, sin objetivos, que persigue el mismo ideal (y por tanto, gasta los mismos recursos públicos) en cada proceso, en las bagatelas y en los grandes casos...La justicia se diferencia sabiendo graduar concretamente su respuesta, incluso renunciando a la pena aunque en abstracto se hayan amenazado sanciones graves. No punibilidad significa la existencia de una estrategia diferenciada de causas de reducción o eliminación de la

² DONINI, Massimo: “Jueces y democracia. El papel de la magistratura y democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los principios”, en ADPCP, BOE, Madrid, vol. LVIII, fascículo 2, 2005, p. 405.

*pena, previstas en la ley pero confiadas al juez. El principio que la inspira es, aquí también, el de extrema ratio*³.

Esas aseveraciones encuadran cabalmente en un orden jurídico como el argentino, presidido por la Constitución Nacional y el bloque de constitucionalidad configurado por los Tratados componentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (art. 75, inc. 22, CN).

2. Una de las destacables construcciones dogmáticas heredadas de Hans Welzel ha sido la de la adecuación social de la conducta, como baremo que posibilita extraer del universo penal a ciertas conductas encuadrables, literalmente, en un precepto penal, pero aceptados como normales en la dinámica de un orden social históricamente determinado. Con palabras del profesor de Bonn, un comportamiento tal es *“socialmente adecuado, es decir, queda completamente dentro del orden social, histórico, “normal”, de la vida, de modo que no será una acción típica de lesión, aunque como consecuencia de él se produzca la lesión de un bien jurídico*⁴.

No obstante tan insigne contribución a nuestra materia, tal como hube de señalarlo en una obra dedicada al tema⁵, la teoría de la tipicidad conglobante o sistemática aventaja a la de la adecuación social welzeliana, puesto que, en lugar de recurrir a conceptos de corte sociológico, de difusa medición, construye todas sus reglas a partir de normas jurídicas, constitucionales o legales.

En tal sentido, el principio de racionalidad de los actos de gobierno, impuesta por la forma republicana proclamada en el artículo 1º del magno texto de 1853, obliga al operador judicial del subsistema penal a ejercer un control de tipicidad conglobante o sistemática, tendente a recortar el haz de proyección de la tipicidad legal en aquellos casos en que *“no haya afectación del bien jurídico o ésta no sea significativa*⁶ (sin

³ Donini, M.: op. cit., p. 414/15.

⁴ Welzel, Hans: *“El nuevo sistema del Derecho Penal – Una introducción a la teoría de la acción finalista”*, IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2004, p. 85/6.

⁵ Niño, Luis Fernando: *“El bien jurídico como referencia garantista”*, Del Puerto, Buenos Aires, 2008.

⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro: *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Bs. As., 2000, p. 485.

resaltado en el original). No es racional ni proporcionada la puesta en marcha de las diferentes agencias del control social formal en procura del juzgamiento y decisión de transgresiones de escasa o nula afectación al bien jurídico de que se trate. Y en la precisa mensuración de tal grado de afectación es menester ponderar, a la luz de las premisas de jerarquía normativa superior, datos concretos, tales como los de sujeto activo, sujeto pasivo, características del hecho y circunstancias que lo rodearon⁷.

3. No se me escapa la pluralidad de posturas de la doctrina penal en la consideración de la llamada delincuencia patrimonial leve y, más específicamente, en el ámbito del hurto en grandes almacenes, tiendas o supermercados. Casi medio siglo nos separa del momento en que los propulsores del Proyecto Alternativo de reforma al código penal alemán pugnaron por reconducir las respuestas a dicha modalidad delictiva al Derecho Civil o al Administrativo, tomando en particular consideración la situación del cliente seducido por la moderna metodología de ventas de tales establecimientos comerciales, consistente en la exposición, a la mano de los potenciales consumidores, de todo tipo de mercancías, al tiempo que se trasuntaba cierto recelo de cara a esa clase de grandes empresas⁸.

La más severa crítica a esa visión, contemporánea a aquel movimiento de reforma -a la sazón, frustrado- fue formulada por Eduard Dreher, quien apuntó al basamento constitucional del derecho de propiedad y la afectación -en definitiva- de la esfera individual de libertad de los ciudadanos, concluyendo en que la conversión del hurto leve en un mero ilícito administrativo no atendería a su auténtico desvalor ético-social.

Empero, a poco que se analice, tal reparo y otros posteriores, como el del profesor Silva Sánchez, catedrático de la universidad

⁷ Tal constructo teórico se emparenta con aquellas posturas que proponen recurrir al principio de insignificancia como criterio de reducción teleológica de los tipos penales.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: “*Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión*”, en “*Estudios penales y criminológicos*”, Universidad de Santiago de Compostela, n° 25, p. 335/6.

catalana Pompeu Fabra, distinguiendo entre el daño material y el intelectual, desdoblado este último en daño psicológico-social (intranquilidad e irritación) y en daño ideal (ruptura de la relación de reconocimiento recíproco o puesta en cuestión de la norma)⁹, sólo parecen cobrar razonabilidad suficiente si se los sitúa en el plano de dos simples ciudadanos, uno de los cuales damnifica al otro mediante el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble de su propiedad; vale decir, en un contexto muy lejano de aquel en el que un individuo sustrae -o intenta sustraer- una mercancía de escaso porte del interior de una gran tienda o supermercado, como sucede en el *sub judice*.

4. Frente a estos supuestos, el Derecho Comparado exhibe avances y retrocesos desde la atalaya del Derecho Penal liberal; y, por cierto, diferentes modalidades de abordaje.

En ciertas legislaciones, se procuraron soluciones de neto corte procesal, como la adoptada por el legislador alemán, al ajustar el ritual en virtud de la insignificancia del hecho (*Einstellung wegen Geringfügigkeit*), introduciendo en el parágrafo 153 de su Ordenanza Procesal amplias facultades, tanto del fiscal como del tribunal, según los casos, para arribar a un sobreseimiento simple o condicionado. En otras, se implementaron reformas de cuño sustantivo, como la retardataria modificación del código Penal español y su censurable conversión de la simple falta del antiguo artículo 623.1 en una forma atenuada del delito de hurto, en el artículo 234.2 de ese plexo normativo¹⁰.

Nuestro nuevo Código Procesal Penal de la Nación (Ley n° 27.063), de vigencia actualmente suspendida por decreto del Poder Ejecutivo, ha tomado la senda del código germano, al establecer, entre los criterios de oportunidad que posibilitan a los representantes del Ministerio Público Fiscal prescindir total o parcialmente del ejercicio de

⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M.: op. cit., p. 338/9.

¹⁰ V. en sentido crítico, FARALDO CABANA, Patricia: “La despenalización de las faltas: entre la agravación de las penas y el aumento de la represión administrativa”, en InDret, Revista para el Análisis del Derecho, n° 3, Barcelona, 2014.

la acción penal pública, o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, en los casos en los que se tratare de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público (art. 31, inciso a). Ello permitirá declarar extinguida la acción pública con relación a la persona en cuyo favor se decide (art. 32), sin perjuicio de la eventual habilitación de la víctima para la conversión de la acción pública en privada (art. 219).

Mas, como se señaló precedentemente, sin perjuicio de la puesta en marcha del nuevo procedimiento, la solución de fondo, de neta raíz constitucional, es la que nos inhibe de avanzar en procura del juzgamiento de hechos virtualmente típicos, pero conglobada o sistemáticamente atípicos, como el que aquí se ha acreditado, tomando en consideración al agente, al damnificado y a la correlativa magnitud de la afectación del bien jurídico en cuestión.

Con tales precisiones, reitero mi adhesión al ilustrado voto preopinante.

El juez Eugenio Sarrabayrouse dijo:

1. Tal como surge de las “resultas” y de los puntos 1 a 4 del voto del juez Morin, contra la sentencia del entonces Juzgado Nacional en lo Correccional N° 6 que condenó a Pablo Alejandro Cutule a la pena de 15 días de prisión de efectivo cumplimiento porque lo consideró autor del delito de hurto, su defensa interpuso recurso de casación.

El hecho por el cual resultó sancionado Cutule consistió en la sustracción de dos desodorantes de pie “Rexona Efficient” y un jabón “Dove” que ofrecía a la venta la empresa “Farmacity” en uno de sus locales, ubicado en Avda. Cabildo 2347 de esta ciudad.

En cuanto a los agravios planteados por la defensa, debe ser tratado en esta instancia el referido a la errónea interpretación y aplicación de los arts. 42, 45 y 162, CP, en tanto reclama la atipicidad de la conducta en virtud de los principios de oportunidad e insignificancia, dado que la nimiedad de los objetos sustraídos no alcanza a vulnerar el

bien jurídico tutelado (el patrimonio). Con respecto al primer agravio, referido a la materialidad del hecho, se adhiere al análisis y a la solución propuesta por el juez Morin en el punto 3 de su ponencia.

2. Los votos de los dos colegas que preceden han desarrollado con profundidad y erudición los distintos problemas que implican la aplicación del principio de insignificancia en el derecho material y los criterios de oportunidad desde el punto de vista procesal.

En el caso particular, queda claro que si la función del Derecho penal es la protección subsidiaria de bienes jurídicos y que debe ser la *ultima ratio* del sistema, la conducta desplegada por Cutule no afectó el patrimonio de “Farmacity” pues no sólo los productos que intentó llevarse son de un valor económico escaso sino que *también* fueron recuperados. Las características del hecho, resumidas en el punto II de las “resultas”, revelan la inexistencia de una acción que por sus características disvaliosas justifique la intervención del Derecho penal.

Asimismo, tal como lo destaca el voto del colega Morin, la sentencia recurrida no tuvo en cuenta, al momento de resolver, las condiciones personales del imputado, detalladas en el punto 6 de aquél. En definitiva, la conducta reprochada a Cutule resulta atípica, tal como lo desarrolla en profundidad el juez Morin en los puntos 3 a 8 de su voto, y el juez Niño en el punto II del suyo.

3. Desde el punto de vista procesal, la aplicación de criterios de oportunidad, entre los que se incluye la *insignificancia*, tensiona con otros principios: por un lado, con el de legalidad o de oficiosidad, en el sentido del *deber* impuesto a los funcionarios del Ministerio Público y a la policía de promover la persecución penal ante la noticia de un hecho punible.¹¹ Por otro, con el de igualdad, en tanto distintos autores critican que la introducción de esta clase de criterios colisiona con valores democráticos

¹¹ Cfr. al respecto Julio B. J. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. 1, Parte General, 2ª ed., 3ª reimpresión, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 828 y sigs.

e igualitarios en la aplicación del Derecho penal.¹² Incluso, se señala que colisionan con los fines de la pena y la función misma de aquél.¹³ Otro sector de la doctrina nacional más calificada se pronuncia a favor, entre otras razones, porque se trata de un intento de conducir la selectividad propia del sistema penal según fines concretos, sin dejar la cuestión librada a la arbitrariedad o al azar¹⁴.

Sin embargo, y de acuerdo con lo dicho en el punto 2, no es ésta la discusión que se presenta en el caso, pues no se trata de la aplicación de un criterio de oportunidad, decidido por la fiscalía, sino de establecer si la conducta reprochada a Cutule *configuró un delito*.

4. Por último, conviene realizar dos reflexiones.

a. Tal como lo señala el juez Niño en el punto III de su voto, el caso aquí tratado puede enmarcarse en la cuestión mayor implicada en las sustracciones ocurridas en el ámbito de grandes almacenes, tiendas o supermercados. En Alemania, este tipo de sucesos generó una amplia discusión, acerca de la posibilidad de que fueran tratados dentro del Derecho civil, el administrativo o como contravenciones. Algunos autores han propuesto una reforma integral de la cuestión, transmitiendo los criterios de oportunidad al derecho material y con un proceso penal propio.¹⁵ Sin embargo, esta discusión no se ha dado en nuestro país, por

¹² Cfr. Daniel PASTOR, *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, ps. 46 y sigs., en particular nota 27.

¹³ Peter REICHENBACH presenta el caso, sucedido en Alemania, de dos niñas de piel morena que fueron lesionadas e injuriadas por una persona que las conminó para que regresaran a su país de origen, bajo la amenaza de introducir las en una cámara de gas. El proceso penal correspondiente fue sobreesido por la fiscalía tras el pago de una multa de 300 marcos, de acuerdo con el §153 a de la Ordenanza Procesal Penal alemana. Esta decisión colisiona, según el autor mencionado, con el interés estatal de mantener los valores fundamentales de la sociedad y la conservación de la paz jurídica, señalado en los manuales de Derecho penal como los fines principales del Derecho penal. Cfr. autor citado, *Kriminalpolitik und Strafrecht* (“Política criminal y Derecho penal”) en Hans – Jürgen LANGE (comp.), *Kriminalpolitik. Studien zur inneren Sicherheit* (“Política criminal. Estudios sobre seguridad interior”), Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2008, p. 307. Otro caso polémico sobreesido por aplicación del §153 a de la Ordenanza Procesal Penal alemana es el del *Contergan* o de la *Thalidomida*; cfr. Eugenio C. SARRABAYROUSE, *Responsabilidad por el producto*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2007, ps. 38-50.

¹⁴ Cfr. Julio B. J. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. 1, Parte General, op. cit., ps. 834 – 836; también, Alberto BINDER, *Sentido del principio de oportunidad en el marco de la reforma de la justicia penal de América Latina*, en *Estudios sobre la acción penal y el principio de oportunidad*, 2ª ed., Ediciones BLG, Lima, 2017, ps. 125-165.

¹⁵ Cfr. el dictamen “D” elaborado por Wolfgang NAUCKE en el “51. Deutschen Juristentag” (“51º Congreso de Juristas Alemanes”), Beck, Múnich, 1976.

lo cual no corresponde que aquí se aborde el tema, pues se trata, eventualmente, de una cuestión reservada a la decisión del legislador.

b. Por último, y en relación con el precedente **“Adami”**¹⁶ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, corresponde remitirse a lo dicho en el caso **“Habiaga”**¹⁷ donde se señaló que la pretensión de extraer alguna regla o consecuencia a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema enfrenta serios obstáculos, algunos de ellos propios del sistema jurídico argentino (basado fundamentalmente en la ley y el desconocimiento del funcionamiento del *precedente*, propio de sistema anglosajón del *common law*) sumado a la manera en que se valoran e interpretan sus decisiones. Además, deben tenerse especialmente en cuenta las cautelas imprescindibles cuando se pretende extraer de una decisión judicial conclusiones generales. Las sentencias, a diferencia de las leyes, resuelven casos concretos, constituidos por circunstancias del pasado, es decir, por hechos que, junto con lo pedido por las partes, limitan la competencia del tribunal. Por esto, los tribunales no resuelven cuestiones teóricas y debemos atenernos a los hechos que motivaron el caso, ya que de ellos depende la solución que se alcanzó. De allí que las sentencias no puedan interpretarse como leyes, abstrayéndolas de las específicas circunstancias que motivaron el pronunciamiento. Además, para arriesgar la formulación de una regla o principio general deben acumularse una serie de casos análogos resueltos del mismo modo¹⁸.

5. En virtud de lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de casación de fs. 121 / 136, casar los puntos I y II de la sentencia de fs. 116 / 120 y absolver a Pablo Alejandro Cutule por el hecho por el cual había sido juzgado. Sin costas (arts. 456 inc. 1º, 470, 530 y 531, CPPN).

En virtud 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

¹⁶ Fallos 308:1796.

¹⁷ Sentencia del 21.11.16, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarabayrouse, registro n° 934/16.

¹⁸ Cfr. Alberto F. GARAY, *La doctrina del precedente*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2013, ps. 110-112.

la defensa particular del imputado a fs. 121/6, casar los puntos I y II de la sentencia de fs. 116/120 y **ABSOLVER** a Pablo Alejandro Cutule por el hecho por el cual fue juzgado, sin costas (arts. 456 inc. 1º, 470, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 CSJN y lex 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

DANIEL MORIN

LUIS F. NIÑO

EUGENIO SARRABAYROUSE

Ante mí:

PAULA GORS
SECRETARIA DE CÁMARA