

### **AUTOS Y VISTOS:**

Lo actuado en la presente causa registrada bajo el número N° **J-2581 (I.P.P N° 10-00-042392-21** de la Fiscalía General departamental, con intervención de la Fiscalía de Juicio N° 3, en trámite por ante este Juzgado en lo Correccional N° 5 del Departamento Judicial Morón a cargo de esta magistrada, a fin de dictar el veredicto que prescribe el artículo 371, con los alcances del artículo 399 del Código Procesal Penal, seguida a **D.N.M** -estado civil soltera, de nacionalidad argentina, de .....años de edad, nacida el..... de ..... del año..... en la localidad de ....., partido de La Matanza, provincia de Buenos Aires, que sabe leer y escribir, instruida, empleada doméstica, domiciliada en la calle ..... localidad de ....., Partido de La Matanza, hija de G.V.M (v), D.N.I. n° ....., quien como consecuencia del acuerdo de juicio abreviado alcanzado por las partes resultó ser formalmente imputada en orden al delito de **hurto simple en grado de tentativa** (artículos 42, 44 y 162 del Código Penal).

### **Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO: LA EXISTENCIA DEL HECHO EN SU EXTERIORIZACIÓN MATERIAL Y LA PARTICIPACIÓN DE LA IMPUTADA:**

**I - a)** Estas actuaciones reconocen su génesis en el resultado de una diligencia policial documentada mediante el acta de procedimiento aprehensión agregada a fs. 1/vta., y 2/5.

De su lectura surge que el día 25 de octubre del año 2021, siendo las 19:30 horas, la Sargenta Briasco Yael secundada por la Sargenta Umpierrez Cecias, ambas numerarias del Comando Patrullas de Morón, en circunstancias en que se hallaban recorriendo la jurisdicción en prevención y disuasión de todo tipo de delitos y faltas en general, a bordo de un vehículo policial, fueron comisionadas vía radial, para constituirse al Supermercado de la firma “ Zeta” sito en la arteria Rivadavia esquina Martín de Irigoyen, debido a que una mujer habría sido aprehendida por haber robado mercadería.

Se asentó que, al llegar al lugar se entrevistaron con Carlos Leonardo Orosco, quien junto a otros empleados del comercio tenían reducida a una ciudadana. El nombrado denunció que la mujer junto con otra, antes de atravesar la línea de cajas, había intentado escaparse aprovechando la distracción de la cajera, por detrás de la que estaba pagando, quedando casi en la puerta del comercio, junto a un hombre quien aparentemente la estaba esperando.

Indicó Orosco a las efectivas policiales que ya venía siguiendo los movimientos de las mujeres a través de las cámaras del lugar, por lo cual le solicitó a aquella antes señalada que le exhibiera sobre la línea de caja lo que tenía entre sus ropas, la cual accedió y comenzó a sacar cuatro botellas de whiskey, tres de ellas marcas Jack Daniels y una Chivas Regal; instante en el que la otra mujer y el sujeto ignoto que las esperaba, salieron corriendo del lugar hacia la estación de Castelar.

Se dejó vertido que la sindicada fue identificada como D.N.M, que se la sometió a una "requisa personal" a los fines de descartar elementos que pasibles de dañar la integridad física del personal y de terceros/as, arrojando resultado negativo.

Finalmente se asentó que a los fines legales, trasladaron a todas las partes, junto a los elementos incautados al asiento de la dependencia policial.

**I - b)** Confirman la hipótesis de la acusación, las declaraciones testimoniales prestadas por las efectivas policiales intervinientes, **Noemí Umpierrez Cesia** -fs. 10/vta.- y de **Yael Fabiana Briasco** -fs. 11vta.- quienes ratificaron las inserciones plasmadas en le acta de procedimiento, efectuando un breve relato conteste con la secuencia plasmada en el acta cabeza de estas actuaciones.

**I - c)** Se cuenta con el testimonio rendido por **Carlos Leonardo Orosco** -fs. 9/vta.-.

Relató ser empleado de la firma ZETA de supermercados

desde hacía unos 10 años realizando tareas de recepción y seguridad en el horario de las 16 a 22 horas.

Expuso que el día del evento estaba en su lugar de trabajo ubicado en la sucursal de Supermercados Zeta de Castelar Sur, sita en la avenida Rivadavia N° 20.022 entre Martín Yrigoyen y Buenos Aires de ese medio, promediando las 19:00 horas, y observó mediante las cámaras de monitoreo del local comercial que una persona del sexo femenino tomaba con sus manos y ocultaba entre sus prendas de vestir, más precisamente debajo de un saco largo de pana de color negro, varios objetos tomados previamente de las góndolas, del sector de bebidas alcohólicas. Se trataba de 4 botellas de whisky, tres de la marca Jack Daniels y la otra, marca Chivas Regal.

Detalló que la mujer estaba acompañada por una segunda, la cual no ocultó ningún producto, sino que los colocaba dentro de un canasto y luego se dirigió al sector de cajas y los abonó. Indicó que la otra mujer, aquella que había ocultado las bebidas alcohólicas entre sus prendas, pasó por un costado de las cajas eludiendo el pago.

A ello agregó que, el declarante, advirtiendo la intención de la última, la esperó después de la línea de caja y cuando advirtió que aquella no abonó los productos, la interceptó refiriéndole que por favor dejara las mercaderías que llevaba oculta entre sus ropas ya que lo comprometía laboralmente puesto que había observado por las cámaras de monitoreo su conducta.

Refirió el testigo que dio aviso al sistema de emergencias 911 comunicando lo acontecido, y que la mujer accedió ante el pedido del dicente y sacó de entre sus prendas de vestir, cuatro botellas de whisky.

Por último, evocó el dicente que pasados unos pocos minutos se hizo presente personal policial, que la mujer fue aprehendida y se secuestraron las botellas de bebidas alcohólicas, y aportó la filmación mencionada.

**I - d)** Luce agregada a fs. 13 el acta de **inspección ocular** y a fs. 14, **el croquis ilustrativo**, los cuales describen el lugar donde sucedió el hecho,

sin aportar mayores datos de interés.

**I - e)** A fs. 15 obra una constatación prevencional denominada "**acta de visu**", donde el efectivo policial interviniente -Capitán Diego Ariel García- detalló las características de los elementos que tuvo ante su vista, a saber: "*(...) cuatro botellas vidrio transparente conteniendo en su interior bebida alcohólica del tipo whisky de aproximadamente unos 75 cl. de 40 % vol., tres de ella marca Jack Daniels y una Chivas Regal, según rezan sus respectivas etiquetas de fabricación (...)*".

Asimismo, surge que **en ese mismo acto se hizo entrega de los elementos detallados a Carlos Leonardo Orosco.**

A fs. 16 se incorporó una impresión en blanco y negro que da cuenta de los elementos detallados.

Debo hacer notar que el elemento transcrito no dista de ser una mera constatación policial autorizada en el marco de las facultades reconocidas por el artículo 294 inciso 4° del ritual; pero en modo alguno dicha constatación simple puede ser equiparada a un dictamen pericial, en tanto no concurren las exigencias previstas por el régimen del artículo 247 y concordantes del ceremonial.

**II** - El soporte informativo recabado en el caso, coadyuva a afirmar que la encartada intentó sustraer objetos ajenos, eludiendo la línea de cajas del supermercado, junto con otra mujer que distrajo a la cajera del comercio y un sujeto que las aguardaba a la salida del local.

La acción no logró perfeccionarse debido a que la imputada fue advertida por personal de seguridad del comercio a través de video cámaras, la interceptó y D.N.M devolvió fácilmente las 4 botellas de whisky que intentó sustraer.

**III** - Sentado ello, en trance a dar respuesta al planteo estructurado por las partes, cabe anticipar que, del detenido examen de las piezas congregadas en la especie, la pretensión fiscalista no puede prosperar por razones asociadas a cardinales axiomas del sistema normativo.

**III - a.** A modo preliminar, ello reside en que examinado el

supuesto de hecho desde el prisma de la teoría de la imputación objetiva, la acusación no logró sortear con éxito el juicio de atribución del resultado lesivo en sentido estricto, y se advierte una transgresión al principio de lesividad (conf. arts. 19 y 75 inc. 22 C.N.; Rusconi, Maximiliano A., "*Derecho Penal - Parte General*", Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, 2a. ed., pp. 282 y ss.).

Desde este enfoque, no concurren presupuestos que legítimamente habiliten el ejercicio del poder sancionador estatal, en atención a las particularidades del **objeto material de la acción, es decir cuatro botellas de whisky**, evaluado relacionamente desde **la posición de la víctima -una cadena de supermercados-** y **teniendo en cuenta su inmediato recupero por parte del personal de seguridad del supermercado.**

Mención aparte, no es superfluo realzar que el modo comisivo no se exteriorizó en el uso de violencia física contra las personas, es decir no se expresó en la creación de un peligro jurídico penal desaprobado para terceros/as.

Es útil insistir en que el juicio de subsunción penal no se agota con la tipicidad objetiva sistemática, debe relevarse si el *pragma típico* configura un *conflicto relevante*, como lo impone el principio de lesividad del art. 19 constitucional y la categoría deslegitimante del bien jurídico (Ferrajoli, Luigi, "*Derecho y Razón*", trad. Andrés Perfecto Ibáñez, 4a. ed., Trotta, Madrid, 2000, pp. 474 y ss.; Ferrajoli, Luigi, "*Escritos sobre Derecho Penal*", Guzmán, Nicolás, coord., Hammurabi, Buenos Aires, 2014, Vol. 2, pp. 428 y ss.).

El primer párrafo del art. 19 de la C.N., consagra el más importante de los límites materiales que impone al poder punitivo y a toda injerencia coactiva, que se manifiesta a través del principio de lesividad. La exigencia de lesividad penal, también formulada como *principio de estricta protección de bienes jurídicos* -en la dogmática alemana-, y/o "*no daño*", edicta que no hay tipicidad sin lesión u ofensa a un bien jurídico, pudiendo mediar lesión en sentido estricto o en un riesgo o peligro concreto (Moreno Hernández, Moisés "*Teorías Actuales en el*

Derecho Penal" p. 355). El principio de lesividad constituye un mandato a la jurisdicción apunta Ferrajoli, de acuerdo al cual: **"nadie puede ser castigado por un hecho que, aún correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto al bien jurídico protegido, algún daño o peligro"** (conf. Ferrajoli, *"Escritos sobre..."*, op. cit., p. 429).

La elaboración dogmática del concepto del tipo objetivo no se circunscribe a dotar de referencia a la tipicidad subjetiva, de lo contrario, se desentendería de su misión política limitativa del ejercicio del poder punitivo. De acuerdo lo sostiene Ferrajoli, la categoría del bien jurídico tiene una función *deslegitimante* y por tanto, queda fulminada la tipicidad cuando la lesión no es significativa (Ferrajoli, L.: *"Derecho y Razón"*, Trotta; *"Escritos de Derecho Penal"*, Trotta).

La labor judicial jamás debería reducirse a una aplicación formal de la ley penal, divorciada de las exigencias del sistema constitucional, ya que en un Estado democrático el poder jurisdiccional tiene como misión principal resguardar el sistema normativo, considerado como un todo, incluyendo dentro del mismo una serie de principios que tienden a preservar los derechos humanos que son *"triumfos políticos en manos de los individuos"* (Ronald Dworkin *"Los Derechos en Serio"*, Ed. Ariel, Barcelona, 1.995, p. 37).

La tipicidad no sólo describe acciones sino que refiere un ámbito situado que configura la realidad de esa descripción, lo que conlleva un proceso de subsunción del complejo real en la prescripción abstracta y general del tipo legal.

En un estado constitucional de derecho, el/la juez/a debe valorar el conflicto concreto sometido a su conocimiento, adecuándolo a la forma abstracta y genérica contemplada en el tipo penal. **Esta valoración debe hacerla desde el bien jurídico protegido y no conforme a sus prejuicios; no puede bajo ningún concepto restringir su labor a una pura técnica legal** (Bustos Ramírez, P. *"Derecho Penal Parte General"* Barcelona 1.994, p. 150).

El sistema normativo congloba los segmentos que lo integran, dentro del cual, la tipicidad es uno de sus componentes, en cuyo seno los límites materiales al poder punitivo son dinámicos. No puedo dejar de convenir con Rusconi, cuando observa que los criterios de insignificancia no se obtienen de una norma en particular, sino de una interpretación teleológica. Explica el citado jurista que, el tipo penal no sólo debe cumplir el requisito de ser indiciario de la antijuricidad formal; sino que la acción punible debe representar un daño al bien jurídico entitivamente atendible (Rusconi, M. *"Los límites del Tipo Penal"* Ad Hoc, Buenos Aires 1.992, pp. 72 y ss.).

La gestión estatal de la conflictividad social cuenta con un abanico de políticas públicas, y sólo cuando éstas fracasan y es indispensable acudir a otro instrumento, se recurre al sistema penal (conf. Binder, Alberto *"Introducción al Derecho Penal"* Ad Hoc, Buenos Aires, 2.004, pp. 17 y ss.). De ahí que se reputa a la pena *"como la última ratio de la política social y se define su misión como subsidiaria de bienes jurídicos"*. Explica Roxin que *"...esta limitación del derecho penal se desprende del principio de proporcionalidad que deriva del principio del Estado de Derecho de la Constitución. Como el derecho penal posibilita la más dura de todas las intromisiones estatales en la libertad de los ciudadanos, sólo se lo puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente"* (conf. Roxin, Claus, *"Derecho Penal Parte General"* T° I, p. 65; en igual sentido Binder, *ibídem*).

En parangón con el supuesto ejemplificativo proporcionado por Roxin con el acontecimiento que nos ocupa; esta protección subsidiaria se expresa: **"... sólo frente a formas de ataque concretas"**. Especifica el catedrático germano que **"... la punición de una infracción insignificante podría ser nula por vulnerar la prohibición de exceso"** (conf. Roxin, C. op. cit. p. 65; y Roxin C. *"Acerca de la Punibilidad de la Tentativa Inidónea"* publicado por Donna, E.R. en *"Revista de Derecho Penal - Delitos de Peligro"* Rubinzal Culzoni, Editores, año 2.007 - 2, ps. 9 y ss.). Estos atributos encajan con el evento dilucidado en la presente.

El bien jurídico tutelado por el artículo 162 del código sustancial, el derecho a la propiedad, tras la reforma constitucional de 1.994, y la incorporación de los tratados y convenciones de derechos humanos, ha pasado a ocupar un estamento de inferior rango a aquel que le reconociera el texto originario de 1.853, cediendo paso a la primacía del respeto a la vida, la dignidad y libertad de las personas.

Es clave tener en cuenta que existe una abismal diferencia entre los *derechos fundamentales*, o primarios, que son *universales e indisponibles* y abarcan: el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos de libertad, los derechos sociales a la salud, a la subsistencia, a la educación y similares; por oposición a los *derechos patrimoniales* que son *singulares y disponibles* (Ferrajoli, Luigi: "Principia Iuris - Teoría del derecho y de la democracia" Vol, 1. "Teoría del derecho", trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011, pp. 684 y ss. y 724 y ss.).

Por lo tanto en ese "**balance de intereses**"-siguiendo la *fórmula de Dworkin*- en atención a los atributos del suceso materia de imputación, debe priorizarse el derecho a la libertad y dignidad de la imputada -en tanto derechos fundamentales- por encima del derecho a la propiedad del sujeto pasivo -en tanto derecho disponible-, dado que el Estado sólo dispondrá de la potestad a interferir en la dignidad, vida y libertad de las personas, tras la verificación de una afectación concreta a bienes jurídicos que sea objetivamente trascendente. Este presupuesto no se comprueba en el caso dada la entidad del objeto material de la acción y su inmediato recupero por parte del afectado; lo cual impide afirmar la existencia de una lesión jurídica, dado que se ha constatado un mero peligro para el bien jurídico que ha sido conjurado sin esfuerzo. Inclusive podría concebirse que la conducta imputada, por la forma rudimentaria que asumiera, orilla la tentativa inidónea. La irracionalidad de la imputación formulada a la enjuiciada ante la ausencia de afectación para el bien jurídico es por demás evidente, y nos remite a la legislación penal española que contiene una condición objetiva de punibilidad que excluye la

penalidad si objeto del hurto no supera la cuantía de 400 euros (conf. art. 234.1 del C.P.); suma equiparable con menos de la mitad del salario mínimo en España <https://www.economista.es/economia/noticias/12334996/06/23/cual-es-el-salario-minimo-interprofesional-en-espana-en-2023.htm>).

Desde un segundo plano, este juicio valorativo no se deriva exclusivamente desde el plano de la mensuración económica del objeto material del injusto; sino que además entra a tallar la situación concreta de la víctima, es decir, la tipicidad en esta dimensión entraña un concepto *relacional*.

Repárese que el objeto material de la conducta enjuiciada resulta ser cuatro botellas de whisky y el sujeto pasivo es una cadena de supermercados. De ello se sigue la constatación de una segunda expresión de la *insignificancia*, que tiene lugar en relación con la *"efectiva y concreta situación de la víctima"*. Señala Binder que *"Si la situación de la víctima, ya sea en sí misma o por la relación que tiene la víctima con los bienes afectados, hace que el daño no provoque una alteración en sus planes de vida, entonces se constituye en irrelevante o insignificante (...) no es lo mismo hurtar una oveja a quien tiene cientos de miles, que a quien vive de unas pocas"* (Binder, *ibídem*, p.194, el sombreado es propio).

Este ingrediente confirma nuevamente la irrelevante consecuencia material que aparejara el evento, tratándose del volumen patrimonial de una cadena de supermercados y de la circunstancia que la firma titular del local comercial dueña de las cuatro botellas de whisky no ha sido despojada de su esfera de custodia.

Por tanto, a tenor de una exégesis armónica de las garantías fundamentales positivizadas por el sistema constitucional; y teniendo en consideración las consecuencias materiales del hecho; se ha conformado un panorama que me autoriza a aseverar que la puesta en peligro del bien jurídico tutelado no ostenta trascendencia alguna; y la solución se ubica en el campo de la atipicidad.

No es ocioso poner de relieve que, en conexión con el

principio de lesividad, los arts. 56 y 56 bis del Código Procesal Penal provincial compendian un protocolo de actuación centrado en la función limitadora de la noción de bien jurídico al consagrar la aplicación de *criterios de oportunidad* incluyendo la facultad del Ministerio Público Fiscal de disponer el archivo del proceso cuando: "... *la afectación al bien jurídico o el aporte del imputado en el hecho fuere insignificante y la pena máxima del hecho no supere seis años de prisión*" (conf. art. 56 bis del C.P.P.). La tésis del principio de oportunidad responde a la necesidad de que el **Estado pueda dirigir inteligentemente los recursos de los órganos de persecución penal seleccionando los casos más relevantes, y evitar que el sistema judicial se transforme en una instancia de solución, deficiente de un "montón de menudencias"**, tal cual lo aprecia Rusconi. Advierte que si los órganos de persecución penal se abocan a perseguir todo tipo de delitos "*generalmente delitos contra la propiedad*" –ejemplifica-; se mostrarán ineficaces para solucionar aquellos casos de mayor costo social (Rusconi, *ibidem*, pp 76 y ss.).

Los altos niveles de dañisidad de las nuevas formas de criminalidad organizada, expresadas en los fenómenos de trata y explotación sexual de personas, atentados contra el medio ambiente, narcocriminalidad, corrupción estatal, ciberdelitos, y demás; entre otros; son buen ejemplo del imperativo deber de los órganos de persecución penal de racionalizar el uso de los recursos estatales, de su misión institucional de salvaguardar la economía procesal y la necesidad de afianzar la prestación del servicio de justicia que impone el sistema constitucional.

En definitiva, en la medida que la acción ejecutada por D.N.M no ha creado ni puesto en peligro, y menormente ha lesionado a un bien jurídico relevante, por imperio de los principios de lesividad y proporcionalidad, obligado es el dictado de un veredicto absolutorio (conf. arts. 18, 28, 31, 75 inc. 22 C.N.).

**III - b.** Sin perjuicio de ello, no puedo omitir que fuera de las razones expuestas, la solución liberatoria es imperativa dado que sincroniza con la dimensión de la garantía de igualdad y el principio de prohibición de toda forma de

discriminación contra la mujer (arts. 16, 18, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; Convención Americana de Derechos Humanos; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer).

El caso bajo estudio atestigua las tensiones entre el derecho a la igualdad y poder punitivo determinadas por una selectividad criminalizante que tiene un impacto diferencial en las mujeres en condiciones de pobreza.

Esta premisa se sustenta en una evaluación de la situación de la imputada efectuada desde las exigencias supralegales de la perspectiva de género y del enfoque interseccional, exigidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "*Manuela vs. El Salvador*" (rta. 02/11/2021) entre otros.

Aplicar la lupa de la interseccionalidad supone partir de la base que no existe un *modelo universal de mujeres*, sino que se trata de un colectivo heterogéneo atravesado por una dinámica que incluye a mujeres pobres, desempleadas, lesbianas, trans, bisexuales, indígenas, campesinas, precarizadas de muchos modos, migrantes y demás.

De ahí surge la necesidad de indagar en cada caso la interferencia de estos factores que aparejan discriminaciones múltiples para neutralizar todo riesgo de lesión a la garantía de igualdad sustancial, y formar una base informativa compatible con el modelo de *valoración jurídica de las diferencias*, adoptado por el sistema constitucional (conf. Ferrajoli, Luigi, ", Luigi: "*Derechos y Garantías – La ley del más débil*", Trotta, Madrid, 5ª ed., 2.006, pp. 9 y ss.).

Este método posibilita neutralizar y amortiguar las desigualdades de *facto* mediante correctivos normativos, como resultan serlo las acciones afirmativas del art. 4º de la *CEDAW*.

En la audiencia prevista por el art. 398 del ceremonial, mantuve una entrevista con D.N.M, cuyo contenido debe quedar expuesto e incidir en el caso.

D.N.M nos informó que tiene 29 años de edad, que sólo

cuenta con estudios secundarios, fue madre a los 18 años de edad, y en la actualidad tiene cuatro hijos/as de 2, 5, 8 y 10 años, de distintos padres, destacando que sólo recibe una cuota alimentaria del progenitor de su hijo de 8 años, consistente en el pago de la suma de \$ 3.500 pesos por semana.

A ello agregó que todos los menores se encuentran escolarizados y que recibe la Asignación Universal por Hijo, percibiendo *actualmente* aproximadamente la suma de \$ 80.000 pesos.

Hizo saber que se desempeña como empleada doméstica de manera informal y por lo general termina de trabajar en horas de la noche, ya que durante la mañana se ocupa de sus hijos, de prepararles la comida y de la limpieza del hogar para llevarlos al colegio en el horario del mediodía, es decir es una mujer jefa de familia monomarental y que no tienen obra social.

Explicó que no logró cumplir con las reglas impuestas en el marco de la suspensión del proceso a prueba porque en esa época, además de dedicarse a cuidar a sus hijos/as estuvo al cuidado de su hermano que tuvo un accidente de tránsito y permaneció en coma hasta que se recuperó, quedando discapacitado. A ello se sumó que a los meses de ello, su padre tuvo un problema de salud habiendo permanecido hospitalizado, por lo cual estuvo a cargo no sólo de sus cuatro hijos/as sino de sus hermanos, menores de edad, ya que su madre se tuvo que ocupar del cuidado de su progenitor.

Manifestó que el hecho materia de este proceso ocurrió en la pandemia, que estaba sin trabajo con sus 4 hijos/as a cargo, -instante en el cual la imputada rompió en llanto-, enfatizó que no tenía dinero para darle de comer a sus hijos, y que recordó que aquel día le ofrecieron salir a robar y ella accedió, aclarando que jamás volvería a robar.

La entrevista con la imputada ha permitido develar los fortísimos condicionantes que la llevaron a ejecutar la conducta antinormativa, y dan cuenta de la configuración de una eximente.

Es pertinente tener en cuenta que la Convención sobre la

Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, a través del párrafo octavo de su Preámbulo, definió que: ***"en situaciones de pobreza la mujer tiene un acceso mínimo a la alimentación, la salud, la enseñanza, la capacitación y las oportunidades de empleo, así como a la satisfacción de otras necesidades"***.

Esto aporta un parámetro hermenéutico distintivo, que da cuenta que, como categoría de análisis, el género es relacional, es un constructo social que tiene historicidad, y no aparece en forma pura porque confluye con otras estructuras de dominación, como el origen social, identidad de género elegida, etnia, nacionalidad, edad, y otras.

Este factor se condice con la precaria posición socio económica de la enjuiciada, quien dio cuenta del impacto desfavorable del embarazo adolescente, de las restricciones de las funciones de cuidado de los/as hijos/as en el desarrollo personal de las mujeres, dada su temprana y acaudalada maternidad; lo cual se ha visto reagrado por las limitaciones en su acceso al mercado laboral, y expresivamente dentro del acuciante contexto impuesto por la pandemia del COVID.

La situación experimentada por la enjuiciada atestigua el pronóstico efectuado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ante la emergencia sanitaria, la cual señaló que la pandemia del COVID-19 *"... puede afectar gravemente la plena vigencia de los derechos humanos de la población en virtud de los serios riesgos para la vida, salud e integridad personal que supone el COVID-19; así como sus impactos de inmediato, mediano y largo plazo sobre las sociedades en general, y sobre las personas y grupos en situación de especial vulnerabilidad"*. La CIDH enfatizó que, ***"Las Américas es la región más desigual del planeta, caracterizada por profundas brechas sociales en que la pobreza y la pobreza extrema constituyen un problema transversal a todos los Estados de la región"***.

El aislamiento social preventivo obligatorio en Argentina y a nivel global y ha redundado en el detrimento del funcionamiento de la economía, en especial en los centros urbanos más vulnerabilizados, causando un repunte en los

índices de desempleo y precarización laboral y en la inequitativa distribución de la renta, lo cual, ha afectado prevalentemente a las mujeres, por su constante relegamiento en un mercado de trabajo que siempre les ha sido hostil.

De ahí que este test de adecuación suprallegal adquiere superlativa importancia en el ámbito de la antornatividad.

Frente a desigualdades que son empíricamente insuprimibles, y que no deben ser penalizadas, el baremo de enjuiciamiento debe incorporar técnicas de discriminación inversa, que, bajo la denominación de acciones afirmativas, ha pergeñado el derecho antidiscriminatorio para compensar desigualdades estructurales y la Corte regional ha insistido en su aplicación. Estos correctivos normativos deben incidir en los diversos niveles del sistema del hecho punible.

Tal cual lo señalan Bustos Ramirez y Hormazábal Malarée: ***"La vulnerabilidad es genérica, pero hay por sus circunstancias vitales personas más vulnerables que otras (...) creemos que incluso hay que ir más allá"***. Explican estos autores que ese, ir más allá es descender a la persona concreta, puesto que, por un lado ***"... Esto es, se trata de saber qué es lo que puede exigir el sistema social, el Estado en definitiva, de una persona frente a una situación concreta"***. Los citados juristas definen que si el orden constitucional garantiza un plexo de derechos esenciales para que las personas alcancen un estado de plenitud de bienestar, donde la igualdad se sitúa en un pedestal ***"... el Estado no puede exigir, si no ha proporcionado o no se dan las condiciones necesarias para que la persona pueda asumir una tarea determinada, por lo demás exigida también por el sistema, por ejemplo el respeto a la norma"***.

D.N.M ejecutó la nimia conducta disvaliosa altamente forzada por la situación de pobreza que atraviesa, las consecuencias negativas de la pandemia, la falta de empleo, la sobrecarga de cuidado de sus hijos/as menores de edad y la necesidad concreta, acuciante e inminente de garantizarles su alimentación.

Este caso da cuenta de la ultraactividad de los estereotipos de

género, muchos de los cuales, son resilientes y resistentes a ser erradicados o reformados, como aquel según el cual las mujeres son cuidadoras primarias, que parece ser constante. La división sexual del trabajo jugó un papel prevalente en este contexto de emergencia sanitaria frente a los estereotipos prescriptivos que reservan a la mujer la administración doméstica y las funciones de cuidado de hijas e hijos, lo cual se traduce en una sobrecarga laboral para las mujeres.

Esta faceta exige ser atendida para ajustar el ámbito de aplicación normativo, dado que el preámbulo de la CEDAW reconoce que: ***"para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia"***; y en particular, cuando mediante su artículo 5°. a, los estados parte se han obligado a adoptar todas las medidas apropiadas en diversas esferas, para ***"modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres"***.

La descripción de la situación que afrontaba D.N.M al momento del hecho, enmarcada en su desfavorable situación socioeconómica derivada de su condición de mujer pobre, jefa de un hogar monomarental, desempleada en el medio del devastador efecto de la pandemia, la expuso a la disyuntiva determinación coercitiva de perpetrar un hurto menor o privar de alimentos a sus cuatro hijos/as menores de edad; lo cual a tenor la jerarquía de males involucrados (derecho de propiedad vs. derechos de alimentación y bienestar de los/las niños/as); allega conocimiento sobre la configuración de un estado de necesidad justificante, que excluye la punibilidad ( art. 34 inc. 3° del C.P.).

Al respecto, señala Roxin que: *"el peligro también es ya actual cuando, aunque no sea aún inminente la producción del daño, posteriormente ya no sería posible hacerle frente o sólo sería posible corriendo riesgos mayores"*. A ello añade que: *"Por peligro actual hay que entender una situación que conforme a*

*la experiencia pone de manifiesto que, si continúa evolucionando de modo natural, será con seguridad inminente la producción del daño en caso de que no se intervenga para impedirlo*". El exigido peligro incluye a un estado de riesgo cierto permanente, que persiste durante un largo período y que en cualquier momento puede desembocar en un daño (conf. Roxin, Claus, Derecho Penal parte general, Civitas, Madrid, 1997, t.1, pp. 680 y ss.).

La ponderación comparativa de males debe estar subordinada a los preceptos supralegales y por tanto debe evaluado desde el enfoque equitativo de género, extremando la perspectiva interseccional; lo cual debe conjugarse con la aplicación de técnicas de discriminación indirectas, tal cual resultan serlo las acciones positivas contempladas por el art. 4º de la *CEDAW*.

Desde esta vertiente, constatado un contexto crítico que trasciende un estado de pobreza genérico, sino, una extraordinaria situación de peligro de cobertura de necesidades mínimas de subsistencia de cuatro niños/as menores de edad que se ha reagrado por las implicancias negativas sociales emergentes de la pandemia, por los condicionantes inherentes a la condición de género de la imputada y su especial vulnerabilidad por afrontar pobreza, como así también teniendo en cuenta que la conducta imputada se ejecutó durante la emergencia económica, que la enjuiciada carecía de un empleo formal y de una red de asistencia; están verificados los elementos que justifican la necesidad de la acción salvadora, la cual se identifica con la única que tuvo disponible D.N.M, que se ha concretado en aceptar perpetrar un delito de hurto sin consecuencias dañosas; frente a la primacía axiológica del interés superior de los/as niños sobre el derecho a la propiedad; su conducta está atrapada por la eximente prevista por el inciso 3º del art. 34 del Código Penal (conf. arts. 16, 18, 75 inc. 22 C.N., art. 1 CADH, arts. 1, 4 y concs. de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

**IV** - Por consiguiente, es mi sincera, razonada y jurídica convicción que corresponde **ABSOLVER LIBREMENTE** a **D.N.M** respecto del

hecho materia de acusación en la presente causa que fuera provisoriamente calificado como constitutivo del delito de hurto simple en grado de tentativa, sin imposición de costas (artículos 34 inc. 3, 42, 44 y 162 del Código Penal, artículos 1º, 210, 371, 373, 376, 378, 380 399 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, artículos 10, 11, 12, 15, 25, 168 y 169 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 1, 16, 18, 31, 19 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; artículos 2, 6, 7, 9, 14, 16 y 17 P.I.D.C. y P.; artículos 4, 5, 7, 8, 9, 11, 25 C.A.D.H., arts. 1, 4 y concs. de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

En atención a la solución adoptada, no corresponde proceder a dar respuesta a las cuestiones que reclaman los incisos 3º y siguientes del art. 371 del código procedimental.

V - Por último, a fin de resguardar los derechos de D.N.M líbrese oficio al Ministerio de Mujeres y Diversidades de la P.B.A. a fin que se brinde a la nombrada la asistencia social que su situación demande.

### **VEREDICTO**

En mérito a lo expuesto en las cuestiones analizadas y decididas, en mi carácter de titular del Juzgado en lo Correccional Nro. 5 del Departamento Judicial Morón, me pronuncio por:

**I - VEREDICTO ABSOLUTORIO** respecto de **D.N.M**, cuyas demás circunstancias personales obran en la causa, en orden al hecho descrito en la presente, ejecutado el día 25 de octubre de 2.021, en la localidad de Castelar, partido de Morón, provincia de Buenos Aires, calificado como **hurto simple en grado de tentativa SIN IMPOSICIÓN DEL PAGO DE LAS COSTAS DEL PROCESO** (artículos 34, inc. 3º, 42, 44, 162 del Código Penal, artículos 1º, 210, 371, 373, 376, 378, 380, 399 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, artículos 10, 11, 12, 15, 25, 168 y 169 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 1, 16, 18, 19 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; artículos 2, 6, 7, 9, 14, 16 y 17 P.I.D.C. y P.; artículos 4, 5, 7, 8, 9, 11, 25 C.A.D.H.).

**II - LIBRAR OFICIO** al Ministerio de Mujeres y Diversidades de la P.B.A. a fin que se brinde a D.N.M la asistencia social que su situación demande.

**III - REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE** a las partes.

Fecho, **COMUNÍQUESE** al Registro Nacional de Reincidencia y a la Secretaría de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires; **INFÓRMESE** a la Secretaría de la Presidencia de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Departamental del resultado final de la presente causa (Ac. 2840 S.C.J.B.A.) y **ARCHÍVESE**.

**JUZGADO EN LO CORRECCIONAL N° 5 - MORON**