Poder Judicial de la Nación

CCAS

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN

21000041001190

TRIBUNAL: CAMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - MESA DE ENTRADAS, SITO EN Talcahuano 618, Ciudad Autónoma de Buenos Aires

FECHA DE RECEPCIÓN EN NOTIFICACIONES:

Sr.:	UNIDAD DE ACTUACION NRO. 1 ANTE LA CAMARA NACIONAL DE CASACION EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL
Domicilio:	50000003368
Tipo de Domicilio:	Electrónico
Carácter:	Sin Asignación
Observaciones Especiales:	Sin Asignación

	13141/2018					S	N	N
N°ORDEN	EXPTE. N°	ZONA	FUERO	JUZGADO	SECRET.	COPIAS	PERSONAL	OBSERV.

Notifico a Ud. la resolución dictada en los autos:

Principal en Tribunal Oral TO01 - IMPUTADO: FLEITAS, ND s/HURTO DAMNIFICADO: ILARI , SONIA

Según copia que se acompaña.

QUEDA UD DEBIDAMENTE NOTIFICADO

Poder Judicial de la Nación

Buenos Aires, de febrero de 2021.

Fdo.: MELINA DE BAIROS MOURA, DIRECTORA DE OFICINA JUDICIAL

En ……..de……de 2021, siendo horas …….

Me constituí en el domicilio sito en…… …….

……. ……

Y requerí la presencia de…… ……

y no encontrándose …….

fui atendido por: …….

…….

D.N.I; L.E; L.C; Nº……..

Ni respondiendo persona alguna a mis llamados, requerí la presencia de un testigo quien manifiesta ser:

…….

…….

Acto seguido , e impuesto del motivo de mi presencia , le hice entrega de …….

procedí a fijar en el acceso de la vivienda una copia de la presente

FIRMADO ANTE MI PARA CONSTANCIA.-

Reg. n° 114/2021

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 10 días del mes de febrero de 2021, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Eugenio C. Sarrabayrouse, D Morin y Horacio L. Días, asistidos por el prosecretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 167/171 por la defensa oficial en la presente **causa nº CCC 13141/2018/TO1/CNC1**, caratulada "**FLEITAS, N D s/ recurso de casación**", de la que **RESULTA**:

I. El 2 de mayo de 2019, la jueza integrante del Tribunal Oral en lo Criminal n° 10 de la Capital Federal Silvia Mora resolvió condenar a N D Fleitas como autor penalmente responsable del delito de hurto en grado de tentativa, a la pena de quince días de prisión en suspenso y costas (artículos 26, 29, inc. 3°, 42, 45 y 162 del Código Penal).

II. Ante esa decisión, el Defensor Público Coadyuvante, Martín P. Taubas, interpuso recurso de casación (cfr. fs. 167/171), el cual fue oportunamente concedido en la instancia y mantenido

La parte recurrente tachó de arbitraria la sentencia dictada por el mencionado tribunal oral, y su principal agravio tuvo por base la pretensión de que se aplicara en el caso el principio de insignificancia y, consecuentemente con ello, se absolviera a su asistido.

Fundó su posicionamiento en la inexistencia, en el caso, de una lesión grave a un bien jurídico que sea merecedora de una sanción penal y en la interpretación armónica del mencionado precepto bajo la regla de la *ultima ratio*, el principio de

proporcionalidad y el principio republicano, todos ellos derivados de la Constitución Nacional.

III. La Sala de Turno de esta Cámara asignó al recurso el trámite previsto en el art. 465, CPPN.

IV. Ya sorteada esta sala II, en el término de oficina, establecido en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del CPPN, la defensa oficial reiteró los fundamentos antes brindados, y solicitó que se exima a esa parte del pago de las costas, en el caso de que el recurso sea rechazado.

Luego, en sustitución de la audiencia establecida por el art. 465 del CPPN se otorgó a las partes la posibilidad de efectuar una presentación en reemplazo de ella; oportunidad en la cual no se efectuó presentación alguna.

VI. Realizada la deliberación prevista en el art. 469 del CPPN, el tribunal arribó al siguiente acuerdo.

CONSIDERANDO

El juez Horacio Días dijo:

I. Inicialmente corresponde señalar que el recurso de casación interpuesto es formalmente admisible, toda vez que la resolución recurrida es una sentencia condenatoria; los planteos esgrimidos encuadran dentro de los motivos establecidos por el art. 456, CPPN (de conformidad con la sentencia "Casal" – *Fallos* 328:3399); y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y de fundamentación requeridos por el art. 463 del citado código ritual.

II. Resuelta la admisibilidad del recurso articulado, y previo a ingresar al tratamiento de los agravios traídos a estudio por el recurrente, es preciso recordar que el tribunal de juicio tuvo por probado que "*el día 27 de febrero de 2018, siendo alrededor de las 16:10, en la intersección de la Av. Nazca y la calle Gutenberg de esta ciudad, [N D Fleitas] intentó apoderarse ilegítimamente de cuatro melones que se encontraban colocados en un cajón de madera*

que se hallaba en exhibición, en el comercio, rubro verdulería, sito en la calle mencionada, a la altura catastral 2889, pertenecientes a Sonia Hilari Pacosilli, para luego emprender la fuga con la mercadería en su poder. Ello, fue observado por personal policial que emprendió la persecución dando la voz de alto omitiendo el autor acatarla; y finalmente, se logró su aprehensión en la A. Nazca 3754 de esta ciudad. En consecuencia de ello, se procedió a la detención de Fleitas como así también al secuestro de la mercadería que previamente intentara sustraer".

En aquella oportunidad la parte aquí recurrente intentó la absolución de su asistido alegando un estado de necesidad e invocando la insignificancia de la conducta a él reprochada, lo que fue rechazado por el *a quo*, con la siguiente fundamentación: "*En lo que al estado de necesidad se refiere, podemos definirlo como aquella situación en la que alguien, para evitar un mal propio o ajeno, provoca un daño igual o menor al que evita: «Existe estado de necesidad en aquellos casos en los que se toman los bienes ajenos sin la voluntad de sus dueños para subvenir a las más primarias y perentorias necesidades humanas, tales como alimentación, habitación, etc.». Es necesario también que se actúe a instancias o impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia y que no se trate de mera estrechez económica, debiendo por lo demás, probar que se han agotado todos los recursos que, en la esfera personal y familiar podía utilizar el agente.*

Tales extremos no se han visto acreditados por ningún medio de prueba; de adverso a poco que se analice el informe socio ambiental que corre por cuerda, se advierte que aun cuando el nivel económico de Fleitas presentaba ciertas dificultades, lejos está de asemejarse al estado de necesidad alegado por el empeñoso defensor.

En efecto, del mentado legajo surge que el incuso convive en una casa que el tío de su pareja les cede, finca que cuenta con electricidad, agua corriente y gas, sin tener que solventar por

ello ningún canon locativo, como tampoco abonar los aludidos servicios que están a cargo exclusivo del familiar de su concubina.

A ello se suma que los ingresos que el nocente expresara percibir a la fecha de cometer el injusto, si bien escasos, en forma alguna amerita justificar el estado de necesidad al que alude el artículo 34 inc. 3°.

En relación a la atipicidad por insignificancia que el Dr. Taubas reeditara en la audiencia, me remito a los argumentos que me llevaron a rechazar tal planteo (13 de febrero del corriente año).

Allí sostuve que independientemente que el principio de insignificancia no está previsto en la legislación positiva, toda cosa que tenga valor pecuniario o de cambio, puede ser objeto del delito de hurto, sin importar la insignificancia del valor de lo desapoderado".

La defensa no cuestiona la autoría, ni la materialidad de los hechos, sino únicamente su relevancia jurídico-penal en el entendimiento de que los efectos sustraídos no revisten un valor suficiente como para habilitar el reproche penal.

En primer término, el impugnante destacó que la jueza de grado, cuando habló del estado de necesidad, hizo referencia a "*… que se actúe a instancias o impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia y no que se trate de una mera estrechez económica…*".

En este sentido, la defensa remarcó las cualidades personales desfavorables de su defendido al momento del hecho, las cuales –según el *a quo*– con lo que surge del informe social no pueden tenerse por probadas.

A mayor abundamiento sostuvo también que si bien contaba con un inmueble propio, se trata de un galpón que habría sido cedido por un tío de su pareja, con la cual al momento del hecho tenían tres hijos, más otro que estaba en camino, respecto a todos los cuales el nombrado era el encargo exclusivo de su manutención.

Ahora bien, de igual manera, la defensa precisó que nada de esto puede hacer presumir que por contar con tales elementos básicos de subsistencia, como podría ser la vivienda, y sin perder de miras que en realidad era un galpón, no se encontraba en un estado de gran precariedad al momento del hecho y que su situación laboral, caracterizada por la falta de trabajo, le generara la imposibilidad de proveer a su familia de los correspondientes alimentos.

Asimismo argumentó que, para poder ponderar aquí la situación de necesidad que enfrentaba su pupilo, debía hacerse hincapié en que la sustracción en cuestión consistió en un alimento que es de consumo inmediato; es decir, dicho en otros términos, los melones son alimentos que son consumibles inmediatamente después del hurto, lo que hace presumir aún más que la necesidad de su asistido era inmediata e inevitable para su subsistencia, motivo por el cual el mencionado actuó en un estado de necesidad.

En tal sentido, agregó que en el presente caso se trataba de un producto de primera necesidad para Fleitas –como es el alimento–, quien sin emplear violencia sustrajo un bien para satisfacer una necesidad tanto personal como familiar del momento; entendiendo que la conducta de su asistido fue guiada por la necesidad básica de la alimentación, más que la de afectar o desapoderar a su dueña de la propiedad de la cosa en cuestión.

En segundo lugar, sostuvo que la conducta atribuida a Fleitas no configuraba un daño a un bien jurídico de entidad grave que habilite la persecución penal del Estado, de modo tal que por dicho motivo configuraba una conducta atípica.

En ese orden de ideas, entendió que haber intentado sustraer cuatro (4) melones no equivalía a una pérdida o afectación económica de gran cantidad para el comercio, sobre todo cuando aquéllos fueron recuperados.

E indicó que dicha aseveración resulta de la estricta aplicación del criterio de proporcionalidad entre la real afectación al bien jurídico protegido y la sanción penal que se intenta.

En ese sentido, refirió que no es menor la circunstancia que en el caso bajo estudio, la víctima es la dueña de una verdulería y, como tal, debe considerarse de qué forma se vio afectada su propiedad, ya que no sólo compra esos bienes a un precio inferior, sino que también asegura su mercadería y establece precios de venta considerando las posibles pérdidas del tráfico comercial.

En definitiva, finalizó diciendo que no se produjo una afectación de gran entidad hacia la víctima que permita una respuesta punitiva por parte del Estado, ya que ello implicaría una lesión aún mayor que la producida como consecuencia del ilícito reprochado.

III. Sentado lo expuesto, corresponde ahora dar respuesta al planteo articulado en el recurso.

a) Va de suyo que en el caso no se discuten los hechos, sino que lo que se trata es de analizar la relevancia jurídico penal de la acción enjuiciada.

Cabe indicar, por cierto, que mis colegas de Sala han llevado a cabo un meduloso análisis de la cuestión vinculada a la insignificancia y a sus repercusiones tanto en el derecho procesal como en el sustantivo, y para ello basta con remitirse a lo expuesto por ellos en los precedentes “Garcete, L. y Cumba, A.”, fechado el 15.2.2019, Reg. n° 96/2019; “Acosta, Héctor G.”, del 19.9.2019, Reg. 1307/2019; y principalmente a lo resuelto con anterioridad en “Cutule, Pablo A.”, de fecha 10.7.2017, Reg. 565/2017, en el cual están desarrollados la totalidad de los argumentos que involucran esta temática con mucha profundidad y seriedad.

b) Dicho esto, corresponde señalar en primer término que en el caso no se queja la defensa de la inaplicación de alguna regla

ritual vinculada a la insignificancia, sino que su pretensión tiene en miras demostrar la atipicidad del hecho con base en tal principio.

Aclarado ello, en lo que al derecho sustantivo concierne, soy de la opinión que una vez abandonado el pensamiento causal naturalista, en primer lugar Welzel concibió la idea de la adecuación social de la conducta como una forma de restringir la tipicidad de la acción contraria a la regla jurídica formal; y luego su discípulo Roxin contribuyó a esta postura, tiñendo a las categorías del delito bajo una noción de política criminal, con un planteamiento del sentido de la punición estatal de corte preventivista, en cuyo desarrollo pudo expandir la idea de un derecho penal protector de bienes jurídicos, sin que quedase concluida la tarea de delimitar con la debida precisión su contenido. Así entonces, devino de ello que la causación en sentido físico relegó su rol protagónico y fue reemplazada por la lesión al interés jurídicamente tutelado que la cosa representa: en nuestro caso la propiedad, en tanto valor.

En este contexto, la tipicidad se normativizó con la introducción de la teoría de la imputación objetiva, donde lo relevante resulta ser la creación y la concreción de riesgos jurídicamente desaprobados. Lo mismo sucedió con el dolo, que pasó a ser entendido como una decisión en contra del bien jurídico. Y finalmente a la antijuridicidad formal se le añadió la noción de antijuridicidad material, como una instancia de verificación de la real lesión a dicho bien jurídico; ámbito donde cobra importancia el principio de lesividad, en tanto se erige como legitimador material del derecho penal (dado que sin lesión no hay delito). Es aquí, pues, el ámbito donde el orden jurídico verifica si verdaderamente existió un concreto menoscabo al interés jurídicamente tutelado, toda vez que en caso de no superar tal umbral el hecho no constituye un injusto en sentido material por ausencia de lesividad. Pero a esto no corresponde denominarlo principio de insignificancia, puesto que las lesiones –si

bien pueden no ser significantes– son ya deterioros materiales del bien jurídico que su titular no debería estar obligado a tolerar.

Así las cosas, no hay en mi opinión en el derecho penal un límite general para la punibilidad por razones de insignificancia (por todos véase FRISTER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General*, traducción de la 4ª edición alemana de Marcelo Sancinetti, revisión de la traducción de María de las Mercedes Galli, editorial Hammurabi, 1ª edición, Buenos Aires, 2011, p. 416). Los hechos en el derecho penal son injustos o permitidos, y si superan el umbral de antijuridicidad material –aun cuando lo sean de un modo no significativo– son contrarios al Derecho, de manera tal que el titular del interés afectado, lejos de estar obligado a tolerar su pérdida o deterioro, conserva potestades de defensa respecto de sus bienes, en tanto actúe dentro del marco en el cual la ley acota su derecho de intervención.

Y si bien es cierto que actualmente en el orden sustantivo se admite la posibilidad de exención de las sanciones, entendida como una renuncia a la pena basada en la negación de una necesidad de sanción (puede verse ejemplos de esto en WESSELS, Johannes, BEULKE, Werner, SATZGER, Helmut, *Derecho Penal. Parte general: El delito y su estructura*, traducción de la 46ª edición alemana por Raúl Pariona Arana, Instituto Pacífico, Lima, 2018, p. 352), ello en modo alguno conlleva a postular que la insignificancia en sí misma se justifique como un principio que reclame autonomía.

Es que no hay en la estructura de la teoría del delito una necesidad instrumental de incorporar una regla tal como la del principio de insignificancia. Por el contrario, las eximentes penales con las que ya se cuenta, por caso la referida categoría de la antijuridicidad material como filtro del principio de lesividad, o bien el estado de necesidad disculpante que resuelve sin dificultades los supuestos de los hurtos famélicos y hasta incluso la inexigibilidad del cumplimiento de la norma y, por ende, la ausencia de culpabilidad por

Fecha de firma: 10/02/2021
Firmado por: HORACIO DIAS
Firmado(ante mi) por: JOAQUÍN OCTAVIO MARCET, Prosecretario de Cámara

#32808459#279725637#20210210140829140

imposibilidad de formular un juicio de reproche en supuestos de personas en situación de extrema vulnerabilidad, revisten al acto de imposición de la pena estatal con una debida proporcionalidad y con una razonabilidad que un Estado de libertades demanda.

La insignificancia por su cuantificabilidad, de estimarlo oportuno y conveniente el legislador, puede encontrar su sede dentro del ámbito del derecho procesal, puesto que conserva aptitud para formar parte del conjunto de criterios de disponibilidad con los que cuenta el titular de la acción penal al momento de enjuiciar las condiciones de su ejercicio; orientado así por pautas de política criminal previamente trazadas. Allí la bagatela como tal, bajo determinadas condiciones, puede ameritar su descarte, si esto se lo fundamenta en base al cometido de que haya una optimización de los recursos técnicos y humanos para que sean mejor empleados en otra clase de persecuciones criminales respecto a las cuales no es posible prescindir.

Pero en lo concerniente al derecho de fondo, en particular al contenido del injusto típico, soy de la opinión que no se deben confundir los derechos del afectado con los objetos de su derecho de propiedad.

Por otra parte, recuerdo que en un libro editado en el año 2019, intitulado *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad: Sobre la legitimación de la pena estatal*, que tradujeron Ricardo Robles Planas, Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila y que publicó la editorial Atelier de Barcelona, Michael Pawlik nos proponía repensar algunas de las grandes preguntas de la ciencia del Derecho Penal, tales como qué significa el actuar, cuál es el contenido del injusto criminal y qué sentido tiene punir y aplicar las reglas, cuyos conceptos acaso puedan resultar de interés para este caso.

En líneas generales concluye que el **actuar** (*vid.* la p. 13 y ss) no ha de entenderse como lo hacía Welzel, de manera

instrumental para conseguir fines, sino de una manera comunicativa, es decir como una toma de posición entre alternativas valoradas normativamente; por lo que, en este sentido, es un acontecimiento social, consistente en hacer comprensible para los demás un hacer. Asimismo, el actuar adquiere sus contornos específicos analizando también las alternativas descartadas, pues sólo así se comprende qué significa una decisión de acción, ya que quien actúa se dispone a expresar su intención en un hecho público. Por ende, el contenido del significado del hecho se estipula en el seno de la comunidad social concreta, en cuyo marco se lleva a cabo. La acción, en síntesis, es expresión de un sentido jurídicamente relevante, dado que –y en la medida en que– desde la perspectiva de los demás se presenta como una toma de posición mediante un actuar y es imputable a quien actúa en cuanto sujeto, ya que manifiesta mediante la finalidad objetiva de su hacer que una alternativa merece prioridad frente a otras.

Asimismo, concibe al **injusto criminal** (cfr. la p. 43 y ss) como una lesión al deber de cooperación, puesto que la naturaleza específica del injusto reside en que el autor, en la medida en que ejecuta una norma que le favorece unilateralmente, contraviene su obligación de cooperar al mantenimiento del estado jurídico existente y quebranta de este modo su rol como representante de la comunidad, es decir como ciudadano. Así, el fundamento de legitimación de estos deberes de cooperación penalmente garantizados reside en la necesidad de asegurar un estado de libertades. Luego, el derecho penal posibilita al individuo, bajo condición de estricta reciprocidad, una configuración de la propia existencia sin temor paralizante ni una heterodeterminación opresiva (revísese la p. 48 y ss).

Por consiguiente, se concibe al **obrar injusto** (consúltese la p.37 y ss) como una toma de posición respecto a una obligación jurídico penal que le concierne al autor, concurriendo un injusto penalmente relevante cuando tal toma de posición es de rechazo al

Fecha de firma: 10/02/2021
Firmado por: HORACIO DIAS
Firmado(ante mi) por: JOAQUÍN OCTAVIO MARCET, Prosecretario de Cámara

#32808459#279725637#20210210140829140

ordenamiento legal. En tales términos, el autor opone al ordenamiento una contra-norma, y mediante su conducta manifiesta que atribuye a dicha contra-norma prioridad por sobre la norma del Derecho. De esta manera, la manifestación de poder que ha ejercido contra una voluntad ajena se entiende como un programa normativo que racionalmente niega el orden jurídico. Pero en un estado de libertades respetar a una persona se traduce en el respeto a sus derechos, y lesionar las posiciones jurídicas de otro significa atacarle como persona. Así, el ladrón pone de manifiesto que considera a su víctima como un mero recurso para la satisfacción de sus deseos; y en eso mismo reside el agravio, puesto que no la trata como persona. El sujeto se rige por una norma según la cual valora positivamente su empoderamiento para tratar eventualmente a los demás negando su otredad, y expresando así su actitud negativa frente a la regla que le impide comportarse de ese modo.

Finalmente, **punir** (ver la p. 60 y ss) se concibe como un símbolo de merecimiento de pena, en donde la sentencia de condena lo que hace es rechazar la contra-norma erigida por el delincuente y, a la vez, fortalecer la autoridad del orden normativo quebrantado. Es que mediante los símbolos, los contenidos de sentido particulares se convierten en portadores de significados generales. Así, el contenido de la pena consiste puramente en la función de significar, y su significado fundamental es ser un acto comunicativo.

Es decisivo entonces que el símbolo jurídico de la pena sea expresado de forma elaborada, precisa, comprensible, y lo más importante: que sea de un modo socialmente convincente (revísese la p. 62 y ss). Ello así, puesto que es deber de los jueces realizar las mismas prestaciones de cooperación que los ciudadanos al confirmar la autoridad de la norma lesionada, ya que imponiendo la pena se margina al delito, pasando a ser algo superado mediante este ritual del reestablecimiento del orden. En suma, el Estado debe poner de

manifiesto que se toma en serio el rechazo de los delitos, ya que de tolerarse la infracción a una norma se deja entrever que no es digna de ser conservada o defendida; y si en cambio se la rechaza, se pone de manifiesto una disposición a continuar reconociéndola como un parámetro de comportamiento y de valoración. En rigor, lo que se confirma con el acto del castigo no es tanto el precepto, sino la confianza. Por esto, las sentencias judiciales contribuyen a reproducir la validez de los estándares de legitimación que regulan el enjuiciamiento de la cuestión relativa a si un determinado actuar debe ser valorado o no como una negación merecedora de pena. En consecuencia, se trata de una praxis de confirmación a través de la pena (*vid.* p. 71), quedando claro que una praxis sólo existe en sus realizaciones individuales, especialmente en la administración de justicia (consúltese la p. 81).

c) Traídas estas consideraciones a nuestro caso concreto, advierto que Fleitas claramente ha incumplido con sus deberes de cooperación que le concernían como ciudadano: en particular, el más elemental deber negativo de no causar daño a terceros en las relaciones anónimas que en el seno de un Estado de libertades se decide entablar. Con su hecho, el nombrado comunica públicamente que toma posición por no respetar a la víctima como persona ni a sus derechos, y que para él resulta preferible la lesión de la propiedad ajena; anteponiendo su propia norma individual frente a la norma jurídica general que le impedía comportarse de ese modo. Precisamente esto último constituye el fundamento de su injusto penal.

Incluso en su graduabilidad, cabe advertir que de toda la amplia variedad de productos que suele haber en este tipo de comercios, seleccionó acaso aquéllos que tenían más alto valor, y tomó la mayor cantidad posible que sus manos le permitían cargar; es decir, el sentido que su acción expresa es que estaba dispuesto no sólo

a desapoderar de sus bienes a la víctima, sino que lo hizo respecto de todos los que pudo dentro de lo que la ocasión le permitió.

Por otra parte, no advierto un contexto exculpante de magnitud tal que permita anular aquí un juicio de reproche, ni tampoco la defensa lo ha invocado en su recurso.

Así entonces, llegado hasta aquí, se impone la pena como símbolo de su merecimiento, ya que no hay razones plausibles para su renuncia; sino que, por el contrario, es debido dictar un pronunciamiento judicial que rechace la contra-norma erigida por el actuante, y a la vez fortalezca la autoridad del orden normativo quebrantado, de manera tal que al marginarse al delito pase a ser algo superado en el rito del restablecimiento del orden.

De este modo me encuentro convencido que una sentencia que niegue el juicio de tipicidad en este caso, tal como lo propugna la defensa, lejos de implicar un acto comunicativo elaborado, preciso y comprensible, llevaría un mensaje confuso a sus destinatarios. Ello así, puesto que tal toma de posición implicaría afirmar que en este tipo de situaciones carece de toda tutela penal la propiedad de la víctima aquí interactuante, quien –contrariamente al nombrado– sí ha cumplido con todos sus deberes de cooperación, y conserva entonces la razonable expectativa de que sus derechos sean también reconocidos por terceros y por el Estado.

Soluciones de tal clase, además de que difícilmente resulten socialmente comprensibles, pues decepcionan la expectativa social de protección del derecho penal, corrientemente impulsan a las víctimas y a la sociedad en general a actuar contrafácticamente; adoptando así medidas de protección de sus bienes (por ejemplo, en este caso se podría enjaular la mercadería o atender detrás de una reja), lo que implica resignar –cada vez más– espacios de libertad con el consecuente deterioro que ello acarrea a la calidad de vida y a la convivencia ciudadana.

Por lo demás, si bien un acto individual de estas características, en tanto encapsulado y aislado, podría carecer de significación, la comunicación pública estatal respecto de su tolerancia y su no punición, por su valor simbólico, conlleva el riesgo que otros imiten la misma conducta de heterodeterminación opresiva.

En efecto, si bien la existencia de un solo sujeto intentando pequeños hurtos no violentos puede no ser un problema hoy (como sería el caso del señor Fleitas), sucede que si otros cientos lo imitan tras informarse que las tentativas fracasadas no violentas carecen de consecuencias penales, tendríamos posiblemente muchos comercios cerrados y a la sociedad alarmada, incapaz de comprender el sentido de los actos del Poder Judicial.

Así entonces, se justifica la imposición de la pena estatal, pero no en un sentido meramente retributivo, compensando con dolor un mal ocasionado, sino –conforme ya se dijo– como un símbolo de merecimiento, expresado en un acto comunicativo con significado general que tiene por fin el restablecimiento de la autoridad de la regla jurídica general quebrantada por el delito, lo que pone así de manifiesto una disposición para continuar reconociéndola como un parámetro de comportamiento y de valoración.

IV. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo rechazar el recurso intentado, confirmando el pronunciamiento impugnado; sin costas, habida cuenta que la parte pudo haberse creído con un legítimo derecho a impugnar con fundamento la sentencia acá atacada, en virtud de los precedentes invocados por ella y que fueron dictados por este mismo colegio.

Tal es mi voto.

El juez Eugenio C. Sarrabayrouse dijo:

1. En el caso no está discutido que N D Fleitas intentó apoderarse de cosas muebles ajenas sin ejercer violencia física sobre las personas ni fuerza en las cosas. Se trató de cuatro melones

que se encontraban en exhibición en un cajón de madera en una verdulería ubicada en la calle Gutenberg 2889, casi en su intersección con Avenida Nazca de esta ciudad.

Como repasó el juez Días, la defensa postuló la absolución de Fleitas basada en un estado de necesidad y la insignificancia de la conducta, planteo que fue rechazado por la jueza de la instancia anterior del siguiente modo: *"…En lo que al estado de necesidad se refiere, podemos definirlo como aquella situación en la que alguien, para evitar un mal propio o ajeno, provoca un daño igual o menor al que evita.*

'Existe estado de necesidad en aquellos casos en los que se toman los bienes ajenos sin la voluntad de sus dueños para subvenir a las más primarias y perentorias necesidades humanas, tales como alimentación, habitación, etc.'.

"Es necesario también que se actúe a instancias o impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia y que no se trate de mera estrechez económica, debiendo por lo demás, probar que se han agotado todos los recursos que, en la esfera personal y familiar podía utilizar el agente.

"Tales extremos no se han visto acreditados por ningún medio de prueba; de adverso a poco que se analice el informe socio ambiental que corre por cuerda, se advierte que aun cuando el nivel económico de Fleitas presentaba ciertas dificultades, lejos está de asemejarse al estado de necesidad alegado por el empeñoso defensor.

"En efecto, del mentado legajo surge que el incuso convive en una casa que el tío de su pareja les cede, finca que cuenta con electricidad, agua corriente y gas, sin tener que solventar por ello ningún canon locativo, como tampoco abonar los aludidos servicios que están a cargo exclusivo del familiar de su concubina.

"A ello se suma que los ingresos que el nocente expresara percibir a la fecha de cometer el injusto, si bien escasos, en

forma alguna amerita justificar el estado de necesidad al que alude el artículo 34 inc. 3°.

En relación a la atipicidad por insignificancia que el Dr. Taubas reeditara en la audiencia, me remito a los argumentos que me llevaron a rechazar tal planteo (13 de febrero del corriente año).

"Allí sostuve que independientemente que el principio de insignificancia no está previsto en la legislación positiva, toda cosa que tenga valor pecuniario o de cambio, puede ser objeto del delito de hurto, sin importar la insignificancia del valor de lo desapoderado…".

En su recurso la asistencia técnica reiteró ambos planteos.

2. Como se dijo, Fleitas no pudo disponer de los cuatro melones, porque su conducta fue advertida por personal policial que logró su detención y el secuestro de los bienes a aproximadamente cincuenta metros del comercio (según la descripción del hecho en la sentencia).

De esta manera, en el caso particular considero aplicable lo dicho en el precedente **"Cutule"**[1] (citado en el recurso y en el voto del juez Días) y reiterado en **"Cumba"**[2], **"Acosta"**[3] y **"Batista"**[4] en tanto que, si la función del Derecho penal es la protección subsidiaria de bienes jurídicos y debe ser la *última ratio* del sistema, la conducta desplegada por Fleitas no afectó el patrimonio del negocio porque no sólo las cuatro frutas que intentó llevarse no representan un valor económico significativo, sino *porque también fueron recuperadas de inmediato*. Las características del hecho, además, revelan la inexistencia de una acción que por sus características disvaliosas justifique la intervención del Derecho penal, si se toma en cuenta la falta de violencia o fraude en la conducta reprochada.

---

1 Sentencia del 10.7.17, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño, registro n° 565/17.

2 Sentencia del 15.2.19, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, registro n° 96/19.

3 Sentencia del 19.9.19, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Días y Morin, registro n° 1307/19.

4 Sentencia del 19.11.19, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, registro n° 1696/19.

Por lo demás, aceptado por la jueza de mérito que la situación socio económica de Fleitas efectivamente presentaba dificultades, con independencia de la ubicación dogmática que se le asigne y los planteos efectuados en el recurso, ese contexto disminuye el reproche por la acción emprendida. En esta línea, destaco que la defensa hizo saber que el inmueble cedido a Fleitas para habitar era un galpón sin baño ni cocina; que al momento del hecho él y su pareja tenían tres hijos y otro más en camino; y que no tenía trabajo estable, por lo cual juntaba cartones para procurar la subsistencia de su familia.

En definitiva, considero que el hecho reprochado a Fleitas, dadas las características particulares del suceso y las condiciones personales del nombrado, resulta atípico.

3. Asimismo, considero necesario reiterar otro tramo de lo dicho en el precedente **"Cutule"**, ya citado. 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.[5] Por otro, con el de igualdad, en tanto distintos autores critican que la introducción de esta clase de criterios colisiona con valores democráticos e igualitarios en la aplicación del Derecho penal.[6] Incluso, se señala que choca con los fines de la pena y la función misma de aquél,[7] posición

5 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.

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

7 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 introducirlas en una cámara de gas. El proceso penal correspondiente fue sobreseído 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.), *Kriminalpolitk. Studien zur inneren Sicherheit* ("Política criminal. Estudios sobre seguridad interior"), Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2008, p. 307. Otro caso polémico sobreseído por aplicación del §153 a de la Ordenanza Procesal Penal alemana es el del *Contergan* o de la *Thalidomida;* cfr.

en la que, entiendo, puede ubicarse la del juez Días y la cita y desarrollo que ha efectuado en su voto del pensamiento de Michael PAWLIK. Otro sector de la doctrina nacional 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 azar.[8]

Sin embargo, entiendo que 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 Fleitas *configuró un delito.*

Tampoco puede pasarse por alto el nudo central que exhibe el asunto, con independencia del enfoque dogmático que se adopte y la concepción sobre la función y los fines del Derecho penal: la aplicación del castigo penal en contextos de desigualdad, esto es, la concreta situación social y personal de Fleitas ya descripta, que excede su sola consideración para la medición de la pena, cuestión que aquí cabe solamente mencionar.[9]

4. Por último, entiendo que el argumento desarrollado en la parte final del voto del juez Días, referido al efecto negativo de la repetición de ciertos actos que se consideran perjudiciales, atraviesa toda la historia del Derecho penal. Cabe aquí citar brevemente, y a modo de ejemplo, la discusión producida en un ámbito diferente pero también en Alemania, y que repercutió en España y la Argentina, vinculada con el problema del llamado "efecto de acumulación" en

---

Eugenio C. SARRABAYROUSE, *Responsabilidad por el producto*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2007, ps. 38 – 50.

8 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.

9 Cfr. al respecto la tesis de maestría inédita de Victoria Beatriz Simán Pollastri, *Derecho penal y pobreza: la propuesta de síndrome de trasfondo social podrido (Rotten social background síndrome) de Richard Delegado*, dirigida por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, presentada ante la Universidad de Barcelona para acceder al título de Máster en Estudios Jurídicos Avanzados; allí se cita, entre otros, a Roberto GARGARELLA, *La coerción penal en contextos de injusta desigualdad*, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires; Gustavo BEADE, *Acuerdos y desacuerdos y dudas sobre las soluciones democráticas al castigo penal*, Revista Argentina de Teoría Jurídica, Universidad Torcuato Di Tella, Escuela de Derecho, Volumen 12 (diciembre de 2011), y Eugenio R. ZAFFARONI / Alejandro ALAGIA / Alejandro SLOKAR, *Derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, ps. 657 y sigs.

los delitos contra el medio ambiente. Lothar KUHLEN fue quien desarrolló el concepto de "delito acumulativo" al analizar la ubicación del § 324 del *StGB* (CP alemán) -que castiga la contaminación del agua-, dentro de las categorías clásicas de delitos de lesión y de peligro. De acuerdo con la interpretación dominante, el resultado típico exigido por la norma, realizado por una acción individual de contaminar, no presuponía una lesión ni un peligro para el bien jurídico protegido. Por esta razón, el fundamento de la pena sólo podía basarse en que sería peligroso para el bien jurídico que tal tipo de acción se repitiera en forma masiva, es decir, que la ejecutara un número indeterminado de personas; de allí la denominación de "delito acumulativo".[10] Criticaron esta postura, entre otros, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, para quien la relevancia penal de estos delitos pretende basarse en una perspectiva ajena a la del penalista: *What if everybody did it?* (¿qué pasaría si todos hicieran lo mismo?). Se trata de casos en que la conducta individualmente considerada no exhibe un riesgo relevante (es *harmless*), pero si se la admite practicada en general quizá sea dañina. Al fundarse la sanción *ex iniuria tertii* se vulnera el principio de culpabilidad. Tampoco se aprecia una lesión (o peligro) para el bien jurídico atribuible personalmente a la conducta del sujeto concreto, con lo que la sanción penal vulneraría el principio de proporcionalidad.[11]

---

10 Cfr. autor citado, *Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB)* ("El resultado de la acción en la contaminación punible del agua"), GA 1986, ps. 389-408.

11 Cfr. autor citado, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*[2], Civitas, Madrid, 2001, ps. 131-136; en nuestro país, puede verse la opinión de Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Reflexiones sobre el derecho penal ambiental*, en AA.VV, *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al profesor Julio B.J. Maier*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 147, donde señala: *"No existe esta tercera forma de lesividad, porque no hay acción humana, por inofensiva y aun positiva que fuese, que universalizada no termine provocando una catástrofe. Cualquier actividad….realizada por todos durante todo el día pararía la producción, desbarataría los servicios, etc. El argumento de los peligros de una eventual universalización no es nuevo ni exclusivo del derecho penal ambiental, pues se ha empleado para pretender legitimar las penas al consumo de tóxicos prohibidos y, mucho antes, para pretender justificar la punición de la sodomía…"*; también puede consultarse el trabajo exhaustivo de Rafael ALCÁCER GUIRAO, *La protección del futuro y los daños cumulativos*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 04-08 (2002), página electrónica http://criminet.ugr.es/recpc.

5. En consecuencia, disiento con la solución propuesta por el juez Días, y propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Fleitas, casar la sentencia recurrida y absolver al nombrado por el hecho juzgado; sin costas (arts. 456 inc. 1º, 470, 530 y 531, CPPN).

El juez D Morin dijo:

1. La aplicación del principio de insignificancia fue analizada en forma pormenorizada en el precedente **Cutule**[12], cuya copia se acompaña para una mejor compresión.

Allí se puso de manifiesto que los criterios para resolver acerca de la aplicación de este principio no se agotaban en el valor económico de la cosa sustraída sino que también se debía tomar en consideración, entre otras cosas, las características del hecho, las condiciones personales del imputado, el daño concreto producido en relación con las características de la víctima, la proporcionalidad entre la respuesta estatal y la magnitud de la infracción, la racionalidad de los actos de gobierno, los principios de lesividad y *ultima ratio*, el funcionamiento del sistema penal, en especial en lo que se refiere al proceso de selectividad y la inadecuada utilización de recursos humanos escasos.

2. El caso bajo examen se adecua al estándar enunciado en el precedente citado.

El imputado ha sustraído, sin violencia, cuatro melones de un cajón que estaba en exhibición en una verdulería; la conducta fue calificada como hurto; el sujeto activo es una persona que al momento de los hechos vivía en un lugar que carecía de baño y cocina, concretamente un galpón cedido por el tío de su pareja -con quien tenía tres hijos y otro en camino-; y además carecía de un trabajo estable.

12 Causa "Cutule, Pablo Alejandro", n° 26.265/14, rta. el 10/07/17, reg. nro. 565/17.

El análisis conjunto de las variables enunciadas determina que a pesar del aparente ingreso de la conducta al tipo, quepa concluir que, por imperio del principio de insignificancia, corresponde excluirla del tipo de hurto por el que Fleitas fue condenado.

Ello va dicho sin perjuicio de señalar que, más allá del examen del caso a la luz de la dogmática penal, también se manifiesta aquí la distorsión de un sistema que se dedica a atender mediante la intervención de jueces, fiscales y defensores, casos de mínima alteración del orden social en detrimento de la utilización de los escasos recursos humanos al procesamiento de causas de alto impacto.

3. En virtud de lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto, casar la decisión impugnada y, en consecuencia, absolver a N D Fleitas por el delito por el que fue condenado, sin costas (arts. 456, 465, 468, 469, 470, 530 y 531, CPPN).

Por todo lo expuesto, esta Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, **por mayoría**, **RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa de Fleitas, **CASAR** la sentencia recurrida y, en consecuencia, **ABSOLVER** al nombrado por el delito por el cual fue condenado; sin costas (arts. 456 inc. 1º, 470, 530 y 531, CPPN).

Se deja constancia de que los jueces Eugenio Sarrabayrouse y D Morin emitieron sus votos en el sentido indicado pero no suscriben la presente en cumplimiento de las Acordadas n° 4, 6, 7, 8 y 10, 27 y cc. todas del 2020, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y las Acordadas n° 1, 2, 3 y 11/2020 de esta Cámara.

Regístrese, comuníquese mediante oficio electrónico al tribunal correspondiente (Acordada 15/13, CSJN; Lex 100), y

remítase el expediente oportunamente (cfr. Acordadas n° 8/2020, 27/2020 y cc. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación). Notifíquese.

Sirva la presente de atenta nota de estilo.

HORACIO DÍAS

Ante mí:

Joaquín Marcet
Prosecretario de Cámara

Fecha de firma: 10/02/2021
Firmado por: HORACIO DIAS
Firmado(ante mi) por: JOAQUÍN OCTAVIO MARCET, Prosecretario de Cámara

#32808459#279725637#20210210140829140