



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8177/2018/TO1/CNC1

Reg. n°1060 /2018

En la ciudad de Buenos Aires, a los 04 días del mes de septiembre del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Luis F. Niño, Gustavo A. Bruzzone y Patricia M. Llerena, asistidos por el secretario Santiago Alberto López, a efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 88/98, en la presente causa n° CCC 8177/2018/TO1/CNC1, caratulada "**Rodríguez, Guillermo Ariel s/ hurto en tentativa**", de la que **RESULTA:**

I. Por resolución del 16 de marzo de 2018 el Tribunal en lo Criminal y Correccional n° 30 de la Capital Federal resolvió: “**1) Condenar a Guillermo Ariel RODRIGUEZ, de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la pena de quince días de prisión, cuyo cumplimiento se deja en suspenso, y costas procesales, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de hurto en grado de tentativa (arts. 5, 26, 29 inc. 3, 42, 44, 45 y 162 del Código Penal y 530, 531 y 533 del C.P.P.N.), e imponerle que durante el término de dos años cumpla con las siguientes reglas de conducta: fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato (art. 27 bis, inc. 1° del C.P.)**” (fs. 71/83).

II. Contra esa decisión, la Defensora Pública Coadyuvante a cargo de la Unidad de Actuación para Supuestos de Flagrancia N° 32, Dra. Guadalupe Piaggio, interpuso recurso de casación (fs. 88/98), que fue concedido (fs. 99/101) y mantenido (fs. 104).

El recurrente encauzó sus agravios por vía de ambos incisos del art. 456 CPPN. Respecto del primero porque el tribunal habría realizado una errónea interpretación de la ley penal sustantiva “*al concluir sobre la existencia de una afectación al bien jurídico*



‘propiedad’” cuando la conducta era atípica por insignificante. En relación al inc. 2° por considerar que la resolución impugnada resulta arbitraria y carente de fundamentación conforme lo dispuesto en los arts. 123 y 404, inc. 2° CPPN ya que el *a quo* ha rechazado de manera infundada el planteo efectuado en torno a la atipicidad de la acción endilgada a su asistido.

III. La Sala de Turno de esta Cámara declaró admisible el recurso de casación interpuesto y le otorgó el trámite previsto por el art. 465 CPPN (fs. 107).

IV. Durante el término de oficina (art. 465, cuarto párrafo y 466, CPPN) se presentó la defensa técnica de Guillermo Ariel Rodríguez, quien sostuvo lo manifestado en el recurso de casación y resaltó la intervención del Dr. Niño en el precedente “**Cutule**”¹ de este colegiado donde sostuvo que *“no es racional ni proporcionada la puesta en marcha de las diferentes agencias del control social 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 (...) datos concretos, tales como los de sujeto activo, sujeto pasivo, características del hecho y circunstancias que lo rodearon”*. Respecto del Dr. Bruzzone, destacó algunos precedentes en los que intervino cuando integraba la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional², en los cuales señaló que a los efectos de la aplicación del principio de insignificancia debe considerarse tanto el disvalor de la acción como del resultado.

V. Superada la etapa prevista en el art. 468 CPPN, tuvo lugar la pertinente deliberación, a partir de la cual se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

¹ “*Cutule, Pablo Alejandro s/hurto en tentativa*”, CCC 26265/2014/PL1/CNC1, Sala 2, Reg. n° 565/17, resuelta el 10 de julio de 2017

² “*Vallejos*”, Causa n° 41.416, CCC, Sala V, resuelta el 26 de mayo de 2011; “*Rodriguez*”, Causa n° 40.460, CCC, Sala I, resuelta el 23 de mayo de 2011; “*Cordoba*”, Causa n° 40.460, CCC, Sala V, resuelta el 5 de abril de 2013; y “*Agüero*”, Causa n° 37.044, CCC, Sala V, resuelta el 2 de julio de 2014.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8177/2018/TO1/CNC1

Y CONSIDERANDO:

El juez **Luis F. Niño** dijo:

1. En primer término, debe señalarse que el recurso de casación es admisible pues se dirige contra sentencia definitiva. Por lo demás, el recurso interpuesto se inscribe dentro de los motivos de casación estipulados en el art. 456 CPPN. En particular, se agravia respecto a la afirmación del *a quo* respecto a que la conducta desplegada por Rodríguez superó el umbral mínimo de afectación al bien jurídico, vulnerando así los principios de lesividad, proporcionalidad, racionalidad de los actos de gobierno, última ratio del poder punitivo y *pro homine*. Por otro lado, se agravió respecto a que el tribunal desechó en forma arbitraria los argumentos de esa parte tendientes a demostrar que no se configuró el tipo objetivo del delito por ausencia de lesividad de la conducta desplegada. En definitiva, no existe un óbice formal a la admisibilidad del recurso en trámite.

2. En el precedente “**Cutule**”, al que refiere la esmerada defensa técnica, señalé, con cita del reconocido catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Módena y Reggio Emilia, Massimo Donini³, que el único poder capaz de controlar el contenido de las leyes dictadas por el Parlamento a la luz de principios superiores es el poder judicial, y que el principio de *ultima ratio* asigna a los jueces un rol relevante en el campo de la aplicación de la pena. En este sentido, sostuve que la no punibilidad reconoce la existencia de estrategias diferenciadas de causa de reducción o eliminación de la pena, confiadas al juez.

En esa oportunidad, también destacué que el principio de racionalidad de los actos de gobierno que emana del art. 1º del texto constitucional, obliga al operador judicial del subsistema penal a realizar el debido control de la lesividad de la conducta imputada, en

³ 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



el plano de la tipicidad conglobante del tipo penal⁴, con el objeto de “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’”. En consecuencia, no es racional ni proporcionado el juzgamiento de transgresiones de escasa o nula afectación al bien jurídico. Ahora bien, en esa oportunidad destacué que la mensuración del grado de afectación al bien jurídico debe ponderarse en relación a datos concretos, en particular, el sujeto activo, sujeto pasivo, características del hecho y las circunstancias que lo rodearon.

3. En función de esos parámetros corresponde analizar si el caso encuadra en los estándares señalados y, en consecuencia, si la conducta imputada cruzó el umbral de lesividad al bien jurídico “propiedad”.

En este sentido, Rodríguez fue condenado por el hecho acontecido “*el día 8 de febrero del año en curso, alrededor de las 15.30 hs., en el interior del ‘Supermercado Día %’ ubicado en la Av. Corrientes 3534 de esta Ciudad, lugar en el que intentó sustraer cinco desodorantes de hombre, dos marca ‘Rexona’ y tres marca ‘Kosiuko’.* En dicha ocasión, y mientras el nombrado se encontraba transitando los sectores de góndolas, la encargada Lara Alejandra Acosta observó a través de las cámaras de seguridad el momento en que RODRIGUEZ guardaba mercadería entre las prendas que vestía, circunstancias que aquélla le comentó a la propietaria del comercio – Norma Elizabeth Silva–. Ante ello, las nombradas se acercaron hasta la línea de cajas y luego de que el encausado abonara en tal lugar un sobre de jugo ‘Clight’, le solicitaron a éste –de manera insistente ya que se resistía a hacerlo- que se levante su remera, lo cual finalmente realizó, observándose que a la altura de su cintura y de su entrepierna llevaba escondidos los cinco desodorantes antes mencionados. En consecuencia, se solicitó la presencia policial en el

⁴ Ver ZAFFARONI, Eugenio R., *Estructura básica del derecho penal*, 1ra edición, Buenos Aires, Ediar. 2009, pág. 99





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8177/2018/TO1/CNC1

lugar, procediéndose así a la detención de RODRIGUEZ y al secuestro de los referidos bienes”.

Respecto al sujeto activo, en el marco de la audiencia celebrada el 9 de febrero del corriente año en los términos del art.353 bis CPPN, en lo que hace a las condiciones de subsistencia, manifestó que se desempeñaba como cocinero en la empresa ‘Salad City’ y que percibía la suma aproximada de diez mil pesos (\$10.000). Luego de ello, en el marco del debate oral y público, manifestó trabajar en gastronomía, en el local ‘Tentissimo’ ubicado en el shopping ‘Unicenter’, trabajo por el cual percibía la suma aproximada de doce mil pesos (\$12.000) con la cual puede pagar el alquiler del domicilio donde actualmente reside junto a un amigo. También, manifestó que posee estudios secundarios incompletos y que, hace tres años, estuvo internado en una comunidad terapéutica. Finalmente, manifestó arrepentirse de la conducta que se le imputa y, a preguntas de la fiscalía, dijo *“pide disculpas porque es una Franquicia que también trabaja como él luchando por su sueldo fijo. Esta totalmente arrepentido de haber entrado y hacer tal estupidez (...) haber sacado unas cosas del supermercado que no le hacían mucha falta; fue un mal hábito que tuvo y está trabajando para cambiar”* (SIC - fs. 66/69).

En relación al sujeto pasivo, debe señalarse que los supermercados “Día %” (Distribuidora Internacional de Alimentación), a diferencia de otras cadenas, funcionan mediante el sistema denominado ‘franquicia’ y, en consecuencia, la cadena se compone de numerosas tiendas cuya titularidad difiere en cada una de ellas. Este esquema empresarial, criticado en la actualidad⁵, deposita gran parte de la responsabilidad por el giro del negocio en el franquiciado y, por ello, es éste el mayor afectado por hechos como el ventilado en autos. En este caso, la víctima, Norma Elizabeth Silva, es la franquiciada del

⁵ RODRÍGUEZ MORA, Sebastián y DÍAZ MARENGHI, Pablo, “El cuento del tío día %” en *Revista Crisis*, n° 33, Buenos Aires, Junio 2018



local ubicado en Av. Corrientes 3534 de esta ciudad y la afectada directa por la maniobra desarrollada por Rodríguez.

Respecto a las características del hecho y las circunstancias que lo rodearon, debe señalarse que en el hecho el imputado no ejerció ninguna clase de violencia, que fue advertido inmediatamente por lo cual tramitó conforme las previsiones de 27.272. Por otro lado, los bienes sustraídos fueron dos desodorantes marca 'Rexona' y tres marca 'Kosiuko' que, conforme surge del peritaje obrante a fs. 32, en ese momento tenían un valor de trescientos cuarenta pesos (\$340). En este sentido, la Sra. Silva manifestó que esos desodorantes eran los más caros del local.

Los datos analizados demuestran que la conducta desplegada por el imputado traspaso el umbral de afectación al bien jurídico que el tipo penal contemplado en el art. 162 CP pretende proteger. En primer lugar, si bien la higiene personal se encuentra protegida por el derecho humano fundamental a la salud (arts. 33, 75, inc. 22 CN, 25.1 DUDH, 11 DADH y 12 PIDESC), lo cierto es que los bienes sustraídos, como surge de los propios dichos de Rodríguez, no le eran necesarios (fs. 66/69). En este sentido, tampoco puede soslayarse que su situación económica no le impedía abonar el precio de aquellos desodorantes. Por otro lado, de los distintos bienes que podría haber sustraído, optó por aquellas marcas más caras y en una cantidad considerable respecto a lo que hubiera requerido para garantizar su higiene personal. Finalmente, se advierte que la víctima es una pequeña comerciante que, con un capital limitado, emprendió un negocio al que las pequeñas sustracciones afectan considerablemente. En consecuencia, asiste razón al *a quo* respecto a que la conducta de Rodríguez lesionó el patrimonio de la Sra. Silva superando el umbral de afectación al bien jurídico.

4. Respecto al agravio relativo a la aplicación del principio de insignificancia como criterio de oportunidad, como señalé en el





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8177/2018/TO1/CNC1

precedente ya citado, *“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 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)”*.

Ahora bien, con independencia de la procedencia o no del instituto contemplado en el Código Procesal cuya vigencia se encuentra suspendida, lo cierto es que en el caso no es de aplicación, ya que, como señala correctamente el *a quo*, *“el único sujeto procesal que podía ejercer el llamado ‘principio de oportunidad’ y, por ende, disponer de la acción penal pública solicitando la absolución del imputado por falta de lesión al bien jurídico tutelado ‘propiedad privada’ no lo ha hecho; muy por el contrario, acusó y pidió la aplicación de una condena”*. En consecuencia, tampoco podrá tener éxito este planteo.

5. Voto, pues, por rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 88/98 por la defensa técnica de Guillermo Ariel Rodríguez y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 71/82 dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 30 de esta ciudad, sin costas en aras al más amplio ejercicio del derecho de defensa (arts. 455, 456 inc. 1°, 465, 530 y 531 CPPN).

El juez **Gustavo A. Bruzzone** dijo:



1. Voy a adherir en lo sustancial al voto que lidera el acuerdo, ya que la conducta desplegada por el imputado, como señalé en los precedentes invocados por la recurrente, debe ser valorado a la luz de concreción de lesión al bien jurídico propiedad (disvalor del resultado) y a la conducta precedente que la produjo (disvalor de la acción). En este sentido, el colega preopinante fundó correctamente aquellos elementos que, a mi criterio, acreditan la afectación del patrimonio de la víctima. Por ello, adhiero a la solución por él propuesta.

En lo que me habré de apartar del colega es en la no imposición de costas, toda vez que se debe aplicar el principio de que el vencido debe cargarlas (arts. 531 y concordantes del CPPN)

La jueza **Patricia M. Llerena** dijo:

1. Adhiero en lo sustancial al voto del juez Niño, a excepción de lo que lo que concierne a las costas procesales, pues sobre esta cuestión concuro con la solución del juez Bruzzone. Así voto.

En virtud del acuerdo que antecede, la **Sala 1** de la **Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional** de la Capital Federal, por unanimidad, **RESUELVE:**

I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa de Guillermo Ariel Rodríguez a fs. 88/98, y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la sentencia de fs. 71/82 en cuanto ha sido motivo de agravio, con costas (arts. 455, 456 inc. 1º, 465, 530 y 531 CPPN).

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

LUIS F. NIÑO





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8177/2018/TO1/CNC1

PATRICIA M. LLERENA

GUSTAVO A. BRUZZONE

Ante mí:

SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ
Secretario de Cámara

