

Poder Judicial de la Nación

///nos Aires, 31 de marzo de 2009.-

Y VISTOS:

Celebrada la audiencia prevista por el artículo 454 del Código Procesal Penal, concita la atención de la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el auto pasado a fs. 40/42, en cuanto se dispuso el procesamiento de A., J. G.

Los señores jueces Juan Esteban Cicciaro y Abel Bonorino Però dijeron:

Contrariamente a los agravios esgrimidos por la defensa oficial, compartimos la valoración formulada por el señor juez *a quo*, motivo por el que el temperamento recurrido merece su homologación.

Ello es así, siempre que los testimonios brindados por el agente policial J. G. (fs. 1) y los empleados del supermercado “Día”, M. Á. P. (fs. 7) y L. S. A. (fs. 23) fueron coincidentes a la hora de describir las características fisonómicas y de vestimenta de A. J. G., así como también permitieron tener por comprobado el accionar ilícito.

El plexo probatorio mencionado neutraliza el relato del imputado basado en una simple confusión (fs. 38/39), ya que pudo corroborarse que el individuo que egresó del local en circunstancias en que se accionó la alarma es aquél que fuera perseguido por el mencionado P. y aprehendido, luego de desprenderse del objeto secuestrado (fs. 4).

Asimismo, en relación con la ausencia de filmaciones del episodio acontecido, cabe ponderar la declaración del Jefe de Sucursal del supermercado “Día”, quien manifestó que “...el local no posee cámaras de seguridad que graben en el salón de ventas...”(ver fs. 7).

A lo expuesto hasta el momento, se agrega el secuestro del champú marca “Pantene” (fs. 21), arrojado dentro de un cesto de basura por el causante. Dicho producto fue reconocido por M. Á. P. como parte de la mercadería que se comercializa en el local, extremo que se corroboró con el sistema de seguridad colocado en el envase que provocó el sonar de la alarma al pasarlo por el sensor.

Por otra parte, la asistencia técnica acudió a la teoría de la insignificancia a partir de la que postuló la atipicidad de la conducta, siempre que, a su criterio, el bien jurídico no se ha lesionado de un modo tal que requiriera una reacción penal del Estado.

Al respecto, oportunamente sostuvimos que sin perjuicio de la ausencia de

legislación que contemple el principio invocado, debe repararse en que el bien jurídico tutelado por el delito de hurto es el derecho de propiedad, entendido en sentido amplio que le asigna la Constitución Nacional, y en tal sentido la insignificancia sólo puede jugar cuando es tal que lleva a despojar a la cosa de ese carácter, independientemente del mayor o menor valor de aquella, aspecto que es relevante sólo a los fines de graduar la pena (de esta Sala, causa n° 27.815, “Castaño, Miguel Angel”, del 6 de junio de 2005 y causa n° 29.243, “Gil, Marcelo”, del 26 de mayo de 2006).

Consecuentemente, reunidos los extremos de artículo 306 del Código Procesal Penal que habilitan a conformar el juicio de convicción requerido para esta etapa del proceso, votamos por homologar el auto puesto en crisis.

El señor juez Mauro A. Divito dijo:

I. Conforme a los lineamientos de cuanto se decidió, en su momento, en la causa “Drogo” -resuelta el 28/01/2009 por la Sala de FERIA (c. 267)-, considero que la conducta aquí atribuida al imputado no importó una afectación penalmente relevante respecto del bien jurídico propiedad, de modo que, en las particulares circunstancias del caso y por aplicación del denominado principio de insignificancia, procede revocar el auto de procesamiento recurrido y decretar el sobreseimiento de A. J. G. (CPPN, art. 336 inc. 3°).

II. En tal sentido, corresponde recordar que -concretamente- se adjudica al nombrado el haber intentado sustraer, del interior de un supermercado, un frasco de acondicionador para el cabello de 200 ml, el que presentaba un alambre destinado a activar el sensor de una alarma (cfr. fs. 19 vta.), y en poder del cual aquél habría salido del local, provocando así que sonara dicho dispositivo de seguridad, lo que permitió que el personal del negocio advirtiera la maniobra y, finalmente, que el imputado, tras intentar escapar, fuera aprehendido por un funcionario policial.

Cabe añadir que, según lo expuso la Sra. Defensora Oficial durante la audiencia oral -exhibiendo el ticket de una farmacia- el precio de venta al público de dicho artículo sería de \$ 7,30. Por lo demás, consta en la causa que el imputado es una persona -de condición humilde (fs. 14 vta. y 26)- que carece de antecedentes penales (fs. 22 y 29).

III. Las apreciaciones efectuadas, en tanto demuestran que se trató de una

Poder Judicial de la Nación

conducta aislada que recayó sobre un producto de poco valor, cuya tenencia -por parte de una empresa de supermercados- solamente se vió afectada de una manera fugaz, permiten concluir en que tanto la acción que el imputado emprendió como su (previsiblemente) frustrado resultado revistieron tan escasa gravedad que -en definitiva- el hecho examinado sólo podría ser considerado adecuado al tipo objetivo del delito de hurto -en el caso, en grado de tentativa- (CP, arts. 42 y 162) desde un enfoque estrictamente formal y prescindiendo, puntualmente, de las exigencias derivadas del principio de lesividad que se desprende del art. 19 de la ley suprema (cfr., en este sentido, Silvestroni, Mariano H. “Teoría constitucional del delito” ps. 211/212, Editores del Puerto, Bs. As., 2004).

Al respecto, he de señalar que comparto el criterio según el cual el principio citado, en cuanto aquí interesa y en conjunción con el de proporcionalidad -derivado directamente del principio republicano de gobierno-, demanda la existencia de cierta relación entre la lesión al bien jurídico y la punición (cfr. Zaffaroni, E. R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, “Tratado de derecho penal, parte general”, p. 495, Ediar, Bs. As., 2002), de modo que en “casi todos los tipos en que los bienes jurídicos admitan lesiones graduables, es posible concebir actos que sean insignificantes” (*ibidem*). El hecho puntual por el que G. viene procesado se enmarca, según entiendo, dentro de esta última categoría.

En tales condiciones, dable es concluir en que una reacción penal se vislumbra a todas luces inadecuada, máxime si se entiende que “...porque la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos, el principio de necesidad exige que se recurra a ella sólo como remedio extremo” (Luigi Ferrajoli, “Derecho y razón”, p. 465, Ed. Trotta, Madrid, 1995).

IV. En una dirección similar se registran algunos pronunciamientos de este mismo tribunal (cfr. Sala VI c. 28348, “Gómez, Justo”, 15/3/2006; y c. 29.846, “Bueno, Sergio”, 20/6/2006; y de la Sala V, el voto en disidencia de la juez Garrigós de Rébora en c. 29197, “Rivas, María”, 26/5/2006, entre otras), si bien la mayoría de sus miembros -vale la pena aclararlo- han sostenido la opinión contraria.

Por otra parte, cabe recordar que en la doctrina nacional han defendido la aplicación del principio de insignificancia, inicialmente, E. R. Zaffaroni (“Tratado de derecho penal, parte general”, tomo III, p. 554, Ediar, Bs. As., 1981) y Enrique U. García Vitor (“La insignificancia en el Derecho penal. Los delitos de bagatela”, ps. 40 y ss. Ed. Hammurabi, Bs. As., 2000); e incluso parece haberlo aceptado Carlos Creus (“Derecho Penal, parte general”, 2ª edición, ps. 202/203, Ed. Astrea, Bs. As., 1990); y en los últimos tiempos, nuevamente Zaffaroni -esta vez, en la obra cuya autoría compartiera con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, citada precedentemente-, Mariano Silvestroni -también ya citado- y Elizabeth Marum (comentario al art. 162 en “Código Penal y normas complementarias - análisis doctrinario y jurisprudencial”, dirección: David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, ps. 33/38, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2009).

Es decir que, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, hay quienes se han inclinado a favor de la teoría aquí propiciada.

V. De acuerdo con lo expresado, no suscribo la opinión de mis colegas de Sala, conforme a la cual en el delito de hurto se tutela el derecho de propiedad en sentido amplísimo y, en tanto no se prevén grados ni límites, cualquiera sea la afectación que resulte del apoderamiento ilegítimo, la conducta queda comprendida en el art. 162 del CP, de modo que el mayor o menor valor de la cosa es un “aspecto relevante sólo a los fines de graduar la pena”.

Sin embargo, puesto que el criterio apuntado ha sido seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“Fallos” 308:1796), corresponde examinar el fallo citado a efectos de explicitar las razones que me llevan a apartarme de aquél.

El precedente invocado -causa “Adami”- data del 25/9/1986 y en él la Corte revocó una sentencia de la Sala VI de esta cámara (firmada por los jueces Zaffaroni y Donna). La idea central del alto tribunal -que es la reproducida por mis distinguidos colegas- aparece expuesta en el considerando 3º del voto de la mayoría, conformada por los jueces Caballero, Belluscio y Fayt (suscribieron una disidencia los jueces Petracchi y Bacqué, quienes propiciaron el rechazo del recurso -sin expedirse sobre el fondo del asunto- por considerar que la cuestión federal había sido tardíamente introducida por el apelante). Esa doctrina fue posteriormente reiterada en la sentencia publicada en “Fallos” 312:2218 (causa “González”).

Poder Judicial de la Nación

Ahora bien, por un lado procede señalar que la conformación del alto tribunal ha variado, a tal punto que hoy en día queda solamente uno de los jueces que suscribieron la opinión mayoritaria en “Adami” (el juez Fayt), y que uno de sus miembros (el juez Zaffaroni) es quien, en esa misma causa, había emitido el voto principal en la sentencia de segunda instancia que finalmente fue revocada.

También cabe apuntar que la Corte Suprema -en su actual composición- ha reconocido que el derecho penal debe funcionar como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico (cfr. considerando 6° del voto de la mayoría -jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni- en el fallo “Acosta, Alejandro Esteban”, de fecha 23/4/2008) y es sabido que, conforme a dicho criterio, el poder penal del Estado debe emplearse solamente frente a los ataques graves contra bienes jurídicos, lo que permite excluir del ámbito de lo punible aquellas conductas que los afectan en forma mínima (cfr., en este sentido, Marum, ob. cit., p. 37).

Además, la modificación del sistema procesal nacional -que fuera puesta en marcha en el año 1992- ha añadido nuevos estamentos a la estructura judicial, entre los que cabe destacar la creación de la Cámara Nacional de Casación Penal, porque ha sido precisamente una sala de ese tribunal -el más alto en materia penal de la Nación- la que en el año 2004 ha receptado expresamente la aplicación del principio de insignificancia en un caso de injurias (CNCP, sala 3ª, 8/6/2004, “Ruiz de la Vega, Carolina” -publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, n° 4 -diciembre 2004-, ps. 804 y ss.).

En conclusión, los cambios en la composición del supremo tribunal, sumados a la circunstancia de que éste ha afirmado la vigencia del principio de *ultima ratio* en la aplicación de la legislación punitiva, y a la creación de un órgano jurisdiccional de máxima jerarquía en materia penal -que ha receptado la teoría de la insignificancia-, autorizan a concluir que existen razones suficientes para apartarse, en el caso, del precedente “Adami” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por todo ello, emito mi voto en el sentido explicitado.

En mérito al acuerdo que antecede, esta Sala del Tribunal RESUELVE:
CONFIRMAR el auto documentado a fs. 40/42, en cuanto fuera materia

de recurso.

Devuélvase sirviendo lo proveído de respetuosa nota de envío.

Juan Esteban Cicciaro

Abel Bonorino Però

Mauro A. Divito
(En disidencia)

Ante mí: Virginia Laura Decarli