



*Poder Judicial de la Nación*

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 60677/2017/TO1/CNC1

**Reg. n° 1307/2019**

En la ciudad de Buenos Aires, a los 19 días del mes de septiembre de 2019, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Eugenio C. Sarrabayrouse, Horacio Días y Daniel Morin, asistidos por la secretaria actuante Paula Gorsd, para resolver el recurso de casación interpuesto por la parte acusadora en la presente causa n° CCC 60667/2017/TO1/CNC1, caratulada “**Acosta, Héctor Gabriel s/ recurso de casación**”, de la que **RESULTA:**

**I.** El 23 de octubre de 2017 el juez del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 29 absolvió a Héctor Gabriel Acosta por el hecho calificado como robo simple en grado de tentativa (fs. 114 vta.).

**II.** Contra dicha sentencia interpusieron recurso de casación el fiscal general, Horacio Fornaciari, y el auxiliar fiscal, Norberto Lion (fs. 130/139), concedido a fs. 141 y al que la Sala de Turno de esta Cámara le otorgó el trámite previsto en el art. 465, CPPN (fs. 146).

**III.** Los recurrentes plantearon la inobservancia de la ley sustantiva y de las reglas que el código adjetivo sanciona bajo pena de nulidad (art. 456, incs. 1° y 2°, CPPN). Cuestionaron la absolución y argumentaron que se acudió a un supuesto normativo (el principio de insignificancia) no contemplado por la legislación penal vigente que, además, contradice el ordenamiento interno.

**IV.** Por su parte, la defensa presentó un escrito denominado “breves notas” (fs. 151/152). Transcurrida la etapa prevista por el art. 468, CPPN (fs. 153), el caso quedó en condiciones de ser resuelto.

Efectuada la deliberación establecida en el art. 469, CPPN, el tribunal arribó a un acuerdo en los términos que a continuación se exponen.

**Y CONSIDERANDO:**

**El juez Eugenio C. Sarrabayrouse dijo:**

I. De conformidad con lo previsto en los arts. 469 y 398, CPPN, dos son las cuestiones a resolver: 1) si el juez de mérito estaba habilitado para tratar un nuevo planteo referido a la insignificancia de la conducta juzgada; y 2) si la aplicación de ese principio implicó una errónea interpretación de la ley sustantiva o una fundamentación equivocada de la sentencia.

## II. La atipicidad de la conducta

1. Para tratar la cuestión planteada conviene recordar qué tuvo por probado el tribunal *a quo*. Así, el juez de mérito consideró acreditado el hecho que a continuación se transcribe.

*“...Héctor Gabriel Acosta, intentó apoderarse ilegítimamente y mediante el uso de fuerza en las cosas, de una luz de emergencia ubicada en la estación de subte “Independencia” de la línea C, la cual se encontraba en el acceso a las escaleras.*

*“Para tal fin, procedió a arrancarla del techo, generando daños en los cables y a su vez, la rotura de un tubo de luz que se hallaba junto a la misma.*

*“El accionar descrito fue observado por Leonardo Javier Di Maio, que se hallaba cambiando un vidrio de un nicho de matafuegos, cuando al escuchar el ruido de rotura del tubo mencionado, vio como el imputado arrancaba la luz de emergencia ya mencionada, por lo que dio aviso a personal policial, que procedió a la detención de Acosta y al secuestro de la luz de emergencia que Acosta llevaba en una bolsa.*

*“El suceso descrito ocurrió el día 10 de octubre del corriente año, alrededor de las 9:50 horas...”* (fs. 119 vta./120).

2. Este hecho descrito en la sentencia no fue discutido por las partes. En su alegato, la defensa solicitó la absolución por atipicidad de la conducta, pues consideró que en el caso existía una escasa afectación del bien jurídico protegido; en otras palabras, el hecho era insignificante (fs. 118/119). El planteo fue rechazado por el representante del ministerio público fiscal (fs. 119), pero receptado en la sentencia (fs. 121 vta./128 vta.).

El juez de mérito para concluir de esa manera, primero repasó el Preámbulo de la Constitución Nacional y otras reglas constitucionales o con esa jerarquía (arts. 14 bis y 19 CN; 11, PIDCyP).



*Poder Judicial de la Nación*

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 60677/2017/TO1/CNC1

Sostuvo que la conducta insignificante imposibilita la integración del tipo penal, ya que se exige que la misma supere un umbral mínimo de afectación al bien jurídico o una significativa lesividad social para que la conducta pueda ser considerada relevante a fin de conformar la prohibición y habilitar la aplicación del poder punitivo estatal. Según el juez, este criterio es el único compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, base del ordenamiento jurídico, que recepta los mismos principios de proporcionalidad, racionalidad y *última ratio*, derivados del principio republicano de gobierno.

Añadió que Acosta se encontraba en un estado de vulnerabilidad extremo cuando tuvo lugar el hecho: en situación de calle, con su compañera Romina Beatriz Parada embarazada, quien en su momento también fue detenida y sin haber recibido una respuesta adecuada por parte del Estado que solo trajo como solución a este conflicto la detención. Como contrapartida y presunto damnificado, se encontraba la empresa Metrovías S.A., que conforme indicó la defensora, recauda 300.000.000 millones de pesos mensuales por el cobro del boleto del subterráneo y recibe más de 2.000.000.000 millones de pesos por subsidios del Estado.

Asimismo, el *a quo* recordó que durante el debate la asistencia técnica aportó presupuestos sobre el valor del objeto de la tentativa de robo. Uno de ellos, por la suma de pesos trescientos (\$ 300), que tuvo en cuenta el sentenciante por resultar el más favorable al imputado y que no recibió objeción alguna por parte de la fiscalía. Esta suma, a su vez, fue disminuida en al menos un 30% porque se trata de un elemento usado y el juez de la instancia anterior apuntó que el perjuicio era aún menor porque el objeto de inmediato fue devuelto a la empresa sin siquiera remitirlo al tribunal.

En definitiva, el juez de mérito sostuvo que el perjuicio generado fue ínfimo y destacó que el imputado en su confesión "*sincera*" (fs. 123) dijo que su intención era comprar un sándwich para su compañera embarazada, ya que habían perdido el turno para llegar al Comedor Comunitario y desayunar.

Así las cosas, el *a quo* cuestionó no solo el tratamiento brindado a esta cuestión en la instrucción, sino que también advirtió sobre el planteo reeditado por la defensa a partir de nuevos elementos probatorios surgidos del debate que, además, no habían recibido respuesta de la fiscalía.

En cuanto al respaldo legal del principio de insignificancia, señaló que más allá de las normas constitucionales, la última expresión del Congreso de la Nación al sancionar la ley 27.063 incorporó este concepto en el artículo 31 inc. a, y le ordena al ministerio público fiscal emplear criterios de oportunidad para prescindir del ejercicio de la acción, cuando se trata de un hecho que por su insignificancia no afecta gravemente el interés público.

También descartó las críticas vinculadas a que la cuestión planteada ya había sido rechazada en la etapa procesal previa. En concreto, sostuvo que esa decisión anterior en modo alguno impedía que en el juicio volviera a tratarse la cuestión, mucho más cuando nuevas pruebas permitían brindar una respuesta adecuada al planteo formulado.

Finalmente, el juez de mérito advirtió que la fiscalía omitió reflexionar sobre los principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad. Agregó que no sólo se debe atender al valor del bien, sino al daño que la infracción causa al damnificado. En efecto, indicó que la afectación que Acosta podría haber causado a la empresa Metrovías fue ínfima.

Por último, para sustentar su posición citó doctrina (Hans Welzel, Luigi Ferrajoli, Eugenio R. Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar), y jurisprudencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Kimel vs Argentina” del 2.05.2008; Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, precedente “Gerbasi”, causa 15.556, del 08.05.2012 registro 20.751; Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, “Cutule, Pablo Alejandro”, del 10.07.2017 registro nro. 565/2017).

### 3. La fiscalía desarrolló los siguientes argumentos.

a. Criticó que el tribunal de mérito se transformó en un órgano revisor de la decisión adoptada por la jueza de instrucción y realizó una lectura parcial de aquel pronunciamiento que descartó el



*Poder Judicial de la Nación*

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 60677/2017/TO1/CNC1

planteo de la defensa, sin que en esa instancia se haya recurrido aquella decisión.

**b.** Agregó que la magistrada trató debidamente la cuestión y sostuvo que el principio de insignificancia no encontraba sustento en la legislación vigente y que el bien jurídico lesionado por el delito de robo no es el patrimonio, sino el derecho de propiedad en el sentido amplio que le asigna la Constitución Nacional.

**c.** En el caso había existido un prejujuamiento por parte del sentenciante, quien si bien sostuvo que el acusado se encontraba bajo una situación de vulnerabilidad y la contrapuso con la de la empresa damnificada, omitió hacer lugar al planteo de la fiscalía respecto de la realización de un amplio informe socio ambiental.

**d.** Cuestionó las afirmaciones relacionadas con las ganancias de Metrovías, en tanto no habían sido comprobadas en la causa y advirtió que también hubiera resultado válido que la acusación sostuviese que por aquel tiempo la empresa operaba a pérdida.

**e.** Las normas penales son aplicables independientemente de la situación económica de la víctima y el victimario, sin que ello obste a que se valore esta situación al tiempo de graduar la sanción.

**f.** La figura del robo no distingue en cuanto al valor económico que pudiese tener la cosa y tampoco gradúa con respecto al bien jurídico protegido.

**g.** Era equivocado sostener que la fiscalía no respondió al planteo de la defensa, reeditado por el juez de mérito, cuando lo único que sucedió fue que no se brindó la respuesta pretendida por el sentenciante. Advirtió que el acta no refleja lo que sucedió en la audiencia. Recordó que la fiscalía se había expedido debidamente y que no se lograba entender cuáles eran los nuevos elementos surgidos del debate (salvo que fueran los presupuestos del valor de una luz de emergencia acompañados por la defensa) y que no hacían variar la posición jurídica adoptada por la fiscalía.

**h.** El *a quo* había recurrido a un supuesto normativo no contemplado en la legislación penal vigente. La norma citada por el juez

de grado (ley 27.063) se encontraba suspendida y, además, no establece una orden para el ministerio público fiscal, sino que contempla que sus representantes pueden prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal; en otras palabras, solo constituye una facultad o prerrogativa de los fiscales que no puede ser apropiada por el órgano judicial. Añadió, entonces, que la sentencia transgredía el principio de legalidad al aplicar el principio de oportunidad.

i. Con respecto a los principios de proporcionalidad y racionalidad, indicó que la fiscalía solicitó la pena de dos meses de prisión y costas en orden al delito de robo simple en grado de tentativa, que se unificó con la de tres años de prisión dictada por el TOC n° 5.

4. En primer término, corresponde analizar si el juez podía resolver la cuestión introducida por la defensa en su alegato, ante la existencia de un pedido similar formulado y resuelto en la etapa anterior.

Para resolver el punto, no deben pasarse por alto las características del caso. Se trata de un procedimiento de flagrancia y si bien es cierto que la defensa pudo efectuar reserva de recurrir en casación ante la decisión adversa en la audiencia de fs. 62, *lo cierto es que introdujo el nuevo planteo luego de producida prueba en el debate lo cual, a su criterio (compartido por el juez de mérito), habilitaba su reedición*. De esta manera, no es que el juez de mérito actuó como revisor de lo decidido en la instrucción sino que resolvió un planteo sustentado en nueva prueba producida en el juicio oral y público.

Lo dicho conduce a rechazar el primer agravio de la fiscalía y a examinar si el principio de insignificancia fue correctamente aplicado en el caso.

5. En el punto, corresponde remitirse a lo dicho en los precedentes “**Cutule**”<sup>1</sup> y “**Cumba**”<sup>2</sup>.

Allí se dijo que 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

---

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

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



*Poder Judicial de la Nación*

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 60677/2017/TO1/CNC1

funcionarios del ministerio público y a la policía de promover la persecución penal ante la noticia de un hecho punible.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> Incluso, se señala que choca con los fines de la pena y la función misma de aquél.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup>

Sin embargo, y bien visto, ésta no es la discusión que se presenta en el caso, pues como en el precedente **“Cutule”** no se trata de la aplicación de un criterio de oportunidad, decidido por la fiscalía, sino de establecer si la conducta reprochada al imputado Acosta *configuró un delito*.

En el caso particular, se aprecia que no existió una errónea interpretación de la ley o falta de fundamentación en la sentencia al considerar que el objeto que intentó sustraer Acosta no afectó el derecho de propiedad o el patrimonio de la presunta víctima. Desde una interpretación posible de las reglas en juego, el *a quo* consideró que la conducta aquí investigada no superaba el umbral mínimo de afectación del bien jurídico protegido. En este sentido, como se dijo en los

---

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

<sup>4</sup> Cfr. Daniel PASTOR, *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Ad- Hoc, Buenos Aires, 2005, ps. 46 y sigs., en particular nota 27.

<sup>5</sup> Peter REICHENBACH presenta el caso, sucedido en Alemania, de dos niñas de piel morena que fueron lesionadas e injuriadas por una persona que las conminó para que regresaran a su país de origen, bajo la amenaza de introducir las en una cámara de gas. El proceso penal correspondiente fue sobreesido por la fiscalía tras el pago de una multa de 300 marcos, de acuerdo con el §153 a de la Ordenanza Procesal Penal alemana. Esta decisión colisiona, según el autor mencionado, con el interés estatal de mantener los valores fundamentales de la sociedad y la conservación de la paz jurídica, señalado en los manuales de Derecho penal como los fines principales del Derecho penal. Cfr. autor citado, *Kriminalpolitik und Strafrecht* (“Política criminal y Derecho penal”) en Hans – Jürgen LANGE (comp.), *Kriminalpolitik. Studien zur inneren Sicherheit* (“Política criminal. Estudios sobre seguridad interior”), Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2008, p. 307. Otro caso polémico sobreesido por aplicación del §153 a de la Ordenanza Procesal Penal alemana es el del *Contergan* o de la *Thalidomida*; cfr. Eugenio C. SARRABAYROUSE, *Responsabilidad por el producto*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2007, ps. 38 – 50.

<sup>6</sup> 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.

precedentes citados, si la función del Derecho penal es la protección subsidiaria de bienes jurídicos y ser la *ultima ratio* del sistema, la conducta desplegada, no solo por el escaso o casi nulo valor de la luz de emergencia de la que intentó apoderarse Acosta, sino también porque *fue recuperada en ese mismo momento*, muestran que el razonamiento de la sentencia no es arbitrario. En efecto, el juez de la instancia anterior destacó que el artefacto de inmediato fue devuelto a la empresa sin siquiera remitirlo al tribunal (fs. 123).

Las características del hecho revelan que el juez de mérito consideró correctamente la inexistencia de una acción que por sus características disvaliosas justifique la intervención del Derecho penal, en especial, si se toma en cuenta que no existió violencia contra las personas en la conducta reprochada. Por lo demás, la explicación brindada por Acosta acerca de los motivos por los que había intentado apoderarse de la luz de emergencia también fue considerada atendible, sin que se advierta arbitrariedad en el punto o una errónea interpretación de la ley. Cuando Acosta declaró, indicó que el hecho juzgado fue cometido en un momento de *desesperación* porque quería darle de comer a su pareja embarazada y su objetivo era revender la luz de emergencia por la que estimó podría obtener aproximadamente \$ 200 (cfr. el registro de la audiencia, archivo 6093, minuto 6 en adelante).

El juez también destacó, basado en las pruebas colectadas en la causa, que Acosta se encontraba en un estado de vulnerabilidad extremo cuando tuvo lugar el hecho: en situación de calle, con su compañera Romina Beatriz Parada embarazada, quien en su momento también fue detenida y presenciaba como público la audiencia de debate junto con una bolsa de residuos negra donde, según indicó el acusado, se encontraban todas sus pertenencias (ropa y unas mantas para cobijarse); y que al momento de intentar apoderarse de la luz de emergencia, su intención era comprar un sándwich para su pareja porque habían perdido el turno para llegar al Comedor Comunitario y poder desayunar (fs. 123). En este punto, cabe destacar que la prueba valorada resultaba suficiente para que el juez concluyera como lo hizo, y no se advierte la pertinencia del informe socio ambiental reclamado por la fiscalía, habida



*Poder Judicial de la Nación*

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 60677/2017/TO1/CNC1

cuenta del realizado a fs. 106 / 108, ponderado en la sentencia. Por lo demás, la recurrente no discute el estado de vulnerabilidad considerado probado por el juez, sino que reclamó la realización de prueba adicional. También desde otra perspectiva dogmática, no ya en el nivel de la tipicidad, sino en el plano de la imputación personal (o culpabilidad) la situación relevada en la sentencia resulta pertinente para decidir la absolución del caso.

En definitiva, como se adelantó, se trató de establecer si la conducta reprochada a Acosta *configuró un delito*. Por lo tanto, pierden toda virtualidad los planteos formulados por los recurrentes en orden a la vigencia de la ley 27.063, cuestión que, por lo demás, y por razones de brevedad, corresponde remitirse lo dicho sobre este punto al precedente **“Verde Alva”**<sup>7</sup>.

Asimismo, no puede pasarse por alto el nudo central que presenta el caso, con independencia del enfoque dogmático adoptado: la aplicación del castigo penal en contextos de desigualdad, esto es, la concreta situación social y personal del acusado (la extrema vulnerabilidad y la situación en la que se encontraba su compañera embarazada) excede su sola consideración en la medición de la pena, cuestión que, como se dijo anteriormente, fue correctamente abordada por el juez de mérito.<sup>8</sup>

6. De esta manera, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por la fiscalía a fs. 130/139, sin costas (arts. 456, inc. 1º y 2º, 457, 463, 465, 468, 469, 470 y 471 *a contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

**El juez Daniel Morin dijo:**

---

<sup>7</sup> Sentencia del 22.5.17, Sala II, jueces Sarraabayrouse, Morin y Niño, registro n° 399/2017.

<sup>8</sup> Cfr. respecto a este tema, 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.

Por compartir el examen realizado, adhiero a la solución propuesta por el juez Sarrabayrouse, en los términos expuestos en el caso “**Cutule**”<sup>9</sup>.

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

**RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por la fiscalía a fs. 130/139 y confirmar la sentencia en todo cuanto fue materia de agravio; sin costas (arts. 456, inc. 1º y 2º, 457, 463, 465, 468, 469, 470 y 471 *a contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

Se deja constancia que conforme surgió de la deliberación y en razón del voto coincidente de los jueces Eugenio C. Sarrabayrouse y Daniel Morin, el juez Horacio Días no emite su voto por aplicación de lo que establece el art. 23, último párrafo, CPPN (texto según ley 27.384).

Regístrese, notifíquese a las partes intervinientes en esta instancia, comuníquese (acordada 15/13, CJNN y Lex100) y remítase al Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 29, quien deberá notificar personalmente al imputado; sirviendo la presente de atenta nota de envío.

DANIEL MORIN

EUGENIO C.  
SARRABAYROUSE

PAULA GORSO  
Secretaria de Cámara

---

<sup>9</sup> Sentencia en fecha 10.07.17, registro n° 565/2017, Sala II, jueces Niño, Sarrabayrouse y Morin.