

///n la Ciudad de Buenos Aires, a los 31 días del mes de octubre de dos mil doce, se reúnen los miembros de la Sala Segunda de la Cámara Federal de Casación Penal, doctores Alejandro W. Slokar, Ana María Figueroa y Angela Ester Ledesma bajo la presidencia del primero de los nombrados, asistidos por la Secretaria de Cámara, María Jimena Monsalve, con el objeto de dictar sentencia en la causa 15.556 caratulada "G., H. H. s/recurso de casación", con la intervención del representante del Ministerio Público Fiscal, doctor Ricardo Gustavo Wechsler y del señor Defensor Oficial *ad hoc*, doctor Nicolás Ramayón.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó que debía observarse el siguiente orden: Ledesma, Slokar y Figueroa.

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

**-I-**

Llega la causa a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de casación interpuesto a fs. 206/213 por la defensa contra la sentencia de fecha 20 de marzo de 2012 (ver fs. 182/187) dictada por el titular del Juzgado Nacional en lo Correccional nro. 6 que dispuso "I) *RECHAZAR el planteo de extinción de la acción penal por el transcurso del plazo razonable articulado por la defensa.* II) *CONDENAR A H. H. G. de las restantes condiciones personales ya mencionadas, como autor penalmente responsable del delito de tentativa de hurto -arts. 42 y 162 del Código Penal- a la pena de QUINCE DÍAS DE PRISIÓN EN SUSPENSO, CON COSTAS (Arts. 26, 29 inc. 3º, 42, 45 y 162 del Código Penal; arts. 529 y 531 del CPP)*

El recurso fue admitido a fs. 213 y mantenido a fs. 216. Durante el término de oficina, se presentó la defensa a fs. 220/222.

Celebrada la audiencia que prescribe el artículo 468 del CPPN el día 25 de septiembre del corriente año, la

causa quedó en condiciones de ser resuelta.

**-II-**

a. La defensa efectuó un relato de los actos procesales más importantes de la causa, señalando la existencia de demoras injustificadas.

Al respecto, precisó que los hechos datan del 18 de julio de 2008 y que el 30 de ese mes y año ya se había concretado la totalidad de la prueba testimonial producida, remitiéndose el sumario a sede judicial.

En ese orden, puntualizó que "desde entonces y hasta el juicio oral, no se produjo ni se petitionó ni se intentó producir prueba alguna de cargo ni de descargo, vgr., desde el 30 de julio de 2008 no se acumuló a la causa más que los actos procesales necesarios para llegar a la audiencia de debate -puntualmente, aquellos que han servido para interrumpir el curso de la prescripción de la acción penal-, sin otra actuación a impulso de esta parte que la que implicara la ventilación del ordinario recurso de apelación" (fs. 206 vta.)

Y que "en una causa en la que tras la declaración indagatoria no se realizó medida de prueba alguna ni se tramitó incidencia de ninguna índole, la instrucción desde entonces demoró más de un año en ser clausurada (art. 207 del CPPN)" (fs. 207)

De igual modo, relató los distintos actos llevados a cabo durante la etapa de juicio, concluyendo que las partes fueron citadas en los términos del artículo 354 del CPPN el 29 de marzo de 2010 y que el debate fue llevado a cabo recién el 15 de marzo de 2012.

En lo referente a los argumentos dados por el Tribunal para justificar la alongación de los plazos, puntualizó que el fuero correccional se caracteriza por la escasa incidencia estadística en causas con detenidos; que se ha reducido el número de casos del fuero en virtud del traspaso de competencias efectuado en favor de la Justicia de la Ciudad; que desde que la causa quedó radicada hasta la fecha de fijación del debate, el juzgado no estuvo vacante y señaló una deficiente organización del calendario de

audiencias.

Afirmó que el caso no reviste ninguna complejidad, a punto tal que en el juicio se produjo la misma prueba que había sido obtenida en sede policial.

Precisó que "lo que sí podemos sintetizar es la indebida dilación del trámite sin fundamento de la jurisdicción, durante casi cuatro años, por un hecho que conminado en abstracto con una sanción de hasta un año y cuatro meses de prisión, en definitiva sólo merecería una sanción condicional de quince días de la misma especie" (fs. 210vta.)

Y que "la condena fue impuesta a escasos quince días del período de dos años previsto por las disposiciones de fondo para la prescripción de la acción penal" (fs. 210vta.)

Por otra parte, aludió al estado de necesidad de su defendido al momento de la ocurrencia de los hechos, señalando que según surgía de las declaraciones obtenidas, cuando fue aprehendido sólo atinó a decir que tenía hambre. También refirió que carecía de medios para dar de comer a su hijo y que desde hacía días tanto él como el menor se alimentaban con caldos y mate. Refirió que, no obstante haber ordenado la Cámara de Apelaciones la realización de un informe socioambiental respecto del nombrado, el mismo nunca se llevó cabo.

También menciona la innecesariedad de aplicar una pena en este caso, en virtud del arrepentimiento demostrado por G..

Hizo reserva del caso federal.

**b.** A fs. 220/222 la defensa oficial ante esta Cámara solicitó que se haga lugar el recurso deducido en el entendimiento de que en el caso se ha afectado el derecho a obtener un pronunciamiento judicial dentro de un plazo razonable.

Además, calificó el hecho de atípico en razón de la

ínfima lesividad del conflicto, resultado irracional e intolerable que se criminalice este tipo de conductas a la luz del principio de proporcionalidad mínima.

Por otra parte, señaló que teniendo en cuenta el escaso recuerdo que tenían los testigos respecto de los hechos, durante el debate se leyeron sus declaraciones, todo lo cual resulta violatorio de la oralidad, la inmediatez y la concentración de la prueba en que se basa el sistema acusatorio. Afirmó que se han transgredido las garantías del debido proceso y defensa en juicio por la imposibilidad de interrogar a los testigos de cargo.

Por todo ello, citó doctrina y jurisprudencia vinculada a dicho tópico y postuló la anulación del debate y la absolución de su defendido.

**-III-**

a. Previo a todo, interesa señalar que H. H. G. fue condenado por "haber intentado apoderarse ilegítimamente de dos piezas de carne tipo palomita del interior del Supermercado Día, ubicado en Av. Cabildo 4265 de esta ciudad el 18 de julio de 2008, a las 13:30 hs. aproximadamente. Que en dicha ocasión, el nombrado se encontraba en las cajas del supermercado y al momento de pagar manifestó que no tenía dinero encima por lo que buscaría su bolso que se encontraba colgado a unos metros de ese lugar, dejando una de las bandejas de carne en la caja, y regresó manifestando que no tenía plata, por lo que procedió a retirarse, llevando entre sus ropas un bulto que parecía mercadería. Que este accionar fue advertido por una de las empleadas del supermercado, que lo llama, dándose éste a la fuga, siendo detenido por personal policial que había sido alertado por las empleadas del local, secuestrándose dos piezas de carne tipo palomita" (fs. 182 y vta.).

La causa se inició el 18 de julio de 2008, oportunidad en que las empleadas del Supermercado Día pusieron en conocimiento del personal policial sobre la posible comisión de un delito. Al respecto, interesa puntualizar que una de ellas, Adriana Gabriela Misic declaró que dicho local no posee empleados de seguridad y que ante

los faltantes de mercadería, dicha empresa la responsabiliza y le descuenta del sueldo el valor de lo perdido (cfr. fs. 179).

Continuando con el trámite de la causa, cabe mencionar que se aplicó el instituto previsto en el artículo 353 bis del CPPN y el sumario fue recibido en sede fiscal el 1° de agosto de ese año (fs. 39).

El imputado prestó declaración indagatoria el 10 de diciembre de 2008 (fs. 56/57) y el 4 de marzo de 2009 (fs. 63/64); habiéndose dictado el auto de procesamiento en orden al delito de hurto en grado de tentativa (arts. 42 y 162, CP) el 13 de marzo de 2009 (fs. 70/74).

Dicho decisorio fue apelado por la defensa (fs. 76/77) y fue confirmado el 29 de abril de 2009 por la Sala I de la Cámara del Crimen (fs. 86).

El 1° de diciembre de 2009, el fiscal requirió la elevación a juicio, respecto de la cual la defensa no se opuso (fs. 97), habiéndose clausurado la instrucción el 28 de diciembre de ese año. Las actuaciones fueron recibidas en la etapa de plenario el día 2 de febrero de 2010 y el 8 de ese mismo mes y año, se devolvieron a la instrucción para que se realice el embargo dispuesto.

Habiéndose cumplido con ello, la causa reingresó en la etapa de juicio el 29 de marzo de 2010 (fs. 110), oportunidad en que se convocó a las partes en los términos del artículo 354 del CPPN.

El 4 de agosto de 2010 se señaló audiencia de debate para el 21 de abril de 2011 (fs. 113) y se citó a las partes. El 13 de octubre de 2010, se suspendió dicha fecha pues conforme el calendario oficial, se trataba de un feriado, y se fijó una nueva para el 1° de septiembre de 2011 (fs. 129), rectificándose las comunicaciones respectivas.

Sin que mediara ningún acto, el 8 de agosto de 2011 se suspendió dicha audiencia y se fijó fecha para el 8 de marzo de 2012, indicándose que el aplazamiento obedecía a

"razones internas del Tribunal" (fs. 131).

El 17 de agosto de 2011, la defensa solicitó una suspensión alegando que tenía prevista para la misma fecha un juicio en el marco de otra causa; a lo que el juez accedió posponiéndola para el 15 de marzo de 2012 (fs. 139), fecha en la que finalmente se llevó a cabo el debate oral y público (fs. 178/180).

El 20 de marzo de 2012 se dictó la sentencia que motivó la vía recursiva en trato.

**b.** Sentado lo expuesto, entiendo que dadas las especiales circunstancias en que tramitó la causa, se encuentra seriamente comprometida la garantía del plazo razonable (arts. 18 y 75 inc. 22° de la C.N.; 8.1 de la CADH; 9.3 y 14.3.c del PIDCyP).

En efecto, *"(a)sí como el proceso debe cesar cuando la acción penal ha prescripto o cuando el hecho ya ha sido juzgado, debido a que estas circunstancias obstaculizan la constitución o continuación válida de la relación procesal, también la excesiva duración del proceso penal, en tanto violación de una garantía básica del acusado, conduce a la ilegitimidad del proceso, es decir, su inadmisibilidad, y por tanto, a su terminación anticipada e inmediata, único modo aceptable desde el punto de vista jurídico -pero también lógico e incluso desde la perspectiva del sentido común- de reconocer validez y efectividad al derecho tratado..."* (Pastor, Daniel, "El plazo razonable en el proceso del estado de derecho", *Ad Hoc*, Buenos Aires, 2002, pág. 612).

El cumplimiento de los plazos procesales constituye una garantía de juzgamiento, y por tanto, su violación opera como límite al poder penal del Estado en el ejercicio de la persecución e imposición de la pena.

El instituto de la prescripción de la acción se encuentra íntimamente relacionado con la garantía de ser juzgado sin dilaciones indebidas. Esta relación fue concebida desde antiguo por la doctrina; Carrara enseña que la prescripción de la acción es tolerable puesto que, cuando no hay sentencia judicial, la culpabilidad es incierta. Los ciudadanos dudan si ese hombre es un culpable afortunado o

una víctima infeliz de injustas sospechas y subraya que conviene extinguir aquellas acciones que -por tanto tiempo- han permanecido inactivas (cfr. "Programa de Derecho Criminal", Parte General, Temis, Bogotá, Vol. II, pág. 175).

De esta manera, habrá que observar en cada caso si se ha respetado o no la garantía implicada (arts. 18 y 75 inc. 22° de la C.N, 8.1 de la CADH, 9.3 y 14.3.c del PIDCyP).

Así, interesa señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en aplicación de los lineamientos sentados por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso "Motta vs. Italy", sentencia del 19 de febrero de 1991, párrafo 30-, señala que a los fines de precisar el alcance del concepto de plazo razonable, deben tomarse en consideración tres parámetros: **a)** la complejidad del asunto; **b)** la actividad procesal del interesado y; **c)** la conducta de las autoridades judiciales (ver "Hilaire, Constantine y Benjamín vs. Trinidad y Tobago", del 21 de junio de 2002, párrafo 143).

En función de dichos elementos, es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación abordó el examen sobre la garantía en estudio, añadiendo que "...la duración del plazo razonable de un proceso depende en gran medida de diversas circunstancias propias de cada caso, por lo que no puede traducirse en un número de días, meses o años..." ("Barra", Fallos 327:327)

Pues bien, en cuanto al primero de los requisitos exigidos, de la lectura de las actuaciones surge que los hechos reprochados son extremadamente sencillos (nótese que se imputa un sólo hecho de hurto en grado de tentativa). Sobre el particular, interesa señalar que el expediente cuenta con sólo dos cuerpos y que la totalidad de las medidas realizadas (declaraciones testimoniales) se efectuaron exclusivamente durante la fase prevencional, sin que se advierta ninguna complejidad en las mismas.

En lo referente a la actividad procesal del encausado, de la causa se desprende que la defensa no efectuó presentaciones que objetivamente puedan considerarse dilatorias. Muy por el contrario, se verifica que inclusive consintió la elevación a juicio sin manifestar ningún tipo de oposición (fs. 97)

Sin perjuicio de ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso "König" (sentencia del 26 de junio de 1978), sostuvo que aún cuando se tratara de un caso complejo y se hubiese retrasado por la conducta del imputado, lo cierto es que si el trámite del proceso no fue lo suficientemente ágil, el Estado debe responder por ello.

Este criterio fue constante en la jurisprudencia de dicho tribunal. De tal manera, se consideró al Estado como responsable de la violación del artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, cuya regulación es similar al 8.1 del Pacto San José de Costa Rica.

Así, de la reseña efectuada en el acápite que antecede, surge que la actividad procesal a cargo del Estado lejos de ser diligente, ha llevado a que su duración excediera lo razonable, todo lo cual *"no autoriza a hacer caer sobre la cabeza del imputado los inexorables costos de lo sucedido..."* (del precedente "Barra" citado).

Tales extremos impiden emitir un juicio positivo en cuanto a la existencia de una conducta obstructiva de la defensa que hubiera contribuido de manera sustancial a la tardanza del proceso de conformidad con la doctrina sentada, evidenciándose que las autoridades judiciales y del Ministerio Público Fiscal no fueron lo suficientemente diligentes en la sustanciación del caso.

Precisamente, se ha vulnerado el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, desde que los retrasos incurridos obedecen primordialmente a los órganos del Estado.

En este punto, corresponde mencionar que la causa tramitó durante más de cuatro años (las presentes actuaciones se iniciaron con fecha 18 de julio 2008 -ver fs. 1- en relación a un suceso de características extremadamente sencillas que no revestía ninguna complejidad y respecto del



cual no se realizó ninguna diligencia investigativa durante la fase judicial, pues las medidas obrantes en la causa fueron exclusivamente aquellas que se recogieron durante la prevención policial.

En cuanto a las demoras advertidas, interesa destacar que transcurrieron más de dos desde que se recibió la causa en la etapa de juicio (2/2/10) hasta que finalmente se llevó a cabo el debate (15/3/12).

En efecto, se detectó la existencia de un período extremadamente prolongado desde la citación de las partes en los términos del artículo 354, CPPN (29 de marzo de 2010) hasta que se sustanció el juicio. Cabe subrayar que con fecha 4/8/10 se fijó fecha de debate para el 21/4/11, es decir, ocho meses después, lo cual de por sí constituye un exceso teniendo en cuenta la simpleza de los hechos investigados.

Pero además, las posteriores suspensiones ordenadas, también contribuyeron a alongar aún más la concreción del juicio. Nótese que con la segunda suspensión dispuesta (basada en la existencia de un feriado), se extendió la fecha hasta el 1/9/11 y luego, nuevamente por "razones internas del Tribunal" se postergó hasta el 8/3/12. Finalmente, a pedido de la defensa, se amplió nuevamente el plazo hasta el 15/3/12.

He de puntualizar que desde las fechas en que fueron ordenadas estas suspensiones hasta la audiencia fijada, se observa la existencia de plazos de 11 meses (fs. 129), 7 meses (fs. 113) y 7 meses (fs. 139).

Al respecto, no puedo dejar de mencionar que el imputado ha sido condenado a una pena de quince días de prisión en suspenso en orden a un delito que prevé una pena máxima de un año y cuatro meses (arts. 42 y 162, CP), plazo que se había excedido holgadamente, aún antes de la sustanciación del debate.

Es por todo ello que se ha lesionado el derecho fundamental del imputado a ser juzgado sin dilaciones

indebidas y a la definición de los procesos en un plazo razonable (regla expresa de la CADH, art. 8.1), resultando adecuado poner fin al ejercicio de la persecución penal del Estado.

Estos conceptos, fueron receptados -en esencia- en la causa 7789, "*Veltri, Christian Ariel s/ recurso de casación*", reg. n° 1615/07, de fecha el 22 de noviembre de 2007, de la Sala III; y son coincidentes con la doctrina de los precedentes "*Kipperband*" (Fallos 322:360), "*Barra*" (Fallos 327:327), "*Egea*" (Fallos 327:4815), "*Cuatrín*" (Fallos 331:600), "*Ibañez, Angel Clemente s/ robo con armas, I. 159.XLIV*" del 11 de agosto de 2009, "*Arisnabarreta*", (Fallos 332:2159), "*Bobadilla*", (Fallos 332:2604), "*Oliva Gerli*" (Fallos 333:1987), "*Poggio*" (P. 686. XLV), "*Mezzadra*" (M. 1181. XLIV), "*Rizikow*" (R. 818. XLIV), del 8 de noviembre de 2011; y más recientemente, "*Losicer*" (L. 216. XLV), del 26 de junio de 2012.

**b.** No obstante todo lo expuesto, interesa dar tratamiento al agravio expuesto por la defensa en cuanto al planteo de insignificancia formulado, en virtud de la gravedad de la situación advertida.

Sobre esta cuestión, la solución debe ser pensada en términos de cuál es el eje de la discusión cuando nos encontramos con que el Estado ha gastado tiempo y dinero para imponer una sanción penal de quince días de prisión respecto de una persona que habría intentado hurtar dos pedazos de carne de un supermercado. En el presente caso, se observa que la afectación al bien jurídico protegido por la norma (propiedad) es ínfima.

Al respecto, conviene recordar, que "*el derecho penal desarrolla como principio fundante aquel que señala que el uso de la violencia debe ser siempre el último recurso del Estado. Este principio, conocido como ultima ratio, surge de las características propias del Estado de derecho, que*

*constituye un programa no violento de organización de la sociedad" (Binder, Alberto, op. cit., pág. 39); ya que no es un mero instrumento más de control sino que, debido a sus consecuencias, resulta problemático para la sociedad y los particulares. Por esta razón, se requieren garantías jurídicas especiales que determinen que sólo es legítimo utilizar el derecho penal ante infracciones graves y como recurso extremo (Prittwitz, Cornelius, "El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal", traducción de María Teresa Castiñeira Palou, en "La insostenible situación del derecho penal", Editorial Comares, Granada, 2000, págs. 433/434 con cita de Lüderssen).*

En relación a este tema, Zaffaroni, Alagia y Slokar reseñan que los casos de lesiones insignificantes de bienes jurídicos fueron tratadas desde distintos enfoques. Welzel los relevó de acuerdo a la teoría de la adecuación social de la conducta y luego, de acuerdo a la formulación del principio de insignificancia o de bagatela, se entendió que esos casos no constituían supuestos de lesividad relevante a los fines de la tipicidad objetiva. (Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, "Derecho Penal. Parte General", Ediar, Buenos Aires, p. 494).

Los autores destacan que "se lo ha criticado como un criterio de tipicidad material derivado de la vieja antijuricidad material y, por ende, se lo rechazó proponiendo su reemplazo por vía de una interpretación restrictiva o resolverlo de lege ferenda mediante el principio de oportunidad procesal. La primera no es suficiente y el segundo siempre exige cierto criterio, que no puede ser otro que el de este principio toda vez que sería inaceptable la oportunidad ejercida arbitrariamente. De cualquier manera,

incluso quienes lo rechazan reconocen la necesidad de resolver casos en que la afectación es mínima y el poder punitivo revelaría una irracionalidad tan manifiesta como indignante" (Zaffaroni, Alagia, Slokar, op. cit.)

Según su posición, la solución queda enmarcada en una consideración conglobada de las normas que se deducen de los tipos penales, que tienden en general, como dato de menor irracionalidad, a prohibir conductas que provocan conflictos de cierta gravedad. Y destacan que "no se trata sólo de una manifestación del principio de ultima ratio, sino del propio principio republicano, del que se deriva directamente el principio de proporcionalidad, como demanda de cierta relación entre la lesión al bien jurídico y la punición (...) En casi todos los tipos en que los bienes jurídicos admitan lesiones graduables, es posible concebir actos que sean insignificantes" (Zaffaroni, Alagia, Slokar, op. cit.)

Si bien el tópico ha sido abordado por la doctrina a partir de distintos enfoques, es imprescindible identificar una premisa fundamental sin la cual este análisis resultaría estéril, esto es, que "el derecho penal forma parte del sistema de garantías, es decir, de mecanismos que buscan asegurar un determinado nivel de protección a todo ciudadano que deba ser sometido a un riesgo punitivo" (Binder, Alberto, "Introducción al derecho penal", Ad hoc, Buenos Aires, 2004, p. 95).

Esto significa que los principios rectores del derecho penal deben ser entendidos como fórmulas garantizadoras (y no meras construcciones teóricas) que constituyen límites al poder del Estado para la aplicación de la violencia pública estatal.

Es que, los principios que limitan la ilicitud del poder "conforman un escudo protector junto con otros (juicio público, imparcialidad, defensa, etc.), vinculados a las condiciones de construcción de la verdad y otros tantos

(legalidad de la prueba), relacionados al trasiego de información en el proceso. Sobre este trípode se conforma el sistema de garantías..." (Binder, op. cit. p. 103/104)

Ahora bien, sin perder de vista esta premisa, y adentrándonos en la problemática aquí planteada en cuanto al alcance de la afectación del bien jurídico tutelado, interesa destacar que el principio de lesividad "tiene el valor de criterio polivalente de minimización de las prohibiciones penales. Y equivale a un principio de tolerancia tendencial de la desviación, idóneo para reducir la intervención penal al mínimo necesario y, con ello, para reforzar su legitimidad y fiabilidad. Si el derecho penal es un remedio extremo, deben quedar privados de toda relevancia jurídica los delitos de mera desobediencia, degradados a la categoría de daño civil los perjuicios reparables y a la de ilícito administrativo todas las violaciones de normas administrativas, los hechos que lesionan bienes no esenciales..." (Ferrajoli, Luigi, "Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal", Trotta, Madrid, 2006, p. 479)

Según Binder, el principio de lesividad orienta el uso del poder punitivo hacia finalidades exclusivamente sociales, y evita las distorsiones moralistas o el uso de instrumentos violentos para sostener la pura autoridad del Estado. Esto implica destacar el carácter instrumental del Estado, que nunca puede constituirse en un fin en sí mismo, sino que es un artefacto (una construcción social) para solucionar los problemas de las personas que componen esa sociedad" (Binder, op. cit. p. 160)

Y que "en ningún caso, el poder penal puede tener como finalidad preservar la autoridad del Estado o del sistema normativo en sí mismo. Si así lo hiciera, estaría corriendo el eje del conflicto primario a la idea de "infracción", es decir, lo que se debe castigar no es el daño

causado en el marco del conflicto, sino la infracción a un deber impuesto por el Estado. No se castiga la acción dañosa sino la desobediencia al soberano..." (Binder, op. cit. p. 161).

Esto es lo que sucede cuando el poder punitivo del Estado despliega toda su fuerza frente a situaciones que no constituyen un conflicto con relevancia social.

Ahora bien, precisamente los sistemas inquisitivos como el que en gran medida aún rige en el ámbito de la justicia federal, tienen su centro de gravedad en la infracción al orden y no en el conflicto. Es que, basta con la mera lesión al ordenamiento para que se articulen de manera automática (y muchas veces irracional) todos los mecanismos burocráticos estatales de persecución penal, sin una finalidad encaminada a ordenar esa conflictividad, gestionarla y finalmente dar soluciones específicas.

En sentido opuesto, los sistemas de justicia de bases más democráticas, se fundan en la noción de conflicto, lo cual significa que se privilegia la resolución de los casos mediante parámetros de tolerancia y de no abuso de poder, con una clara atención al caso concreto, a la víctima afectada y al alcance del daño producido. Claramente, si la noción fundamental es el conflicto, su ausencia, o su mínima incidencia en el entramado social, determinan la retracción de los poderes punitivos para abrir camino a otro tipo de respuestas menos violentas.

Esta perspectiva, Binder la enlaza con toda lucidez respecto del tópico de la insignificancia de las conductas afirmando que "un derecho penal de bases republicanas y democráticas no se basa sobre el concepto de infracción, es decir, sobre la relación de desobediencia, sino sobre la idea de conflictos en los que el Estado debe intervenir. El daño produce un conflicto, pero la intensidad de ese conflicto dependerá de muchos otros factores. Si la situación de la

víctima, ya sea en sí misma o por la relación que tiene la víctima con sus bienes afectados, hace que el daño no provoque una alteración en sus planes de vida, entonces se constituye en irrelevante o insignificante. Otra vez el concepto de insignificancia es relacional (...) si asumimos que el poder punitivo no se debe utilizar para generar o asegurar esa relación de sumisión, entonces la proporción entre el daño y la situación de la víctima se vuelve relevante por imperio de principio de proporcionalidad. Esto no quiere decir que no existan otros mecanismos para responder a estas situaciones, pero no la violencia del Estado." (Binder, op. cit.)

Entonces bien, independientemente de las distintas fórmulas a partir de las cuales la dogmática penal ha buscado canalizar los supuestos de insignificancia, lo cierto es que lo que está en juego en estos casos es, sin dudas, el principio de lesividad y el de proporcionalidad, cuya aplicación debe ser directa. Ello significa que un Estado de Derecho de bases republicanas debe limitar el uso de la violencia estatal sólo a aquellos casos en que se produzca una lesión al bien jurídico que sea relevante para la víctima, lo cual excluye los daños insignificantes.

Si se prescinde de considerar ese interés específico, la actuación del Estado se queda huérfana de una finalidad legítima, pues sólo se basa en el mero incumplimiento del ordenamiento (cristalizado en la noción de desobediencia al soberano y sumisión), lo cual, insisto, obedece a un tipo de Estado cuyo único fin es sostener su propia autoridad, independientemente de los intereses subjetivos en juego.

Ferrajoli explica que los casos de bagatela no justifican ni el proceso penal ni la pena. Y señala que "sólo analizando la divergencia entre normatividad y

efectividad de la protección penal de los bienes es posible captar, en los diversos niveles en que ella se manifiesta, los aspectos de ineficacia de la primera y de ilegitimidad de la segunda. Estos aspectos, según se ha visto, dependen esencialmente de la desproporción entre el valor de la libertad personal afectada por la pena y el de los bienes atacados por el delito, así como de la distorsionada escala de valores que se refleja en la escala de penas prevista para cada uno de ellos; por consiguiente, conforme a una reelaboración de la jerarquía de los bienes estimados merecedores de tutela y, en relación con ella, de las penas proporcionadas a tal fin. Un programa de derecho penal mínimo debe apuntar a una masiva deflación de los 'bienes' penales y de las prohibiciones legales, como condición de su legitimidad política y jurídica" (Ferrajoli, op. cit. p.477)

La discusión en torno a la insignificancia de una conducta como la que aquí se ha juzgado y el tratamiento que ese hecho ha recibido por parte de los órganos persecutorios y jurisdiccionales, ha evidenciado la ilegitimidad de la cultura inquisitiva, pues tanto desde el punto de vista sustancial como desde el procesal, el sistema se mostró incapaz de aplicar criterios de mínima intervención y proporcionalidad; de atender adecuadamente al interés concreto de las víctimas y de aplicar criterios que permitan la racional distribución de la carga de trabajo.

Tal como ha quedado expresado, la estricta aplicación de los principios de lesividad y proporcionalidad como ejes políticos rectores de un estado respetuoso del sistema de garantías (entendido en el sentido tríptico antes expuesto), marcan un programa de mínima intervención que debería expresarse no sólo a través de la "deflación" de las normas del derecho penal, sino que, en el ámbito del derecho procesal supone la implementación y correcta aplicación de mecanismos alternativos de la solución del conflicto que



permitan gestionar la conflictividad para evitar los niveles de irracionalidad e improvisación que hoy se observan en la actuación de muchos de los órganos de la acusación y del Poder Judicial.

Por caso, la forma en que ha tramitado esta causa, al igual que tantas otras que ingresan en este Tribunal, demuestran que quinientos años de cultura inquisitiva, forjaron un sistema de justicia burocrático, rígido, secreto, lento, ineficiente y extremadamente injusto que opera sin satisfacer ningún interés legítimo (Bovino, Alberto "Proceso penal y derechos humanos: la reforma de la administración de justicia penal" en Problemas de Derecho procesal penal contemporáneo, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 3-4).

Tal como lo indica Bovino, el sistema inquisitivo sobre el cual se asienta la administración de justicia de nuestro país, se ha mostrado incapaz de atender a las necesidades sociales mínimas que se supone debe satisfacer, como dar respuesta a todos o gran parte de los casos que ingresan al sistema; dar respuesta a los casos más complejos y a las nuevas formas de criminalidad (económica, ecológica, informática); satisfacer los intereses de las víctimas y brindar soluciones alternativas a la sanción penal o la pena privativa de libertad. Así pues el esquema de enjuiciamiento penal inquisitivo es en definitiva el principal responsable del estado de situación actual (Bovino, Alberto, op. cit. p. 4).

En este contexto, comparto su visión cuando destaca que decisiones legales expresas que estructuran un procedimiento penal fundado en principios autoritarios y perimidos, que establecen la persecución estatal obligatoria de todos los hechos punibles -principio de legalidad procesal de los delitos de acción pública- y que imponen la sanción

penal de privación de libertad como respuesta inevitable frente al comportamiento punible, constituyen una valla insuperable para la realización de una política de persecución penal eficaz, racional y respetuosa de los derechos humanos. (Bovino, op. cit., p. 4)

El sistema inquisitivo aún vigente en nuestra cultura y plasmado en diversas reglas de actuación, se caracteriza por una intensa irracionalidad (atributo propio del autoritarismo) que se expresa en los altos niveles de ineficacia por parte de la administración de Justicia para dar respuesta a la creciente conflictividad social. Pero además, en tanto que el sistema inquisitivo todavía hunde sus raíces en formas de administrar justicia profundamente antidemocráticas (cultura de lo secreto, lento, curialesco y burocrático), junto con la ineficacia, se producen afectaciones sistemáticas a los derechos fundamentales de las partes involucradas.

Estas afectaciones, se aprecian a diario a través de la duración excesiva de los procesos (el presente caso es un ejemplo de ello, tal como quedó sentado en el punto anterior); la aplicación automática y prolongada de la prisión preventiva; la violación del principio de imparcialidad (mediante la figura del juez instructor); el rol secundario y deslucido que ocupa el juicio oral y público como el ámbito más garantizador y adecuado para resolver los casos, entre otras.

Frente a esta realidad, el proceso de reforma tiene como objetivos principales erradicar la confusión de los roles de investigar/acusar y juzgar; posicionar al juicio oral, público y contradictorio como la instancia institucional adecuada para resolver los conflictos (BOVINO, Alberto, "Justicia Penal, Reforma y Derechos Humanos", en Pensamiento Penal del Sur, nro. 1, 2004, Fabián Di Plácido Editores); acortar los tiempos de duración de los procesos y

de la prisión preventiva e implementar una etapa preparatoria eficaz, oral y desformalizada a cargo del Ministerio Público Fiscal para dejar atrás la instrucción escrita y burocrática que hoy se encuentra en cabeza de los jueces.

Conforme lo advierte Binder, la transformación normativa no agota el proceso de reforma, pues se requiere de un cambio cultural. Sin embargo, la reforma en el plano legal, constituye un primer paso esencial sin el cual, el resto de los cambios no son posibles. (BINDER, Alberto, "¿Qué significa implementar un nuevo sistema de justicia penal?" en "Evaluación de la justicia penal en el Ecuador", publicado por la Fundación Esquel, Quito, 2004. También en [www.ilsed.org](http://www.ilsed.org) y [www.inecip.org.ar](http://www.inecip.org.ar).)

En virtud de lo expuesto, considero que por aplicación de los principios de ultima ratio, lesividad y proporcionalidad, no se verifica en el caso una afectación relevante del bien jurídico tutelado, extremo que determina la atipicidad de la conducta reprochada y el sobreseimiento del imputado.

En similar sentido me expedí al votar en la causa 7572 caratulada "Barrios, Sebastián Matías s/ recurso de casación", del 10 de abril de 2007, registro 323/07, entre muchas otras.

**c.** Este caso refleja cuán irracional es nuestro sistema, tanto desde el punto de vista de fondo (al no haberse adoptado una solución acorde con los principios de lesividad, proporcionalidad y mínima intervención), como desde la forma en que fue tramitado.

Al respecto, nótese que transcurrieron cuatro años, intervinieron 11 jueces, 4 fiscales, 5 defensores y más de 8 funcionarios (sin contar los innumerables empleados) para que se dicte la condena de un hombre confeso a una pena de quince días de prisión en suspenso por haber sustraído sin violencia

en las personas ni fuerza en las cosas, dos pedazos de carne (de tipo palomita por un peso aproximado de 3 kg -ver fs. 56-) de un supermercado. Al respecto, no puede soslayarse que el imputado aseveró al prestar declaración indagatoria que *"necesitaba llevarse la carne porque no tenía para comer y su hijo hacía tres días que no comía"* (fs. 57). Además, surge del informe socioambiental labrado que G. posee escasas condiciones de cuidados básicos; que tiene ausencia de la visión en uno de sus ojos; que le faltan piezas dentarias por falta de atención y cuidados bucales; y que su nivel socio-cultural es "limitado-pobre", con ingresos inestables y que dependen de trabajos informales con dedicación irregular. (fs. 13/16 del legajo adjunto). Así también, las fotos de fs. 17 son altamente demostrativas de las condiciones personales del imputado.

Allí radica la irracionalidad del sistema inquisitivo que no ofrece respuestas diferenciadas de acuerdo a la problemática concreta del caso, sino que aplica automáticamente la violencia estatal frente al mero incumplimiento.

Esta lógica atenta contra una buena administración de justicia, pues impide que los esfuerzos de jueces, fiscales y funcionarios se oriente a los casos de mayor complejidad y/o trascendencia social. Al respecto, interesa señalar que esta Cámara Federal de Casación Penal debe resolver recursos sobre tópicos complejos, como ser los casos de lesa humanidad, criminalidad económica, secuestros extorsivos, trata de personas, narcotráfico, etc. y al mismo tiempo dedicar atención a temas de ínfima trascendencia como es de constatar en la presente. En este orden, sólo a modo de digresión, cabe resaltar que durante el año 2011 han ingresado a esta Cámara 6158 causas, mientras que en lo que va de este año (datos hasta el 31/10/12), se han registrado 4714 ingresos, lo cual revela un marcado incremento respecto

de años anteriores (ver estadísticas elaboradas por la Secretaría General) que refuerza la idea que se viene sosteniendo.

Todo ello demuestra que la ausencia de políticas de administración de la carga de trabajo mediante la aplicación de criterios de oportunidad en las primeras etapas del proceso, produce invariablemente una pérdida de la capacidad de gestionar y resolver los casos de relevancia.

En suma, entre las principales falencias que afronta hoy la justicia federal como consecuencia de su impronta inquisitiva, cabe mencionar: la ausencia de criterios de persecución penal inteligente y de principios racionales que regulen la oportunidad del accionar; la falta de oralidad en las primeras etapas del proceso; la ausencia de sistemas de investigación; la superposición de los actores que investigan (juez, fiscal, policía); la existencia de una investigación rígida y escrita; la falta de una policía específica dirigida por el Ministerio Público Fiscal para que desarrolle las investigaciones; la ausencia de criterios de "accountability" o responsabilidad profesional al interior del Ministerio Público Fiscal para evaluar y medir el trabajo de los fiscales y que permita controlar el éxito o fracaso de sus investigaciones; las llamadas "apelaciones instructorias" que permiten recurrir cualquier acto de la instrucción; la ausencia de normas que establezcan plazos fatales; la existencia de una etapa intermedia dividida en dos fases (ambas escritas); la discrecionalidad de los Tribunales Orales para fijar las fechas de audiencias (por falta de una oficina judicial que se encargue de diseñar la agenda de juicios); la confusión entre las funciones jurisdiccionales y administrativas; la ausencia de políticas de racionalización de la carga de trabajo por parte del Ministerio Público Fiscal; el uso tardío de los mecanismos compositivos

(suspensión del juicio a prueba y juicio abreviado -se los utiliza en la etapa de juicio cuando ya transcurrió todo el proceso, es decir no cumplen la función esencial de descongestión y de lograr una solución más pacífica y consensuada, sino al sólo efecto de evitar la realización del juicio) y la existencia de pocos sistemas de información idóneos para un adecuado control de la ciudadanía sobre los actos del Poder Judicial.

En virtud de todo lo dicho, poco queda agregar respecto de la situación de G., quien estando confeso y habiendo asegurado que sustrajo la comida porque no tenía para darle comer a su hijo (fs. 178), debió esperar cuatro años para finalmente ser condenado por una Justicia incapaz de comprender el alcance del conflicto, pues "los papeles" se encargaron de mediatizar esa realidad. La cultura del expediente (y la escasa oralidad) constituye la forma bajo la cual se consagra el imperio de la arbitrariedad y del autoritarismo en el que el conflicto primario es sustituido por finalidades estatales autónomas -no siempre visibles- que sólo tienden a preservar el interés del Estado y su normatividad. Este caso es altamente demostrativo de la intolerancia del sistema, pues frente a la escasa o insignificante afectación del bien jurídico protegido, se ha mostrado implacable.

Cuando insistimos en esa fuerte nota de inquisitorialidad, que prevalece en nuestro sistema penal, lo decimos a partir de la regla del artículo 71, CP al establecer que deben iniciarse de oficio todas las acciones penales, a excepción de las que dependen de instancia privada y de las acciones privadas. En sentido concordante el artículo 5, CPPN regula que la acción penal pública se ejercerá por el Ministerio Público Fiscal, que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada y que su ejercicio no podrá suspenderse,

interrumpirse ni hacerse cesar, salvo en los casos expresamente previstos por la ley.

A partir de esa falsa legalidad que pregonan, la selectividad a la que asistimos hace que finalmente nos encontremos con respuestas tan desproporcionadas e inhumanas como la presente. El principio de oportunidad era impensable en el modelo inquisitivo que receptan nuestros Códigos Penal y Procesal Penal de la Nación en este punto. En cambio, hoy, tal como lo reconociera la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos precedentes ("Quiroga", Fallos 327:5863, "Llerena", Fallos 328:1491 y "Casal", Fallos 328:3399), resulta indiscutible que el enjuiciamiento penal según la Constitución Nacional es el acusatorio, una de cuyas características esenciales es la incorporación de tal criterio.

Por todo lo expuesto, cabe exhortar al Congreso de la Nación -por intermedio de la Secretaría General y de Gestión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- para que reforme el modelo de persecución y enjuiciamiento penal, introduciendo definitivamente un principio de oportunidad amplio y reglado.

Además, considero que la situación advertida en este caso, merece ser puesta en conocimiento del Consejo de la Magistratura, a los fines de que, por medio de quien corresponda, estime el costo de este proceso para que se adopten las medidas que estime pertinentes.

Resulta necesario poner en conocimiento de la presente a la Procuración General de la Nación, para que en el rol que le compete en orden a la fijación de políticas de persecución penal, analice el camino a seguir -de compartir el criterio- para considerar situaciones de insignificancia y aún de escasa afectación del bien jurídico protegido para evitar el dispendio jurisdiccional que este caso demuestra.

Por último, atento al origen de la causa reseñado al inicio y al rol que cupo al Supermercado Día en la denuncia, se observa que los dichos de la empleada Misic (ver fs. 179), reflejan una política empresarial en la que se responsabiliza a los empleados por cuestiones que exceden su competencia. Claramente, la coacción sobre ellos en cuanto a que se les descontaría del sueldo por los bienes del supermercado perdidos, ha incidido directamente en el inicio del caso. Por lo tanto, se propone poner en conocimiento de esa política empresarial en orden a dicha exigencia, a la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación y a la Subsecretaría de Trabajo del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En virtud de lo expuesto, corresponde definir la situación de G. de manera definitiva, en atención a que no se ha verificado una afectación relevante del bien jurídico tutelado, extremo que determina la atipicidad de la conducta reprochada (art. 18, CN y 336 inciso 3º, CPPN).

Por ello, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa, casar el decisorio impugnado, absolver a H. H. G. en orden al hecho materia de acusación, sin costas y cumplir con las comunicaciones dispuestas en los términos señalados en los considerandos al Honorable Congreso de la Nación -por intermedio de la Secretaría General y de Gestión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación-, al Consejo de la Magistratura, a la Procuración General de la Nación, a la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación y a la Subsecretaría de Trabajo del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (artículos 18, 75 inc. 22 de la CN, XXVI de la DADDH, 10 y 11.1.de la DUDH, 8.1 de la CADH, 9.3 y 14.3.c del PIDCyP, 456 inc. 1º y 2º, 336, inc. 3, 470, 471, 530 y cc. del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.



El señor juez Dr. **Alejandro W. Slokar** dijo:

**-I-**

Más allá de las consecuencias de orden adjetivo en las que desemboca la verificada inacción judicial, el *sub examine* no entraña sólo la siempre tan mentada duración del proceso y sus implicancias, a las que -en razón de brevedad- remito en desarrollo de anteriores precedentes (Cfr. causa n° 12.932, caratulada: "Arano, Miguel Ariel s/ recurso de casación", reg. N° 19.641, del 30 de diciembre de 2011 y causa n° 7649, caratulada: "Solohaga, Sergio Alejandro y otros/ recurso de casación", reg. N° 20.678, del 16 de octubre de 2012).

Efectivamente, el escrito de breves notas de la defensa pública trasunta un agravio sustantivo que revela la ostensible afectación de principios constitucionales, aún de haber mediado en la especie un desarrollo tempestivo -y hasta escrupuloso- del proceso.

Y ello es sencillo de verificar a poco de relevarse que el conato de desapoderamiento de dos trozos de carne vacuna de 1500 g. con el precio de venta al público de \$ 26,57 y \$ 27,05 de un local perteneciente a una cadena de supermercados, motivó desde hace más de cuatro años la actuación de distintas oficinas, agentes y otros medios de diversas instancias del sistema de "justicia" (?) penal contra quien -y adviértase que así se consigna en la sentencia condenatoria, a fs. 186 vta.- "*las fotos de fs. 17 revelan una extrema delgadez*" "*desocupado al momento del hecho*" con "*falta de recursos económicos propios*" y el "*propósito...de comerse la carne*", a la sazón condenado a quince días de encierro y ¡al pago de las costas!

**-II-**

Desde luego que nada novedoso digo si afirmo que la discriminación de la selección criminalizante secundaria, en

tanto recae con preferencia sobre personas de los sectores más carenciados, opera como en una epidemia sobre los más desfavorecidos (*epi demos*, sobre el pueblo), conforme la regla que indica que resulta más vulnerable quien se encuentre más lejos del poder económico o político y encaje mejor en el estereotipo dominante construido por los medios de comunicación con base en prejuicios sociales. Se trata de un fenómeno estructural (no accidental) que en mayor o menor medida revela todo poder punitivo, en abierta violación al principio de igualdad constitucional, en donde las burocracias siempre tienden a justificarse generando su propia actividad o, al menos, haciendo lo que les resulta más simple.

En efecto, lo más sencillo frente a los delitos es moverse hacia los que son más evidentes por lo burdo de sus conductas, que son protagonizadas por los más vulnerables que carecen del apoyo de grupos con capacidad para generar problemas a la propia burocracia, luego, las que son más estigmatizadas por los medios masivos porque son las que redundan en mayor crédito público para la agencia misma. En síntesis: la criminalización de los más vulnerables se produce porque deviene lo más fácil, lo que por cierto no excluye explicaciones más amplias o "macro" con necesarias derivaciones clasistas, y aún racistas (Quinney, Richard, "Clases, estado y delincuencia", trad. M. Pizarro, FCE, México, 1988; Wacquant, Loïc, "Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social", trad. M. polo, Gedisa, Barcelona, 2010, p. 86 y ss.).

Sabido es que desde Solón -padre de las leyes en Grecia- se denuncia todo esto como: "las telarañas; pues éstas enredan lo leve y de poca fuerza, pero lo mayor las rompe y se escapa" (Diógenes Laercio "Vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres", prólogo de L. Marechal, tomo I, Emecé, Bs. As., p. 422), tanto como que:

"El rico con su oro casi siempre puede ser infame impunemente. La inocencia sin fortuna, frecuentemente queda oprimida" (Marat, Jean Paul, "Plan de Legislación Criminal", trad. por A.E.L., estudio de M. de Rivacoba y Rivacoba, Hammurabi, Bs. As., 2000, p. 185).

Pero lo que preocupa particularmente en el caso es una discriminación tan intolerable desde el punto de vista jushumanista. Más claramente dicho: si, hay una discriminación que es estructural del poder punitivo, empero, al mismo tiempo, existe una mecánica que puede llevar a los funcionarios actuantes a extremos tales de perder toda estimativa jurídica, impulsando el proceso y hasta acelerando el juicio para justificar demoras y adoptar decisiones que -prefiero así sospecharlo- deben repugnar a su propia conciencia.

En suma, frente a un tuerto, desocupado, cuasi famélico, que procuró dos trozos de escaso valor de carne para comer (y así se lo acredita en el fallo, más allá de desecharse la situación de necesidad y el propósito de la alimentación de su hijo), se establece la irracional aplicación cuatro años después del art. 162 del CP con total desprecio del dato óptico (social), lo que no sólo revela solipsismo jurídico sino un autismo tan manifiesto como indignante.

Básicamente es la antropología jushumanista la que impone un cometido ético, habida cuenta que: "Para proteger los valores elementales de la vida comunitaria, el derecho penal debe saber que no regula el poder punitivo, sino que sólo puede **-y debe-** contenerlo y reducirlo, para que no se extienda, aniquilando estos valores" (Zaffaroni, Eugenio R., et al., "Derecho Penal. Parte General", 2a. edición, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 370, el subrayado no es del original).

Son las exigencias éticas las que imponen que

frente a hipótesis como las de examen cambie el destinatario del interrogante acerca de la responsabilidad, y sea la propia agencia judicial la que deba responder teniendo en cuenta su actitud ante el encausado y toda la sociedad, extremo que no excluye la necesaria intervención de otros poderes públicos -y aún de la sociedad civil-, tal como se lo postula en el sufragio precedente con el pertinente libramiento de oficios.

-III-

Ciertamente, todo estado constitucional de derecho -condicionado internacionalmente por el derecho internacional de los Derechos Humanos desde la superlegalidad de un sistema jerarquizado de fuentes- es el que advierte sobre el compromiso en el caso de los principios de racionalidad republicana, proporcionalidad, necesidad y, fundamentalmente, lesividad.

Así es: es la Constitución Nacional la que prohíbe imponer una pena por una conducta que no ofenda un bien jurídico, lo que se conoce como principio de lesividad, derivado de la distinción entre derecho y moral consagrada en su artículo 19. De tal suerte, el principio que expresa el brocardo latino *nullum crimen sine injuria* es el más importante de los límites materiales que se impone a cualquier injerencia coactiva del estado en materia penal. Esta opción constitucional se traduce en que no se puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación relevante por daño o peligro cierto de un bien jurídico, individual o colectivo. Desde luego, ello se remonta al precepto romano *naeminen ladere* que adquirió carta de ciudadanía en el art. 4º de la declaración francesa de 1789.

Así, a partir de la tradición ilustrada se justifica la prohibición penal sólo para las acciones reprobables por sus efectos lesivos para terceros, pero

fundadas en la necesidad o principio de economía de la prohibición penal. Ello da lugar a una relación recíproca y dialéctica entre los principios limitadores de lesividad y necesidad, ya que no todo cuanto lesiona puede revestir carácter de delito, porque la intervención penal sólo puede alcanzar determinados bienes jurídicos y para supuestos de indudable gravedad, con más un recaudo muy empírico: que la incriminación surta alguna eficacia, como también lo reclama el límite de toda prohibición por grosera inidoneidad de la criminalización. Se expresa así la antigua máxima: las intervenciones inútiles debilitan las necesarias (Beccaria, Cesare, "De los delitos y de las penas", edición de Franco Venturi, Bruguera, Barcelona, 1983, XLI, p. 137 y ss.; Montesquieu, "Del espíritu de las leyes", est. Preliminar de D. Moreno, Porrúa, México, 1990, Libro XXIX, Capítulo XVI, p. 377).

Véase que hace más de dos siglos la filosofía jurídica y política ilustrada fue la que brindó la referencia garantista y reductora del bien jurídico, toda vez que contra el binomio trono/altar que entendía al delito como la violación al mandato del soberano, se alzó la limitación mediante la exigencia de ofensividad. Ya en el siglo XVIII para Condorcet la definición de crimen es ante todo una acción física y externa para poder constituir el objeto de la prueba, y tal acción debe resultar "grave" no simplemente un daño: *"Por qu'une action soit un véritable délit il faut qu'elle attaque d'une manière **grave**, nécessaire et immédiate la sûreté, la liberté, ou les droits d'une ou de plusieurs autres personnes ... Je définis le crime en général une action extérieure et phisique qui cause immédiatement et évidemment à un ou à plusieurs hommes un **tort grave** et qui été fait volontairement et avec l'intention de causer ce tort ... Je dis que ce tort est grave parce qu'un tort léger ne*

*peut être l'object des loix criminelles. Une législation trop minutieuse serait un grand mal. Les loix en seraient Moniz respectées et deviendraient entre les mains des judges une arme donst ils pourroient frapper trop citoyens; elle mènerait à la tyrannie"* (pp. 437 y 443) (Condorcet, "Inediti", en da Passano, Mario, "La giustizia penale e la reforma leopoldina in alcuni inediti di Condorcet", en "Materiali per una storia della cultura giuridica", V, G. Tarello, Il Mulino, Bologna, 1975, p. 351 y ss., el subrayado no es del original).

En rigor, toda incriminación de comportamientos inofensivos pone de relieve su carácter contrailustrado, ya que el delito siempre importa una lesión: no reconocer que es la lesión que sufre la víctima implica -automáticamente- extremar la confiscación que inauguró la *inquisitio* y hacer recaer la lesión en otro titular alternativo, que por lo general es el estado. Por ello, lo ilícito penal no puede fundarse como infracción a la norma (concepción autoritaria y moralizante) sino como un conflicto que importa una concreta e importante lesión a un bien jurídico que debe reconducir al derecho de algunos o algunos en función de la individualización de la ofensa.

En suma, el ilícito penal no es otra cosa que un conflicto sometido a respuesta del poder punitivo, y la pretensión de formalizar la criminalización no reuniría un mínimo de racionalidad sin que medie un conflicto jurídico, caracterizado por una acción que se proyecta en el mundo afectando por lesión o por peligro cierto -y en forma importante- a un bien jurídico ajeno.

Y la ofensividad a un bien jurídico es típica cuando alcanza un umbral mínimo de intensidad o relevancia de acuerdo al principio *minima non curat Praetor*. Esto significa que no se puede considerar prohibida una conducta concreta (el supuesto fáctico) si en el caso no se ofende

significativamente un bien jurídico, puesto que tampoco se puede determinar si la conducta constituye un tipo penal desde un análisis de la afectación al bien jurídico realizado en forma abstracta o meramente formal.

**-IV-**

Aquel antiguo adagio sirvió de base para el enunciado de la llamada insignificancia o bagatela en las principales contribuciones del proceso de formación evolutiva de la dogmática jurídico-penal en el orden comparado, esto es, desde la falsilla de la adecuación social en Welzel, hasta el reconocimiento del principio de insignificancia en Roxin estableciendo que la legalidad no puede oponerse a una reducción teleológica de efecto eximente que excede la mera interpretación literal (Welzel, Hans, "Derecho Penal Alemán. Parte General", 11 edición, 4 edición castellana, trad. de J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 67; también, "El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de acción finalista", trad. de J. Cerezo Mir, B. de F., Montevideo, 2002, p. 84 y ss.; Roxin, Claus, "Derecho Penal. Parte general, Tomo I Fundamentos de la estructura de la teoría del delito", trad. de D. Luzón Peña, M.- Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 296 y ss., cita n° 77).

Y fue la temprana formulación en nuestro país de la insignificancia -por vía de la tipicidad conglobante- de Zaffaroni la que facilitó un profuso desarrollo doctrinario (Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Tratado de Derecho Penal, parte general", tomo III, Ediar, Bs. As., 1981, p. 554; Spinka, Roberto E., "El principio de insignificancia o de bagatela", Opúsculos de Derecho Penal y Criminología, n° 15, Lerner, Córdoba, 1986; Vitale, Gustavo, "Principio de insignificancia y error (sobre la base de casos)", Editorial Universidad

nacional del Comahue, Neuquén, 1988; Seguí, Ernesto, "Límites al poder punitivo, coercitivo y normativo del estado", Juris, Rosario, 1993; García Vitor, Enrique U., "Los delitos de bagatela. Dogmática, política criminal y regulación procesal del principio", Hammurabi, Bs. As., 2000; Cornejo, Abel, "Teoría de la Insignificancia", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006).

-V-

Aunque, y tanto como en otros ordenes, tamaña tarea autoral no aparece acompañada de la labor jurisprudencial. Nomás pensar que la siempre célebre Cámara del Crimen llegó a condenar por hurto el apoderamiento de basura, como que la Corte Suprema de Justicia de la Nación -al revocar la sentencia de segunda instancia cuyo voto principal lo conformaba el actual ministro Zaffaroni- rechazó el planteamiento sosteniendo que el mayor o menor valor de la cosa es un aspecto relevante sólo a los fines de graduar la pena (Fallos: 308:1796, voto de los jueces Caballero, Belluscio y Fayt; doctrina reiterada en Fallos: 312:2218). En tanto, en este tribunal, cabe sindicar en solitario el voto favorable de la jueza Ledesma en la causa n° 7572 caratulada: "Barrios, Sebastián Matías s/recurso de casación", rta. 10 de abril de 2007, reg. n° 323/07 de la Sala III, y el voto del juez Madueño en la causa n° 13.552 caratulada: "Ba, Ipraima s/recurso de casación", rta. 2 de noviembre de 2011, reg. n° 1677/11, también de la Sala III, aunque hasta la fecha no logran consolidar criterio.

La siempre mentada crítica al recurso de un criterio de tipicidad material no puede dejar de considerar no sólo la demanda de la indispensable relación entre la lesión al bien jurídico y la punición, sino también el profundo desequilibrio en función de la significación de la cuantía establecida como condición en la variantes de otros tipos penales (Vgr. usura, evasión tributaria y previsional,



contrabando, etc.) que por regla excluyen por selección negativa a determinados sectores sociales del radio de acción del sistema penal.

Empero, vale consignar que las afectaciones nimias de bienes jurídicos aun cuando no constituyen lesividad relevante a los fines típicos, no resultan comportamientos necesariamente ejemplares, sino que tan solo son conductas que se mantienen dentro de los límites de la libertad de acción social, por no mediar ofensa desde un punto de vista valorativo, claro está, con ajuste a las concretas particularidades del caso. En definitiva, un hecho reputado insignificante de ninguna manera puede habilitar la realización de un proceso penal, ni mucho menos la aplicación de una pena *stricto sensu* que, de ordinario y en caso de recaer condena, implicaría la privación de la libertad de un sujeto.

Ante todo ello, lo que sí guarda significación -y hasta se presenta vergonzante- es la actuación de las instancias de criminalización, en función de la desigualdad que provoca el principio de legalidad fundado en la siempre denunciada ilusión panjudicialista (Maier, Julio B. J., "Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos", 2ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 834 y ss.; Cafferata Nores, José I., "Cuestiones actuales sobre el proceso penal", Editores del Puerto, Bs. As., 1997, p. 9), lo que debe ser adecuadamente resuelto mediante el principio de oportunidad procesal que ponga fin a un sinsentido lógico y hasta un absurdo antieconómico mediante la renovación de la forma de enjuiciar y la reformulación de la organización judicial como lo postula la jueza que inaugura el acuerdo y a cuyas conclusiones definitivamente adhiero.

Así doy mi voto.-

La señora jueza **doctora Ana María Figueroa** dijo:

Que como señalaran mis colegas, esta causa trata sobre la tentativa de hurto de dos piezas de carne vacuna, del corte denominado palomita, del interior de uno de los locales de la cadena de supermercados Día.

Que de las particulares circunstancias del caso, su solución se vincula con los postulados de la insignificancia.

Que constituyen parte de la esencia del Estado de Derecho, observar los principios de proporcionalidad y razonabilidad -entre bien jurídicamente protegido, lesión y reacción punitiva- a fin de evitar que el daño producido por la reacción estatal sea mayor que el acto al cual responde.

Que además, el derecho penal, debe ser la última ratio del orden jurídico y el principio pro homine impone privilegiar la interpretación legal que más derecho acuerde al ser humano frente al poder estatal (CSJN "Acosta, Alejandra Esteban s/infracción art. 14, 1º párrafo, ley 23.737 -causa 28/05, consid. 5º, rta. el 23 de abril de 2008).

Que el hurto de dos trozos de carne, mal pudieron vulnerar significativamente el patrimonio del supermercado y en este caso la imposición de una pena aparece desproporcionada.

Que destinar mayores consideraciones al caso implica agregar irracionalidad al sistema, además de ser antieconómico para el poder que integramos.

Por ello, propongo al acuerdo casar la sentencia recurrida y absolver a H. H. G..

Tal es mi voto.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal, por unanimidad, **RESUELVE:**

**HACER LUGAR** al recurso de casación deducido por la defensa, **CASAR** el decisorio impugnado, **ABSOLVER** a H. H. G. en orden al hecho materia de acusación, sin costas y, por mayoría, **CUMPLIR** con las comunicaciones dispuestas en los

términos señalados en los considerandos, al Honorable Congreso de la Nación -por intermedio de la Secretaría General y de Gestión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación-, al Consejo de la Magistratura, a la Procuración General de la Nación, a la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación y a la Subsecretaría de Trabajo del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (artículos 456 inc. 1º, 470, 530 y cc. del C.P.P.N.).

Regístrese, hágase saber y cúmplase con la remisión dispuesta, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Fdo. Alejandro W. Slokar, Ana María Figueroa (según su voto) y Angela E. Ledesma. Ante mí: María Jimena Monsalve (Secretaria de Cámara).