

5 de noviembre de 2021

DERECHO PENAL: EL HURTO DE CUATRO MELONES

*Peligrosas disquisiciones acerca de cuándo un hecho deja de ser delito por “insignificante”
y así absolver a su autor. El resultado: lamentable.*

Según el acta policial, redactada en el habitual lenguaje policial lleno de gerundios y caprichosa puntuación, “el día 27 de febrero de 2018, siendo alrededor de las 16:10, en la intersección de la Av. Nazca y la calle Gutenberg de esta ciudad, [Nelson Daniel Fleitas] intentó apoderarse ilegítimamente de cuatro melones que se encontraban colocados en un cajón de madera que se hallaba en exhibición, en el comercio, rubro verdulería, sito en la calle mencionada, a la altura catastral 2889, pertenecientes a Sonia Hilari Pacosilli, para luego emprender la fuga con la mercadería en su poder. Ello, fue observado por personal policial que emprendió la persecución dando la voz de alto omitiendo el autor acatarla; y finalmente, se logró su aprehensión en la A. Nazca 3754 de esta ciudad. En consecuencia de ello, se procedió a la detención de Fleitas como así también al secuestro de la mercadería que previamente intentara sustraer”.

El defensor oficial (esto es, designado por el Estado ya que Fleitas no tenía dinero para pagar un abogado) “intentó la absolución de su asistido alegando un estado de necesidad e invocando la insignificancia de la conducta a él reprochada, lo que fue rechazado con la siguiente fundamentación: ‘En lo que al estado de necesidad se refiere, podemos de-

finirlo como aquella situación en la que alguien, para evitar un mal propio o ajeno, provoca un daño igual o menor al que evita: «existe estado de necesidad en aquellos casos en los que se toman los bienes ajenos sin la voluntad de sus dueños para subvenir a las más primarias y perentorias necesidades humanas, tales como alimentación, habitación, etc.»”.

El 2 de mayo de 2019 un tribunal oral en lo criminal condenó a Fleitas, como autor penalmente responsable del delito de hurto en grado de tentativa, a la pena de quince días de prisión en suspenso y costas.

Ante esa decisión, el defensor público interpuso (y se le otorgó) un recurso ante la Cámara de Casación, con el argumento de que la sentencia era arbitraria.

“Su principal agravio tuvo por base la pretensión de que se aplicara en el caso el principio de insignificancia y, consecuentemente con ello, se absolviera a su asistido. Fundó su posicionamiento¹ en la *inexistencia, de una lesión grave a un bien jurídico que fuera merecedora de una sanción penal* y en la interpretación armónica del mencio-

¹ Quiere decir lo mismo que “posición”, pero suena mucho más importante.

nado precepto bajo el principio de proporcionalidad y el principio republicano, todos ellos derivados de la Constitución Nacional”, explicó la Cámara cuando, en febrero de 2021, el asunto llegó para su análisis².

Según el tribunal inferior que condenó a Fleitas, éste no se encontraba en *estado de necesidad*, puesto que para que eso ocurriera, “era necesario que se actúe a instancias o impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia y que no se tratara de mera estrechez económica, debiendo por lo demás, probarse que se han agotado todos los recursos que, en la esfera personal y familiar, podía utilizar el agente”.

Los jueces inferiores encontraron que “*tales extremos no fueron acreditados por ningún medio de prueba*; de adverso³ a poco que se analice el informe socio ambiental [adjunto], se advierte que aun cuando el nivel económico de Fleitas presentaba ciertas dificultades, lejos estaba de asemejarse al estado de necesidad alegado por el empeñoso defensor”.

De ese informe ambiental surgía que “Fleitas convivía en una casa que el tío de su pareja le cedía, finca que contaba con electricidad, agua corriente y gas, sin tener que solventar por ello ningún canon locativo, como tampoco abonar los aludidos servicios que estaban a cargo exclusivo del familiar de su concubina. A ello se suma que los ingresos que el nocente⁴ expresara percibir a la fecha de cometer el injusto, si bien es-

² In re “Fleitas”, CNCasCyC (II), 10 febrero 2021; exp.13141/2018/TO1/CNC1; *ElDial.com* XXIII:5664 22 marzo 2021; AAC2B2.

³ “De adverso” quiere decir “por el contrario”; pero como a aquella expresión se la entiende bien, se usa esta otra, más oscura.

⁴ Según la Real Academia, el término “nocente” significa “el culpable”. Pero esta acepción es demasiado sencilla, por lo que los jueces siempre prefieren la más oscura o menos conocida.

casos, en forma alguna ameritaba justificar el estado de necesidad”.

Los jueces rechazaron el planteo del defensor de Fleitas según el cual, dada la insignificancia de lo hurtado, no existía delito: “independientemente que el principio de insignificancia no está previsto en la legislación, toda cosa que tenga valor pecuniario o de cambio puede ser objeto del delito de hurto, sin importar la insignificancia del valor de lo desapoderado”.

Ante la Cámara, el defensor “no cuestionó la autoría ni la materialidad de los hechos, sino únicamente su relevancia jurídico-penal en el entendimiento de que los efectos sustraídos no revestían valor suficiente como para habilitar el reproche penal”.

El defensor “remarcó las cualidades personales desfavorables de su defendido al momento del hecho, las cuales –según el tribunal anterior– *no pudieron tenerse por probadas*”.

El defensor había sostenido que Fleitas “si bien contaba con un inmueble propio, se trataba de un galpón que habría sido cedido por un tío de su pareja, con quien al momento del hecho tenía tres hijos, más otro en camino, respecto a todos los cuales el nombrado era el encargado exclusivo de su manutención”.

Además, según la defensa, “nada de eso podía hacer presumir que por contar con tales elementos básicos de subsistencia, como podría ser la vivienda, y sin perder de miras que en realidad era un galpón, [Fleitas] no se encontraba en un estado de gran precariedad al momento del hecho y que su situación laboral, caracterizada por la falta de trabajo, le generara la imposibilidad de proveer a su familia de los correspondientes alimentos. Asimismo [...] para poder ponderar la situación de necesidad que enfrentaba

su pupilo, debía hacerse hincapié en que la sustracción en cuestión consistió en un alimento que era de consumo inmediato; es decir, dicho en otros términos, los melones eran alimentos consumibles inmediatamente después del hurto, lo que hacía presumir aún más que la necesidad de su asistido era inmediata e inevitable para su subsistencia, motivo por el cual [Fleitas] actuó en estado de necesidad”.

Los cuatro melones, según la defensa, eran “un producto de primera necesidad para Fleitas, quien sin emplear violencia sustrajo un bien para satisfacer una necesidad tanto personal como familiar del momento; entendiendo que la conducta de su asistido fue guiada por la necesidad básica de la alimentación, más que la de afectar o desapoderar a su dueña de la propiedad de la cosa en cuestión”.

En segundo lugar, el defensor sostuvo que “la conducta atribuida a Fleitas no configuraba un daño a un bien jurídico de entidad grave que habilitara la persecución penal del Estado, de modo tal que por dicho motivo configuraba una conducta atípica. En ese orden de ideas, entendió que haber intentado sustraer cuatro (4) melones no equivalía a una pérdida o afectación económica de gran cantidad para el comercio, sobre todo cuando aquéllos fueron recuperados. E indicó que dicha aseveración resultaba de la estricta aplicación del criterio de proporcionalidad entre la real afectación al bien jurídico protegido y la sanción penal que se intentaba”.

En ese sentido, el defensor dijo también que “no era menor la circunstancia que en el caso bajo estudio, la víctima era la dueña de una verdulería y, como tal, debía considerarse de qué forma se vio afectada su propiedad, ya que no sólo compraba esos bienes a un precio inferior, sino que también ase-

guraba su mercadería y establecía precios de venta considerando las posibles pérdidas del tráfico comercial”.

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

Llegado el asunto a la Cámara de Casación, ésta aclaró que “en el caso no se discutían los hechos, sino que lo que se trataba era de analizar la relevancia jurídico penal de la acción enjuiciada”.

La Cámara explicó que la defensa “no se quejaba de la inaplicación de alguna regla ritual vinculada a la insignificancia, sino que su pretensión tenía en miras demostrar la atipicidad del hecho con base en tal principio”.

Dicho de otro modo, la posición de la defensa era que, cuando la cosa hurtada es de poca monta, *no existe delito*.

El acuerdo entre los tres jueces de la Cámara sólo llegó hasta allí. A partir de ese momento y sobre la base de sesudas consideraciones teóricas, abundantes citas de autores (en su mayoría alemanes) y un alarde multicolor de oscura erudición, digno más de una *lectio magistralis* ante sus alumnos que de una sentencia judicial que debe ser leída y entendida por legos y profesos, los tres jueces desplegaron sus argumentos.

Va un botón de muestra (cuya lectura puede omitirse sin inconvenientes): el primero de los tres hizo un prolongado análisis acerca de cómo y por qué algunos teóricos del derecho penal “concibieron la idea de la adecuación social de la conducta como una forma de restringir la tipicidad de la acción contraria a la regla jurídica formal y luego

tiñeron a las categorías del delito bajo una noción de política criminal, con un planteamiento del sentido de la punición estatal de corte preventivista, en cuyo desarrollo pudo expandir la idea de un derecho penal protector de bienes jurídicos, sin que quedase concluida la tarea de delimitar con la debida precisión su contenido”.

Felicitemos a los lectores que llegaron al final de la frase. La cosa no quedó ahí, sin embargo (sugerimos a los apurados saltarse los párrafos entre asteriscos):

“Así entonces, devino de ello que la causación en sentido físico relegó su rol protagónico y fue reemplazada por la lesión al interés jurídicamente tutelado que la cosa representa: en nuestro caso la propiedad, en tanto valor. En este contexto, la tipicidad se normativizó con la introducción de la teoría de la imputación objetiva, donde lo relevante resulta ser la creación y la concreción de riesgos jurídicamente desaprobados. Lo mismo sucedió con el dolo, que pasó a ser entendido como una decisión en contra del bien jurídico. Y finalmente a la antijuridicidad formal se le añadió la noción de antijuridicidad material, como una instancia de verificación de la real lesión a dicho bien jurídico; ámbito donde cobra importancia el principio de lesividad, en tanto se erige como legitimador material del derecho penal (dado que sin lesión no hay delito)”.

No logramos entender porqué semejante alarde de sabiduría jurídica. Era innecesario.

Luego de muchas páginas (y cuando decimos “muchas” queremos decir demasiadas), el primero de los tres jueces concluyó en que *“el Estado debe poner de manifiesto que se toma en serio el rechazo de los deli-*

tos, ya que de tolerarse la infracción a una norma se deja entrever que no es digna de ser conservada o defendida; y si en cambio se la rechaza, se pone de manifiesto una disposición a continuar reconociéndola como un parámetro de comportamiento y de valoración”.

“Por esto”, continuó, “las sentencias judiciales contribuyen a reproducir la validez de los estándares de legitimación que regulan el enjuiciamiento de la cuestión relativa a si un determinado actuar debe ser valorado o no como una negación merecedora de pena”.

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

“Cabe advertir que de toda la amplia variedad de productos que suele haber en este tipo de comercios, [Fleitas] seleccionó acaso aquéllos que tenían más alto valor y tomó la mayor cantidad posible que sus manos le permitían cargar; es decir, el sentido que su acción expresa es que estaba dispuesto no sólo a desapoderar de sus bienes a la víctima, sino que lo hizo respecto de todos los

que pudo dentro de lo que la ocasión le permitió”. El razonamiento es errado: si Fleitas sólo tenía sus dos manos, era más productivo “afanarse” cuatro melones que cuatro o seis duraznos.

El juez agregó que no advertía “un contexto exculpante de magnitud tal que permita anular aquí un juicio de reproche, ni tampoco la defensa lo ha invocado en su recurso. Así entonces se impone la pena como símbolo de su merecimiento, ya que no hay razones plausibles para su renuncia; sino que, por el contrario, es debido dictar un pronunciamiento judicial que [...] fortalezca la autoridad del orden normativo quebrantado, de manera tal que al marginarse el delito pase a ser algo superado en el rito del restablecimiento del orden”.

Por eso, el juez se consideró “convencido [de] que una sentencia que niegue el juicio de tipicidad en este caso, tal como lo propugna la defensa, lejos de implicar un acto comunicativo elaborado, preciso y comprensible, *llevaría un mensaje confuso a sus destinatarios*. Tal toma de posición implicaría afirmar que en este tipo de situaciones carece de toda tutela penal la propiedad de la víctima, quien –contrariamente al nombrado– sí ha cumplido con todos sus deberes de cooperación y *conserva la razonable expectativa de que sus derechos sean también reconocidos por terceros y por el Estado*. Soluciones de tal clase, además de que difícilmente resulten socialmente comprensibles pues *decepcionan la expectativa social de protección del derecho penal*, corrientemente impulsan a las víctimas y a la sociedad en general a actuar contrafácticamente; adoptando así medidas de protección de sus bienes (por ejemplo, enjaular la mercadería o atender detrás de una reja), lo que implica resignar –cada vez más– espacios de libertad con el consecuente deterioro que ello acarrea a la calidad de vida y a la con-

vivencia ciudadana. Por lo demás, si bien un acto individual de estas características, en tanto encapsulado y aislado, podría carecer de significación, la comunicación pública estatal respecto de su tolerancia y su no punición, por su valor simbólico, conlleva el riesgo que otros imiten la misma conducta de heterodeterminación opresiva. En efecto, si bien la existencia de un solo sujeto intentando pequeños hurtos no violentos puede no ser un problema hoy (como sería el caso de Fleitas), *sucede que si otros cientos lo imitan tras informarse que las tentativas fracasadas no violentas carecen de consecuencias penales, tendríamos posiblemente muchos comercios cerrados y a la sociedad alarmada, incapaz de comprender el sentido de los actos del Poder Judicial*. Así entonces, se justifica la imposición de la pena estatal, pero no en un sentido meramente retributivo, compensando con dolor un mal ocasionado, sino como un símbolo de merecimiento, expresado en un acto comunicativo con significado general que tiene por fin el restablecimiento de la autoridad de la regla jurídica general quebrantada por el delito, lo que pone así de manifiesto una disposición para continuar reconociéndola como un parámetro de comportamiento y de valoración”.

Y votó por condenar a Fleitas. Podrá tildarse al juez de “larguero” y reiterativo, pero su razonamiento fue impecable.

En cambio, los otros dos jueces, con idéntico despliegue de iridiscencias eruditas, pensaron distinto y, al ser mayoría, *absolvieron a Fleitas*.

Para uno de ellos, “si la función del derecho penal es la protección subsidiaria de bienes jurídicos, la conducta desplegada por Fleitas *no afectó el patrimonio del negocio porque no sólo las cuatro frutas que intentó llevarse no representan un valor económico*

significativo, sino porque también fueron recuperadas de inmediato. Las características del hecho, además, revelan la inexistencia de una acción que por sus características disvaliosas justifique la intervención del derecho penal, si se toma en cuenta la falta de violencia o fraude en la conducta reprochada.

Dicho de otro modo, ***las víctimas no merecen protección judicial.***

Para este juez, “la situación socio económica de Fleitas con independencia de la ubicación dogmática que se le asigne y los planteos efectuados en el recurso *disminuye el reproche por la acción emprendida*”.

“Considero que el hecho reprochado a Fleitas, dadas las características particulares del suceso y las condiciones personales del nombrado, resulta atípico”. Es decir, *no había habido delito.*

“No se trata” dijo este segundo juez “sino de establecer si la conducta reprochada a Fleitas configuró un delito. [...] No puede pasarse por alto el nudo central que exhibe el asunto, con independencia del enfoque dogmático que se adopte y la concepción sobre la función y los fines del derecho penal: la aplicación del castigo penal en contextos de desigualdad, esto es, la concreta situación social y personal de Fleitas ya descrita, que excede su sola consideración para la medición de la pena, cuestión que aquí cabe solamente mencionar”. *¡Adiós a la igualdad ante la ley!*

De paso, y como quien no quiere la cosa, este segundo juez aprovechó para criticar a quienes sostienen que una visión “benévola” del derecho (como la suya) tenga efectos negativos.

En efecto, al no castigarse ciertos delitos (a pesar de que el Código Penal dice lo que di-

ce) “la repetición de ciertos actos que se consideran perjudiciales” no tendría efectos negativos.

Frente a quienes dicen que el fundamento de la pena sólo puede basarse en que sería peligroso para el bien jurídico que cierto tipo de acción se repita en forma masiva, es decir, que la ejecutara un número indeterminado de personas (de allí la denominación de delito acumulativo) “la relevancia penal de estos delitos pretende basarse en una perspectiva ajena a la del penalista: *What if everybody did it?* (¿qué pasaría si todos hicieran lo mismo?)”.

Entonces, para este segundo juez, está mal sancionar a quien comete cierto tipo de delito porque, si bien “se trata de casos en que la conducta individualmente considerada no exhibe un riesgo relevante (es *harmless*), si se la admite practicada en general quizá sea dañina”, *se vulnera el principio de culpabilidad.*

Como no se aprecia “una lesión (o peligro) para el bien jurídico atribuible personalmente a la conducta del sujeto concreto, la sanción penal vulneraría el principio de proporcionalidad”. Y votó por absolver a Fleitas.

El tercer juez también dijo ser contrario a aplicar una pena a un hecho ante el supuesto peligro “de una eventual universalización” del delito.

Para él, el principio de insignificancia “no se agotaba en el valor económico de la cosa sustraída sino que también se debía tomar en consideración, entre otras cosas, las características del hecho, las condiciones personales del imputado, el daño concreto producido en relación con las características de la víctima, la proporcionalidad entre la respuesta estatal y la magnitud de la infracción, la racionalidad de los actos de gobierno, los principios de lesividad y *ultima ratio*, el

funcionamiento del sistema penal, en especial en lo que se refiere al proceso de selectividad y la inadecuada utilización de recursos humanos escasos”.

Según este tercer juez, el caso de Fleitas se adecuaba para aplicar el principio de la insignificancia: “el imputado había sustraído, sin violencia, cuatro melones de un cajón que estaba en exhibición en una verdulería; la conducta fue calificada como hurto; el sujeto activo era una persona que al momento de los hechos vivía en un lugar que carecía de baño y cocina, concretamente un galpón cedido por el tío de su pareja –con quien tenía tres hijos y otro en camino– y además carecía de un trabajo estable”.

Para este tercer juez, “el análisis conjunto de las variables enunciadas determina que a pesar del aparente ingreso de la conducta al tipo, cabe concluir que, por imperio del principio de insignificancia, corresponde excluirla del tipo de hurto por el que Fleitas fue condenado. Ello va dicho sin perjuicio de señalar que, más allá del examen del caso a la luz de la dogmática penal, también se manifiesta aquí la distorsión de un sistema que se dedica a atender mediante la inter-

vención de jueces, fiscales y defensores, casos de mínima alteración del orden social en detrimento de la utilización de los escasos recursos humanos al procesamiento de causas de alto impacto”. *Dejemos a las víctimas a la intemperie.*

Como también votó a favor de la absolución, Fleitas quedó libre.

Al amparo de curiosas teorías, alguien quedó sin sanción por cometer un delito, en función de sus circunstancias personales. Despedimos así a la igualdad ante la ley, base fundamental de un estado democrático. No hay diferencia alguna con un sistema que absuelva (*o condene*) en base a otras circunstancias personales: la raza, por ejemplo. O la religión. O la inclinación sexual.

El Filosofito (que nos lee en borrador) resume: “el defensor oficial y los jueces se convirtieron en sociólogos improvisados. O quizás en algo peor: en ingenieros sociales, con pretensiones de construir una sociedad de acuerdo a ideas propias que no son las de la Constitución”.

Y que aterran a las víctimas del delito.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**