



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 22069/2015/TO1/CNC1

Reg. n° 1775/2020

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 30 días del mes de junio del año dos mil veinte, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Alberto Huarte Petite, Mario Magariños y Pablo Jantus, asistidos por el secretario actuante, Guido Waisberg, a efectos de resolver en la causa n° CCC 22069/2015/TO1/CNC1, caratulada “MALIER, L. D. y otro s/ Robo en poblado y en banda”, de la que **RESULTA:**

**I.** El 9 de septiembre de 2016 el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 12 de esta ciudad, en lo que aquí interesa, resolvió: “*I. CONDENAR a L. D. E. MALIER... a la pena de SEIS AÑOS DE PRISION, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS por resultar coautor material y penalmente responsable de los delitos de robo simple –causa n° 4829- en concurso real con robo agravado por haber sido cometido en un lugar poblado y en banda y con la participación de personas menores de 18 años de edad –causa n° 4807-... II.- CONDENAR a L. D. E. MALIER a la PENA TOTAL DE OCHO AÑOS DE PRISION, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS comprensiva de la mencionada previamente y de las dictadas por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 15 de esta ciudad, en la causa n° 4375, el día 06 de agosto de 2014 a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional... iniciada el día 23 de noviembre de 2013 y por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 28 de esta ciudad, en la causa n° 4337, el día 15 de abril de 2015, a la pena de tres años prisión iniciada el día 04 de marzo de 2014 (artículo 58 del Código Penal)...” (fs. 393/403).*

**II.** Contra esa sentencia, la defensa interpuso recurso de casación (fs. 409/431), el que fue concedido (fs. 440/441) y mantenido ante esta instancia (fs. 445). Por su parte, la Sala de Turno



de esta Cámara le otorgó al recurso el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 447).

**III.** En el término de oficina, contemplado en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del mismo código, se presentó el Dr. Claudio Martin Armando, Defensor Público Oficial a cargo de la Unidad de Actuación nº 1 ante esta Cámara, a través del escrito obrante a fs. 451/457, y profundizó los agravios contenidos del recurso.

**IV.** En la etapa contemplada en el artículo 468, en función del 465, último párrafo del Código Procesal Penal de la Nación, la defensa presentó un escrito de “breves notas” y las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

**V.** Tras la deliberación realizada, se arribó a un acuerdo en los términos que se pasan a exponer.

**Y CONSIDERANDO:**

**El juez Alberto Huarte Petite dijo:**

**I. a.** La parte recurrente planteó inobservancia del principio constitucional *in dubio pro reo* por arbitrariedad en la valoración de la prueba de los hechos atribuidos a Malier.

Con relación al primer suceso, se agravió de la afectación al derecho de defensa y debido proceso en tanto, pese a su oposición, se incorporó al debate la declaración que el damnificado había brindado en sede policial sin respetar los recaudos que la ley procesal prevé para este acto (art. 249 y sss. CPPN), pues en ella no se asentaron los datos personales del deponente que permitiesen verificar su real existencia; y, además, porque se vio impedida de participar y de controlar esa diligencia, conforme la doctrina que emana del precedente “Benitez” de la CSJN (Fallos: 329:5556), que citó en apoyo a su postura.

En tal sentido, la defensa señaló que, excluido este elemento de prueba, el hecho se había reconstruido únicamente a





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 22069/2015/TO1/CNC1

partir del testimonio de tres agentes policiales que no lo habían presenciado, sino que tan sólo habían participado en distintos tramos de la detención del imputado y no habían referido haber incautado en su poder elemento alguno que lo vincule con el hecho atribuido.

Al respecto, señaló que el fallo condenatorio se sustentó en la declaración del agente E. Rodríguez, quien invocó falta de memoria en el debate y cuyo relato, a criterio de la recurrente, fue modificado a lo largo de su deposición en relación a cómo se ejecutó la acción atribuida al imputado.

Sumado a ello, destacó que, los testimonios antes mencionados, junto a las actas de secuestro, eran insuficientes para tener por acreditada la participación de Malier en el hecho; y a idéntica conclusión se arribaba si a ello se adunaba que la descripción de la vestimenta del acusado –contenida en la declaración del damnificado mencionada *ut supra*-, difería con aquélla asentada en el acta de detención de aquél.

Sobre el segundo hecho, la defensa remarcó que Malier explicó su presencia en el lugar del hecho mientras se produjo el desapoderamiento que se le atribuyó, mas negó haber participado en él.

A su vez, calificó de contradictorio el testimonio de la víctima L. M. S. en cuanto a cómo se encontraba en los momentos previos al hecho, al modo en que fue abordado por sus agresores, y a cómo pudo reconocerlos, pues había afirmado haber quedado “mambeado” luego de las patadas que recibió.

Asimismo, la recurrente planteó que esa declaración carecía de valor acreditante en su cotejo con la versión previamente dada en sede policial y con la grabación incorporada por exhibición al debate que, según su criterio, indicaba que se había filmado un hecho distinto al que había damnificado al mentado S..



En muestra de ello señaló que la víctima del video vestía un buzo rayado mientras que S. negó tener uno, de manera que, en su opinión, el tribunal valoró arbitrariamente estos elementos probatorios.

Por otra parte, cuestionó la validez como prueba de cargo del reconocimiento impropio de sus agresores efectuado por S., en violación a las normas contenidas en los arts. 270 y ccs. del CPPN, por cuanto consideró insuficiente la descripción que él dio sobre los atacantes (que uno tenía una campera roja y el otro era robusto), ya que ninguno de los detenidos poseía tal prenda de vestir y la contextura física brindada remitía a una apreciación subjetiva, común a una gran cantidad de personas, y no distintiva de una en particular.

Finalmente, indicó que, junto a estos argumentos, la absolución por duda (art. 3, CPPN), también se imponía en el caso si se reparaba en que el policía que detuvo a los autores del hecho había sido avisado de que el joven que en la filmación tenía colocada una campera verde se la había sacado y colocado en una mochila; campera que, aunque fue secuestrada, no se consignó en las respectivas actas quién la poseía –tampoco se lo precisó respecto de la mochila-, y que en poder de Malier no se incautó ningún objeto que lo vincule con el hecho atribuido.

**b.** Subsidiariamente, la defensa se agravió sobre el grado de participación atribuido a Malier en el suceso y, en tal sentido, entendió que arbitrariamente se le había otorgado el título de coautor cuando, a su entender, correspondía asignarle el rol de partícipe secundario.

En efecto, destacó que en el video sólo podía verse a Malier parado sin realizar ninguna conducta ilícita, mientras que en el fallo no se explicitó cuál fue el acto decisivo y central que él habría efectuado para poder afirmar que en el caso había mediado una





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 22069/2015/TO1/CNC1

división funcional del trabajo y que, en consecuencia, él había dominado funcionalmente el hecho.

c. De igual manera, la recurrente entendió que al subsumir el hecho en el tipo penal de robo agravado por su comisión en banda (cfr. artículo 167, inciso 2°, del Código Penal), el *a quo* aplicó erróneamente la ley penal.

Así, señaló que el razonamiento del *a quo* al interpretar el concepto de “banda” y afirmar su concurrencia en el hecho fue erróneo, por cuanto dicho término no puede ser interpretado de manera armónica con la Constitución Nacional, pues el tipo penal carece de referencias en cuanto a la cantidad de personas que deben estar involucradas en el robo, y en cuanto a la necesidad de que éstas se reúnan con el fin de cometer un delito determinado, o que se cumplan los requisitos típicos del art. 210, CP

d. También la defensa alegó errónea subsunción del hecho en la agravante contenida en el art. 41 *quater*, CP, al entender que fue genéricamente aplicada. Así, explicó que las constancias documentales aportadas al caso resultan insuficientes para acreditar la minoridad de los co imputados y cuál su intervención en el ilícito; tampoco se había probado que Malier conociera su edad.

e. Por último, censuró la fundamentación del fallo en cuanto a la graduación de la pena impuesta al nombrado porque consideró que la valoración como agravantes de la reiteración de hechos delictivos y la cantidad de intervinientes en los hechos atribuidos al acusado resultaba violatoria del principio constitucional *ne bis in idem*.

También objetó que a los sentenciantes les pareció adecuada la pena solicitada por el Fiscal –quien fundó su pedido de pena en la peligrosidad, la violencia y la habitualidad o inclinación al delito-, y criticó esa remisión por transgredir el principio constitucional de derecho penal de autor.



Por último, el recurrente se agravió de que el *a quo* omitió considerar circunstancias atenuantes mencionadas en el alegato de clausura (el hábito laboral de su asistido, la grave adicción a las drogas, su grado de instrucción, su edad y la contención familiar), y que aquellas tenidas en cuenta no se reflejaron en el monto de pena discernido, motivo por el cual solicitó la imposición de uno sensiblemente menor.

**II. a.** Para tratar las críticas de la defensa, conviene recordar qué tuvo por probado el *a quo*. Luego de sustanciado el debate, el tribunal de la instancia de juicio afirmó: “...Hecho I: *tenemos por plenamente acreditado que L. E. Malier se apropió ilegítimamente, junto con otro sujeto no identificado en autos, de elementos de propiedad de J. A. Acuña.*

*El suceso ocurrió el día 9 de julio de 2014, en la intersección de las calles Cochabamba y Lima de esta ciudad.*

*Ese día alrededor de las 10 de la mañana, mientras Acuña caminaba por la calle Cochabamba al llegar a la intersección de Lima, fue interceptado por el acusado junto a otro sujeto y le exigieron la entrega de sus pertenencias.*

*Acuña, por temor a su integridad física, les entregó: la campera marca Reebok de color blanca, un teléfono celular marca Nokia, una mochila gris Nike, que contenía un jean, dos camperas, un cuaderno, un desodorante, una tarjeta Sube y la constancia de su D.N.I. en trámite; luego del despojo ambos atacantes se fugaron.*

*Así, alrededor de las 11.30 hs, y luego del robo, la víctima -quien iba caminando por la calle Salta- al llegar a la intersección con la calle Pavón vio a quien a la postre sería Malier, junto a otros dos sujetos, uno de ellos -quien luego sería Emanuel Gutiérrez, menor de edad- tenía puesta la campera sustraída. Ante ello el damnificado dio aviso al agente Rodríguez de la Comisaria 16 de la P.F.A, que aprehendió a ambos en Salta frente a la altura catastral 1543. Asimismo, el policía uniformado le incautó a*





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 22069/2015/TO1/CNC1

*Gutiérrez la campera del damnificado, no así el resto de las pertenencias, que no fueron habidas.*

*Hecho II: en este caso tenemos por acreditado que L. E. D. Malier, el día 18 de abril de 2015 aproximadamente a las 7 horas, en la intersección de las calles Saltay Ciudadela de esta ciudad, con el concurso de otra persona mayor de edad y de los menores de dieciocho años de edad, Yamila Alejandra Cardozo y Abel Sebastián Santillán, mediante violencia en las personas, sustrajeron a L. M. S. un teléfono celular marca Nokia de color blanco, la suma de doscientos pesos y una tarjeta de débito Visa expedida por el Banco Provincia.*

*Ello sucedió en momentos en que el damnificado se encontraba sentado en la intersección de dichas arterias y fue abordado por el grupo de tres hombres y una mujer, oportunidad en que luego de un intercambio de palabras uno de los individuos de género masculino le propinó un golpe de puño en el rostro, siendo entonces agredido por los otros, quienes le sustrajeron de su bolsillo derecho del pantalón los elementos anteriormente detallados, dándose posteriormente a la fuga.*

*En esa circunstancia el Sargento 1° de la Policía Federal Argentina Gabriel González, que tomó conocimiento de lo ocurrido por medio de la modulación originada en la sala de Monitoreo M4 de dicha fuerza, se abocó a la búsqueda de los sospechosos, uno de los cuales, conforme a lo informado, se había quitado la campera de color verde que vestía y la había introducido en la mochila que portaba, quien a la postre sería identificado como Malier. Fue así que en la intersección de las calles Santiago del Estero y Ciudadela, de esta ciudad, el policía preventor logró divisar a los sospechosos, procediendo a su detención, oportunidad en la que se apersonó el damnificado y reconoció a los prevenidos como los autores del atraco.*



*Finalmente, en poder de los acriminados no fueron habidos los valores y elementos sustraídos, pero sí se secuestró en poder de L. D. E. Malier la campera de color verde descripta por la modulación de la sala de monitoreo. Así fueron aprehendidos los cuatro sospechosos, dos de ellos menores de edad...” (fs. 394/395).*

b. Corresponde aclarar inicialmente que los agravios presentados por el recurrente serán analizados conforme el criterio sentado por el suscripto en los precedentes “**López**” (Reg. n° 1014/17, del 18.10.17) y “**Tévez**” (Reg. n° 1148/17, del 9.11.17) –a cuyos fundamentos me remito en honor a la brevedad- respecto de la doctrina adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “**Casal**” (Fallos: 328:3329), en lo atinente al alcance del recurso de casación contra una sentencia condenatoria, en función de lo establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

### **III. Planteos vinculados con la acreditación de los hechos atribuidos a L. E. Malier, la valoración de la prueba y su intervención en él.**

#### ***-Hecho I-***

Reseñado el suceso que se reprocha a Malier, como así también las críticas dirigidas a la fundamentación del *a quo*, entiendo que, más allá de los esfuerzos del recurrente, el tribunal de juicio valoró razonablemente la prueba producida en el debate y la articuló de modo tal que se puede concluir, conforme las pautas de la sana crítica racional (arts. 241 y 398 CPPN), en la correcta acreditación de la materialidad del hecho y de la participación del imputado, sin que se hubiese acreditado arbitrariedad en su argumentación (art. 123 y 404, inciso 2, este último *a contrario sensu, ibídem*).







## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 22069/2015/TO1/CNCI

Cabe destacar en primer lugar que el razonamiento que efectuó el *a quo* al respecto no se fundó en el testimonio de la víctima (quien sólo declaró ante la prevención), de una forma exclusiva y sustancial sino que, por el contrario, aquél fue entendido solo como corroborante de lo expuesto en el debate por los preventores.

En tal sentido, no tendrán favorable acogida las críticas del recurrente a la entidad probatoria de los testimonios de los agentes policiales que intervinieron con motivo de la comisión del hecho, por cuanto sus dichos fueron contestes entre sí y correctamente concatenados por el tribunal de mérito, sin que pueda afirmarse arbitrariedad alguna en su valoración.

Así, dijeron los sentenciantes: *"...Cabe poner de relieve que el Código Procesal Penal de la Nación adoptó el método de la sana crítica para la valoración de la prueba (arts. 241, 263 inc.4 y 398); por ello los testimonios deben ser integrados a través de una confrontación crítica y correlacionados entre sí de manera armónica (Llera Carlos E., en ¿Testis Unus, Testis Nullus?, en LL Suplemento de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, Nov.2013, pág.21/23).*

*En esa tarea, los testimonios brindados en debate por E. Rodríguez, Jonathan Medina, Sebastián Martín Borrajo y J. Pablo Bogado han permitido reconstruir el hecho denunciado; en efecto, E. Rodríguez recordó que se presentó el damnificado y le señaló la campera de su propiedad, que entre los detenidos había un menor de edad, que la detención se produjo en la calle Salta de esta ciudad. Por su parte, Jonathan Medina recordó que se trató de un hecho ocurrido temprano, que el lugar de la detención fue en la calle Salta entre Garay y Pavón, que allí se encontraba el damnificado y que éste había podido identificar a uno de los individuos allí presentes como el autor del delito aprehendido. Por su parte el Subinspector Borrajo también recordó en el debate que la detención se había materializado en la calle Salta, que allí se encontraba el*



*damnificado, que esta persona sindicaba a otra persona integrante de un grupo como el autor del robo que lo había damnificado.*

*Estos testimonios, prestados en el debate, se concatenaron con las actas de detención y secuestro, de donde surge que una de las personas detenidas era L. D. Malier (fs. 8) y que también había sido aprehendido el menor de edad Manuel Gutiérrez (fs. 7); que el procedimiento se llevó a cabo en la calle Salta altura catastral 1547 de esta ciudad; y que en esa oportunidad se secuestró una campera tipo deportiva de color azul y blanca con la inscripción Reebok en la parte frontal (fs. 11). También a fs. 12 se glosó el plano que ratificó el lugar de detención, así como el sitio en el que se produjo el despojo señalado por el damnificado; la persona denunciante fue identificada como J. A. Acosta, DNI n° (fs. 13)...” (fs. 397 y vta.)*

De esta forma, yerra la defensa al afirmar que la declaración del agente E. Rodríguez fue la principal base para sustentar el fallo condenatorio porque, como se vio, él se fundó en variados medios de prueba todos compatibles entre sí; tampoco explicó el recurrente cómo las alegadas modificaciones que habría sufrido el relato del nombrado preventor en relación al modo en que se ejecutó la acción atribuida al imputado llevarían a una solución distinta a la que se arribó, máxime cuando la parte tuvo la oportunidad de confrontar libremente al testigo en la etapa plenaria.

De igual manera, y más allá de ser información tangencial en la resolución del caso, tampoco se verifica la diferencia entre la descripción de la vestimenta del acusado, formulada por el damnificado, y aquélla asentada en el acta de detención del nombrado Malier, por cuanto ambas coinciden en lo sustancial.

Sin perjuicio de todo ello, en orden a la relevancia que se asignó a los dichos en sede policial de la víctima Acuña (incorporados por lectura y, en consecuencia, sin posibilidad de ser controlados por la defensa, la cual puso énfasis en dicho impedimento), cabe destacar





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 22069/2015/TO1/CNC1

que el sentenciante se ocupó de ello al decir, luego de valorar los elementos de juicio a los que ya hemos hecho referencia, que: “...la declaración incorporada por lectura del damnificado A. Acuña, con oposición de la defensa, resulta -en todo caso-corroborante de la prestada en el debate por los testigos antes mencionados. Al ser ello así, entendemos que no se ha verificado la violación a las garantías constitucionales ni convencionales mencionadas por la defensora oficial, ni tampoco nos hemos apartado de la doctrina derivada del precedente de la CSJN “Benítez”, de la que no se desprende que la incorporación por lectura de un testimonio esté vedada, como parece interpretar la defensa.

Superada esta objeción y, por lo demás, ‘el órgano jurisdiccional debe comprobar la ausencia de razones que excluyan o debiliten seriamente la credibilidad del denunciante...’ (Llera Carlos E., en ¿Testis Unus, Testis Nullus?, en LL Suplemento de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, Nov.2013, pág.26).

La declaración de Acuña, por los términos de su denuncia, permite descartar cualquier tipo de interés espurio, pues cuando señaló a quien había intervenido en el robo se cuidó de no incluir en su señalamiento a personas ajenas a la sustracción, como aquel menor de edad que si bien vestía su campera, no había sido participe del robo cometido minutos antes (y del mismo modo respecto de González). En efecto, sólo imputo a Malier y ese señalamiento lo hizo frente a distintos policías que llevaron a cabo la detención.

De otra parte, tampoco le asiste razón a la defensa cuando afirma que la policía, al tomar la declaración de Acuña, ni siquiera insertó el número de su documento de identidad. Tal número encabeza, con guarismos grandes y destacados, la declaración incorporada al juicio...” (fs. 397 vta./398).

Como puede observarse, el tribunal de mérito dio suficientes motivos para efectuar una razonable ponderación del acto



en cuestión en virtud de los demás elementos de juicio que mencionó, incorporados al debate con claras posibilidades de control.

Corresponde añadir que a partir de los datos aportados por el testigo en sede policial (su número de Documento Nacional de Identidad) es posible constatar su real existencia, tal como lo reclamó la defensa en su recurso, porque ello es posible si se constata su identidad solicitando información al Registro Nacional de las Personas, medida que podría haber solicitado oportunamente la defensa para su producción en el debate en caso de haberlo creído útil para su teoría del caso.

También debe resaltarse que en el acta que documentó la declaración de la víctima (*vid* fs. 13), se dejó constancia del cumplimiento de los recaudos legales, por cuanto se instruyó al deponente quien la suscribió debidamente de las penas del falso testimonio y se le recibió juramento, motivo por el cual, desde ese punto de vista, dicha pieza no puede ser cuestionada en cuanto a su validez formal y su relevancia probatoria deberá ser analizada en cada caso por el órgano jurisdiccional.

En efecto, explica la doctrina que “...la autoridad preventora tiene facultad de disponer y producir prueba testimonial... pero si ab initio fuere presumible la imposibilidad del testigo de concurrir al debate, en su formalización deberá respetar las pautas que para los actos irrepitibles marca el art. 138 (art. 200, párr. 1, in fine), lo que torna aconsejable que sea recibida por el juez. Durante el sumario estas declaraciones tienen pleno valor convictivo, aun sin ser ratificadas judicialmente. Durante el debate también ello puede ocurrir...” (cfr. NAVARRO, G. y DARAY, R., “Código procesal penal de la nación, análisis doctrinal y jurisprudencial” T. 2, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 115).

En ese orden de ideas, también debe acotarse que en el reciente precedente “**Vázquez Balbuena**” de este colegio (Reg. n°





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 22069/2015/TO1/CNC1

1204/19, Sala III, rta. 2.9.19, voto del juez Huarte Petite) adherí al voto del juez Jantus en cuanto expresó que en el fallo “**Benítez**” (Fallos: 329:5556) -que invocó la parte en dicha ocasión, al igual que aquí- se discutió el alcance del derecho de la defensa de interrogar a los testigos y de obtener la comparecencia de otros que resulten relevantes, garantía específicamente prevista en el art. 8 punto 2 letra f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 14 inciso 3 letra e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que integra el derecho constitucional a la defensa en juicio (art. 18 CN).

En dicha ocasión, la CSJN resolvió que más allá de que el procedimiento previsto en el art. 391 CPPN resulte admisible bajo ciertas condiciones, la incorporación por lectura de las declaraciones que prestaron los testigos de cargo en la etapa de instrucción y que el imputado no pudo controlar por resultar anteriores a que fuera habido, resulta violatoria del debido proceso si de allí se extrae prueba decisiva para fundar la sentencia; y que la invocación de la imposibilidad de hacer comparecer al testigo no basta para subsanarla.

En este sentido, la Corte aclaró que “...el derecho de *examinación exige que el imputado haya tenido «una oportunidad adecuada y apropiada para desafiar y cuestionar a un testigo o cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra»*” (con cita del caso “Säidi vs. Francia” del TEDH, Serie A, N° 261C, sentencia del 20 de septiembre de 1993, párr. 43 y del caso “Barberá, Messegué y Jabardo vs. España”, serie A, N° 146, sentencia del 6 de diciembre de 1988) y que “...de acuerdo con los criterios interpretativos establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «testigo de cargo» es toda declaración de una persona en que se funda una acusación o una decisión judicial condenatoria, o como lo expresara la Comisión Europea de Derechos Humanos, «todo tipo de pruebas



verbales» (CEDH, en el caso *Bönisch vs. Austria*, serie A, N° 92, sentencia del 6 de mayo de 1985)...” (considerando 14).

Ahora bien, de adverso a lo sostenido por la recurrente, considero que las circunstancias del caso en tratamiento difieren sustancialmente de las que se verificaron en el precedente citado, y que no se advierte afectación a garantía constitucional alguna.

El art. 391, inc. 3, CPPN permite la incorporación por lectura de las declaraciones testificales recibidas en la instrucción, entre otros supuestos, cuando se ignorare la residencia del testigo. No hay disputa en punto en que no fue posible hacer comparecer al debate a J. A. Acuña. Tampoco se ha alegado que no se hubieran agotado los esfuerzos para ubicar su lugar de residencia y citarlo, ni tampoco se disputa que se diese el supuesto de hecho del art. 391, inc. 3, CPPN.

En rigor, no se trata aquí de determinar si el procedimiento de incorporación del acta de fs. 13/14 fue regularmente realizado conforme la ley procesal que rige al caso sino, antes bien, de examinar si en las circunstancias de este proceso la incorporación por lectura ha afectado el ejercicio de los poderes de defensa

En tal sentido, entiendo correcta la valoración asignada a dicho testimonio por el *a quo* en cuanto, en igual línea, he dicho que bajo las circunstancias determinadas en la ley resulta admisible la incorporación por lectura de las declaraciones testimoniales brindadas durante la instrucción conforme lo prevé el artículo 391 del Código de procedimiento, y que dichos elementos únicamente podrían tener un valor probatorio indiciario, que sólo permitiría arribar a la certeza que exige una condena y derribar el estado de inocencia del acusado, si se complementan con otros testimonios o elementos externos y unívocos que hayan sido sometidos al debido control de las partes, y conduzcan sin hesitación a idéntica conclusión (*mutatis mutandi*, cfr. fallo





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 22069/2015/TO1/CNC1

“**Romeo**”, Sala III, Reg. n° 1713/18, del 28.12.2018, voto del juez Huarte Petite).

Dicha regla se ha cumplido en el caso.

En efecto, como se aprecia de la reseña efectuada, se valoraron, a los fines de tener por cierto el suceso atribuido, testimonios independientes al de la víctima, aunque relacionados con el de ésta que, en lo pertinente, lo corroboraron.

Así, tres de los preventores que declararon en el juicio afirmaron que la presunta víctima indicó ante ellos que uno de los detenidos era el autor material de la sustracción que lo había damnificado.

Se observa de esta forma, tal como se lo anticipó, una sustancial diferencia con la situación fáctica considerada por la Corte en “**Benítez**”, pues allí los testimonios de la presunta víctima y de un testigo de cargo no habían sido corroborados en modo alguno por una prueba independiente y debidamente controlada; fue así que contrariamente a lo aquí sucedido, en el citado proceso, ante las versiones contrapuestas existentes, el *a quo* había resuelto otorgarle valor convictivo, sin más, a los testimonios cargosos.

Se trató en “**Benítez**”, entonces, de prueba decisiva para la demostración de la imputación, producida en solitario y sin posibilidad de contralor. No hay analogía en consecuencia con el caso de autos en el que, como ya se dijo, la imputación hacia el acusado fue corroborada por los dichos de testigos presentes en el debate cuya valoración razonable justificó entonces el juicio de convicción al que arribó el *a quo*.

Por todo lo expuesto, este tramo del recurso será rechazado.

### **-Hecho II-**

Estimo que más allá de los esfuerzos del recurrente, también aquí el tribunal de juicio valoró razonablemente la prueba



producida en el debate y la articuló de modo tal que se puede concluir, conforme las pautas de la sana crítica racional (arts. 241 y 398 CPPN), en la correcta acreditación de la materialidad del hecho y de la participación del imputado, sin que se hubiese acreditado arbitrariedad en su argumentación (art. 123 y 404, inciso 2, este último *a contrario sensu, ibídem*).

En efecto, aunque Malier haya explicado su presencia en el lugar del hecho, su descargo fue contradicho por la grabación obtenida por el Centro de Monitoreo de la Policía Federal Argentina y así fue valorado por el *a quo* al decir que: “...esta filmación permite ver que Malier no estuvo en el hecho de modo contemplativo y pasivo, sino que intervino activamente. Por otra parte, su coartada de que andaba comprando drogas y que acompañó a la mujer resulta inconducente para modificar las conclusiones que surgen de la evidencia fílmica...” (fs. 399 vta.).

Por su parte, de modo previo a responder las críticas de la defensa sobre el testimonio de la víctima L. M. S., ha de aclararse que las impresiones de carácter subjetivo que en la percepción de los jueces dejaron los testigos durante la audiencia de debate escapan, por falta de intermediación, al control casatorio, y que la fundamentación de una condena con apoyo en su credibilidad no puede ser objeto de controversia en esta instancia.

No obstante ello, no deja de existir el deber jurisdiccional de explicar suficientemente las razones por las cuales han concluido en la presencia de esa credibilidad.

En tal inteligencia, debe decirse que las contradicciones señaladas por la recurrente en relación con diversos aspectos de dicha declaración fueron correctamente abordadas por el tribunal *a quo* al meritar que: “...si bien es cierto –como lo esgrime la defensa– que las declaraciones de S. prestadas en la prevención y la brindada en el debate son distintas, la diferencia se aprecia tan sólo en algunos aspectos periféricos pero no centrales del hecho (el grado de







## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 22069/2015/TO1/CNC1

*violencia ejercida en el robo, si se trató de sólo un puñetazo en el rostro o si además lo arrojaron en el piso; si le pidieron un cigarrillo o sin mediar palabra le pegaron, etc.).*

*En lo esencial, su declaración resulta coincidente: en cuanto a que fue atacado a golpes, a que fue robado por más de tres personas que lo despojaron y luego huyeron, que estuvo en el lugar de la detención y que los reconoció. Tal vez las diferencias tengan su explicación en el alcohol que dijo haber tomado esa jornada.*

*Por lo demás, la filmación de la cámara instalada en el lugar captó claramente esa secuencia y permite confirmar los dichos –centrales- del damnificado, aunque pudiera confundirse y afirmar que estaba parado, cuando la cámara lo muestra sentado, aspecto que no es esencial.*

*En efecto, en la filmación se observa a una persona sentada en la puerta de acceso a una vivienda o un comercio (S.), a dos personas a su lado, uno de género masculino de campera verde y una mujer, ambos a cada costado de la víctima.*

*De repente se acerca otra persona con campera o buzo oscuro y capucha blanca. En un momento el que se ubica de frente le aplica un golpe de puño, momento en el cual apareció una cuarta persona (que sería el menor de edad Santillán) quien coloca la mano en el bolsillo de S., el que siguieron golpeando; el de buzo verde, que es Malier, se acerca más y extiende su mano hacia la persona que estaba siendo despojada. Una vez concretado el despojo, se marcharon los cuatro juntos...” (fs. 399 y vta.).*

En coincidencia con la transcripción precedente, es claro que la defensa pretende restarle valor probatorio al testimonio de la víctima, pero basándose en señalar detalles que en nada conmueven el relato central del declarante ya que, en definitiva, S. reconoció en el lugar a sus agresores, y además se aprecia en el video respectivo, tal como lo preciso el *a quo*, cómo aquél es atacado por varias personas, siendo trascendente y decisivo que los jueces del debate hubiesen



concluido en que allí se aprecia la secuencia del hecho y la intervención en él del imputado.

Ello así, pues al momento del juicio tuvieron a la vista tanto a la víctima como a su victimario y, por ende, no merece objeción alguna su afirmación (no refutada en modo alguno por la defensa), de que quienes aparecían en la grabación en cuestión eran, justamente, aquéllos.

Tampoco tendrá acogida favorable el cuestionamiento sobre la validez del reconocimiento impropio efectuado por el damnificado en relación con los autores del hecho.

En primer lugar, resulta aplicable al caso, *mutatis mutandi*, la doctrina del Máximo Tribunal según la cual carece de sustento restar eficacia como prueba de cargo a los reconocimientos efectuados por las víctimas –en el caso, funcionarios policiales-, si no existen razones, más allá de las reservas genéricas que emanan de su condición de preventores, que hagan dudar de sus dichos (Fallos: 321:3423, “DA FONSECA, Jorge Adrián s/ delito resistencia a la autoridad y abuso de arma de fuego” y su cita de Fallos: 314:833)

En ese orden de ideas, habiéndose afirmado ya la trascendencia probatoria de la declaración del damnificado, resta decir que sobre ella el tribunal valoró además que: “... [L. M. S.] *agregó que, con posterioridad, tomó conocimiento de la detención de los agresores, a raíz de lo cual se constituyó en el lugar y sin hesitación los reconoció como los autores del robo. Describió a uno de los agresores como morocho y robusto, detalle que coincide con la fisonomía de Malier...*” (fs. 398 vta./399).

Entonces, si bien es cierto lo apuntado por la defensa en orden a que la contextura física brindada por S. remitió a una apreciación subjetiva común a una gran cantidad de personas, no es menos cierto que aquella no se hizo cargo de rebatir que en el *sub lite* el señalamiento efectuado por la víctima, lejos de ser genérico, fue





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 22069/2015/TO1/CNC1

concreto y dirigido a una persona en particular de robusta contextura física; y además que, en este contexto, dicho reconocimiento resultó un indicio adicional a los otros medios de prueba receptados durante la sustanciación del debate.

En efecto, no se trata aquí de un supuesto en el cual la prueba *dirimente* para la condena hubiese sido el aludido reconocimiento “impropio” por parte de la víctima (doctrina del precedente “**Miguel**”, CSJN, 12.12.2006, M. 794, XXXI. RHE, Fallos: 329:4135), sino que, por el contrario, la convicción por la condena se formó con la observación del video respectivo y con el contenido restante de los dichos de la víctima, entre otros elementos.

En igual línea argumental, por último, la defensa planteó la absolución por duda del imputado basándose en la falta de secuestro de objetos que lo vinculen con el hecho atribuido. También en que, aun cuando se incautó una campera verde, que durante la fuga uno de los autores se había sacado y guardado en una mochila, no se detalló en el acta respectiva a qué acusado le pertenecía.

Sin embargo, este agravio no conmueve el sólido plexo probatorio considerado por el *a quo* porque la falta de hallazgo de los bienes sustraídos en poder de Malier puede explicarse razonablemente en que tanto él como los co imputados tuvieron, en razón de las características acreditadas del suceso, la clara posibilidad de deshacerse de ellos en el marco de la persecución policial y su intento de fuga.

De igual modo, la falta de individualización del portador de la mochila dentro de la cual se hallaba la campera que vestía el acusado Malier fue analizada razonablemente por el tribunal al ponderar: “ *...tampoco existen dudas de que las personas detenidas son las mismas que atacaron a S.; ello no solo porque este los reconoció sin resquicio para la duda, sino porque tampoco Malier desconoció estar en la escena del robo –aunque atribuyéndose un rol*



*contemplativo-; y porque la mochila que se le secuestró a Malier, al momento de su detención, contenía el buzo que utilizó en el atraco y que, conforme surge de la filmación, se lo quitó en la huida y lo guardó en la mochila -seguramente para no ser individualizado en el escape- lo que fue comprobado...” (fs. 399 vta.).*

Al respecto, la defensa intentó, aunque sin éxito, correr el foco de la imputación dirigida a Malier sembrando la duda sobre el portador de la prenda de vestir en cuestión y de esa manera exonerarlo de responsabilidad, pero omitió refutar de manera suficiente el razonamiento del tribunal, basado en el esclarecedor video logrado por el Centro de Monitoreo, a lo que debe adunarse la consideración de los testimonios de los policías Gabriel González -quien participó de la detención y el secuestro de ese objeto-, y Jorge Emiliano Cejas - en cuanto afirmó que uno de los sujetos activos vestía una campera verde y azul-, motivo por el cual su queja no trasciende de una mera discrepancia con las conclusiones a las que arribó el *a quo*.

En definitiva, los embates de la defensa sobre la evaluación probatoria -tendientes a introducir la duda sobre la participación del imputado en el hecho- no alcanzaron a neutralizar la sólida y coherente prueba de cargo valorada por el tribunal que demostró su intervención en el suceso reprochado, motivo por el cual este tramo del recurso será rechazado.

#### **IV. Planteo vinculado con el grado de participación atribuido a Malier en el segundo hecho.**

La defensa petitionó que se modifique la participación asignada a Malier en el segundo hecho atribuido por la de cómplice secundario, basándose para ello en el supuesto comportamiento contemplativo que tuvo durante la ejecución del hecho, y en la omisión de los sentenciantes de explicitar cuál fue el acto decisivo y central que él habría efectuado para poder afirmar que en el caso él había sido coautor por haber existido una división funcional del





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 22069/2015/TO1/CNCI

trabajo y que, en consecuencia, él había codominado funcionalmente el hecho.

Al respecto, el *a quo* sostuvo que: “...en cuanto al grado de participación que le cupo a Malier en este evento cabe recordar que constituyó un supuesto de coautoría por dominio funcional, pues se comprobó que, sobre la base de una división de tareas previamente consensuada, los distintos individuos que intervinieron, entre ellos Malier, realizaron sólo una parte de la acción descripta por la ley, completándose los elementos del tipo por el co-dominio que cada uno tuvo de una porción del acontecimiento. (En ese sentido ver CFCP in re: Registro nº 17337 Medina, Omar A. s/ recurso de casación, 2/03/11).

Cabe poner de relieve que la filmación de la cámara colocada en el mismo sitio del robo permitió ver que Malier no estuvo en el hecho sólo de un modo contemplativo y pasivo, sino que intervino activamente dándose así la división de roles propia de la coautoría funcional, no resultando conducente atribuirle un rol secundario como pretendió la defensa en su alegato...” (fs. 401).

Como con acierto lo expuso el juzgador, una vez más la grabación incorporada al juicio es útil para resolver el agravio traído por la defensa, por cuanto allí puede observarse, en consonancia con lo apreciado por el *a quo*, cuál fue el rol que tuvo Malier durante la ejecución del hecho.

En efecto, en ella se ve cómo uno de los imputados introduce su mano en los bolsillos de la víctima a fin de desapoderarlo de sus efectos personales mientras que otros atacantes le propinan golpes de puño y patadas e inmediatamente después, quien fue identificado por el tribunal de grado como Malier, hace lo mismo que el anterior, es decir, revisa con sus manos al damnificado a fin de quitarle sus pertenencias.



En tal contexto, no hay duda de que el significado jurídico que le otorgó el *a quo* a la actuación del imputado es adecuado a derecho.

Como se desprende de una lectura integral del fallo, a la luz de la prueba rendida en el debate, es claro que el “colectivo” conformado por el nombrado junto con sus compañeros codominaron la totalidad del hecho cometido, pues en esa inteligencia pueden razonablemente darse por verificados en el caso, tanto el requisito objetivo de todo supuesto de coautoría (la realización común de la decisión delictiva con división del trabajo, constatada a partir del video donde pudo verse el reparto de roles), como el subjetivo (la decisión común al hecho).

Al respecto, cabe señalar que recientemente la Corte Federal sostuvo que: *“En el marco de un sistema jurídico caracterizado, entre otros aspectos, por la pluralidad y complejidad de las fuentes del derecho, una fundamentación idónea de la sentencia tiene por finalidad garantizar el examen por parte de los justiciables de la interpretación y aplicación del derecho al caso concreto que ha realizado el sentenciante, como así también, desde una perspectiva constitucional, hacer posible un control democrático por parte de la sociedad sobre el ejercicio del poder jurisdiccional.”* (“V., D. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/amparo”, Fallos: 342:1261), de lo que puede inferirse que el control sobre la adecuación jurídica de una sentencia debe ser abordado integralmente, y no hacerse lecturas parciales de su contenido.

Cabe agregar, de todos modos, que es sabido que la complicidad secundaria puede también consistir, conforme el texto del art. 46 del Código Penal, en una cooperación “de cualquier otro modo a la ejecución del hecho” motivo por el cual, dejando a salvo que no es materia de discusión que la actuación del imputado fue durante la ejecución del hecho, lo adecuado es, en el caso, evaluar las





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 22069/2015/TO1/CNC1

características de la intervención del imputado, que como se vio, fue esencial en el marco de distribución de roles asignado y tuvo lugar durante la ejecución del ilícito. Ello lo convierte, así, en coautor. Es por ello que, más allá de manifestar su discrepancia con lo decidido, la defensa no brindó, en consecuencia, argumentos en contrario.

De esta forma, se concluye que es correcto definir su intervención en el hecho como lo hizo el sentenciante y este agravio también será rechazado.

### **V. Planteo vinculado con el encuadre legal del segundo hecho atribuido a Malier.**

La presente objeción guarda sustancial analogía con la tratada por el suscripto, entre otros, en los precedentes “**Iturbe de los Santos**” (Reg. n° 293/19, Sala III, del 25.3.19, voto del juez Huarte Petite), “**Ibarra**” (Reg. n° 1021/19, Sala III, del 5.8.19, voto del juez Huarte Petite) “**Díaz Currea**” (Reg. n° 1035/19, Sala III, del 5.8.19, voto del juez Huarte Petite), y “**Catiba**” (Reg. n° 1135/19, Sala III, del 22.8.19, voto del juez Huarte Petite), motivo por el cual entiendo que aquél debe tener favorable acogida.

En efecto, en los citados fallos consideré que la sola intervención de tres o más personas en la ejecución del delito de robo no agrava por sí sola el tipo penal del artículo 164 del código de fondo.

Recordé allí que tal como lo había sostenido reiteradamente como integrante del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 1, junto con el Dr. Vázquez Acuña, y en esta cámara a partir del precedente “**Feres**” (Registro n° 1099/17, del 30.10.17), a cuyos fundamentos cabe aquí remitirse en beneficio a la brevedad, el concepto “banda” al que hace referencia la norma mencionada debe entenderse con arreglo a la definición que, al utilizar ambos términos como sinónimos (mediante la utilización de la partícula “o”),



proporciona el artículo 210 del Código Penal, esto es, como una “asociación de tres o más personas destinada a cometer delitos”.

No obstante ello, a modo de síntesis he de decir que en tales ocasiones consideré también que cabía tener por reproducido, por iguales razones de brevedad, lo expuesto por el Dr. Lejarza en su voto en el plenario “Coronel, R.A.”, Fallos Plenarios, 1107, del 7663, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, a lo que debía añadirse el contenido de los fundados votos de los Dres. Madueño, Donna y Oubiña en el fallo plenario 111 de la misma Cámara, de fecha 4 de septiembre de 1989.

En lo sustancial, expliqué allí que admitir que la “banda” mencionada en los artículos 166, 167 y 184 pudiese estar constituida por tres personas reunidas ocasionalmente (aunque con un cierto grado de organización y división de tareas), para la comisión de un hecho concreto, significaba consagrar una forma de concebir el tipo penal que resultaba violatoria del principio de legalidad sentado por el artículo 18 de la Constitución Nacional. Sin pretender agotar con ello el tema, pues bastaría con la remisión ya efectuada a la doctrina, en el sentido propuesto por el suscripto, que surgía de los citados fallos plenarios, dije que la interpretación contraria prescindía de una inteligencia de la norma que tenga en cuenta sus antecedentes históricos, en especial, el informe de la Comisión de Códigos del H. Senado al momento de tratar el Código Penal sancionado por la ley 11.179 en cuanto propició la supresión (admitida por el plenario legislativo), de la definición que el artículo 78 proyectado brindaba al concepto de “banda”, al considerarla innecesaria por cuanto tal término ya estaba definido “con toda precisión” (sic) en el artículo 210 del Proyecto.

Así las cosas, sostuve que no parecía razonable remitirse al lenguaje usual para definir el concepto de “banda”, ni tampoco (sobre la base de su eventual consideración como delito complejo), a







## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 22069/2015/TO1/CNC1

la comparación de las escalas penales previstas para los tipos penales involucrados, ni a la posterior elevación de la escala penal, para los jefes u organizadores, en el tipo de asociación ilícita, ni por último, a otros antecedentes históricos, cuando la versión legislativa a que se llegó finalmente, no modificada a la fecha, sólo proporcionó como definición normativa, apta para completar el tipo penal en cuestión, la que aquí proponemos.

Precisé igualmente que era cierto que la posición aquí adoptada podía ser objeto de críticas. Empero, referí que autores como Soler, si bien se hacían eco de las objeciones, por lo cual propiciaron en su momento su reforma, concluyeron en que, a la luz del texto legal vigente, ninguna otra inteligencia era posible (conf. “Derecho Penal Argentino”, T. IV, págs. 233 y ss., TEA, Buenos Aires, 1978).

Por último, expliqué que debía señalarse claramente que las objeciones basadas en que la posición aquí tomada implicaría no tener en cuenta, como circunstancia agravante, la pluralidad de intervinientes en el hecho (lo cual disminuye las posibilidades de defensa de las víctimas, al infundirles mayor temor, y torna el hecho mucho más odioso para ellas, y mucho más fácil de consumar para sus autores), omitía que, dada la amplia escala penal prevista para el robo simple (de un mes a seis años de prisión), los artículos 40 y 41 del Código Penal (básicamente, el inciso 1° de esta última disposición), posibilitaban individualizar la pena concreta de una forma que tuviese en cuenta la situación atravesada por los damnificados.

Y aún más, puntalicé que con arreglo a la posición aquí adoptada, a la comisión de robo “en banda”, tal como la hemos concebido, al concurrir materialmente con la prevista en el artículo 210 del Código sustantivo (artículo 55, ibídem), le será aplicable una escala penal superior a la establecida exclusivamente por el tipo respectivo de robo “en banda”, pues tal parecía una consecuencia



lógica de la gravedad de las acciones así incriminadas, por la pluralidad de bienes jurídicos afectados.

En el *sub lite*, asiste razón a la defensa en cuanto, conforme la prueba reunida y valorada por el tribunal *a quo*, no se han agregado elementos de juicio que posibilitaran concluir, con el grado de certeza que una sentencia condenatoria requiere, que L. D. Malier hubiera tomado parte en el hecho que se le atribuye en el marco de una “asociación de tres o más personas destinada a cometer delitos” con arreglo a lo establecido en el artículo 210 del Código Penal, con los elementos de cierta permanencia y mínima organización interna que tal clase de “asociación” requiere.

Consecuentemente, a mi juicio, corresponde modificar la calificación legal en el sentido indicado al inicio de este acápite y, en razón de ello, se analizará oportunamente si el nuevo encuadramiento legal deberá tener (o no), incidencia en el caso para modificar el monto punitivo impuesto.

#### **VI. Planteo vinculado con la aplicación al caso del art. 41 quater del Código Penal**

Esta cuestión guarda sustancial analogía a la analizada por el suscripto en el precedente “López” (Reg. nº 1014/17, Sala III, rta. 18.10.17, voto del juez Huarte Petite) en el que hice mía, y di por reproducida, en beneficio a la brevedad, la reseña de los antecedentes legislativos, y del debate parlamentario que tuvo lugar con anterioridad a la sanción del citado artículo, que efectuó el Juez García en su voto emitido en la causa “Caseres, Javier Sebastián y otros s/robo con armas”, registro nro. 919/2016, sentencia del 15 de noviembre de 2016.

Concluyo, al igual que lo hizo el distinguido colega, que recurrir a tales antecedentes ofrece un débil sustento a la interpretación propuesta por la defensa, habida cuenta, entre otras cosas, que en los fundamentos que acompañaron la presentación del





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 22069/2015/TO1/CNCI

proyecto de ley respectivo (trámite parlamentario nro. 25, nota de elevación del 24 de mayo de 2001) se expresó “...que el presente proyecto de ley tiene como objetivo desalentar la *utilización* de menores para delinquir o su *intervención* en la comisión de delitos...”, con lo cual es claro que el único objeto de la reforma no era el de asignar una mayor pena a quienes “utilicen”, o se “valgan”, “sirvan” o “empleen” menores en la comisión de un hecho, sino que también era idea del legislador incluir la mera “intervención” de ellos en delitos que contasen con la participación de mayores.

Este último fue, en definitiva, el objeto a cuyo fin se dirigió la ulterior sanción, que claramente, y sin hacer distinción alguna, empleó la palabra “intervención” (de menores de dieciocho años de edad en la comisión del hecho), para dejarla plasmada así en el texto legal.

Agrego a todo ello que no puede hesitarse en afirmar que la “intervención” a la cual alude la disposición en comentario debe interpretarse en el sentido asignado a la “participación” en sentido amplio establecida en los artículos 45 y 46 del Código Penal, esto es, comprensiva de los autores, cómplices e instigadores, de modo que cualquiera de las formas de “intervención” que haya asumido el menor, y de “participación” respecto del mayor, resulta suficiente para aplicar la agravante.

De lo contrario, se alteraría, sin ningún fundamento interpretativo válido, todo el sistema de participación criminal vigente, al requerirse, sólo para los casos de aplicación de la agravante, una suerte de “autoría mediata” de parte del mayor en relación a los menores de dieciocho años, lo cual restringiría notablemente el campo de aplicación de la norma, extremo éste que en modo alguno coincide, ni con el tenor literal, ni mucho menos, con la finalidad perseguida por el legislador.



Sentado ello, tampoco es de recibo el agravio vinculado a la infracción al principio de culpabilidad que conllevaría una interpretación como la aquí propuesta.

Por cierto que con arreglo a tal principio, como con razón dice la defensa, se excluye toda responsabilidad por el hecho ajeno, y sólo debe responderse por el hecho propio.

Pero no existe vulneración alguna a dicho principio cuando la disposición en análisis se limita a establecer una agravación de pena para los mayores de edad que “participen” (término este que debe entenderse en un sentido amplio, como ya se dijo, comprensivo de los autores, cómplices e instigadores), en un hecho delictivo en el que también “intervengan” (en el mismo sentido amplio), menores de dieciocho años de edad.

Tal norma encuentra razonable fundamento en las motivaciones de política criminal que llevaron a sancionarla (como se dijo, “...desalentar a los mayores a participar en delitos en que intervengan menores...”), y no presenta ningún obstáculo, desde el punto de vista de la garantía constitucional aludida, pues en modo alguno consagra un supuesto de “responsabilidad puramente objetiva”, sino que requiere para su aplicación, como se deriva del referido principio de culpabilidad (conf. a la doctrina invariable de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Fallos: 271:297; 274:487; 282:193, considerando 4; 284:42; 289:336; 293:101, considerando 4; y 303:287, entre muchos otros), que pueda efectuarse la imputación subjetiva correspondiente sobre la base del conocimiento del mayor de la intervención de un menor en el hecho concreto que se trate.

Responderá entonces el mayor, no por un hecho ajeno, sino por uno estrictamente propio, agravado por la objetiva intervención en él (conforme a las disposiciones sobre participación establecidas en los artículos 45 y 46 del Código Penal), de un menor





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 22069/2015/TO1/CNC1

de dieciocho años edad, siempre que tal circunstancia hubiese sido conocida por aquél.

En el caso concreto de autos, el Tribunal brindó una argumentación conteste con la anteriormente desarrollada (vid fs. 400 vta./401) –a lo que corresponde remitirse en beneficio de la brevedad– y tuvo por acreditada la intervención en el hecho de Yamila Alejandra Cardozo y de Abel Sebastián Santillan (por entonces de 16 años de edad). Dada sus fisonomías, también tuvo por cierto el conocimiento por parte de Malier del rango etario del primero.

En efecto, de un modo razonable dijo el *a quo*: “...no compartimos las apreciaciones de la defensa en cuanto a que los menores de edad, conforme a las fotografías obrantes en autos tendrían aspecto de mayores, lo que pudo confundir a su defendido sobre aquella circunstancia. Mirando las mismas fotos llegamos a la conclusión opuesta, lo que demuestra que se trató de una apreciación subjetiva...” (fs. 400 vta.).

La defensa no se ha hecho cargo de rebatir de manera suficiente las consideraciones efectuadas por el *a quo*, más allá de transmitir su apreciación subjetiva sobre el punto.

No se aprecia entonces vulneración alguna al principio de culpabilidad en la aplicación al caso del artículo 41 *quater* del código sustantivo y, en consecuencia, el recurso debe ser rechazado en cuanto a lo que aquí se trató.

### VII. Planteo sobre la mensuración de la pena

En primer lugar, he de señalar que tal como lo sostuve, entre otros, en los precedentes **Rivas**” (Reg. n° 914/17, Sala III, del 22.9.17), “**Álvarez Mujica**” (Reg. n° 1217/17, Sala III, del 24.11.17), “**Barrera Piñeiro**” (Reg. n° 1284/17, Sala III, del 5.12.17) y “**Sequeira**” (Reg. n° 561/18, Sala III, del 22.5.18), acompañando en general el criterio del juez Jantus, el juicio de determinación de la pena es una facultad propia del juez y, en esa tarea, debe adecuarse a



las pautas objetivas y subjetivas previstas en los arts. 40 y 41 CP, y contener suficiente fundamentación para permitir su control.

En tal inteligencia, para que proceda la impugnación de la defensa sobre dichas cuestiones es necesario que la parte recurrente demuestre que en la decisión atacada se encuentra presente un vicio o defecto en la determinación fáctica de las circunstancias valoradas en calidad de agravantes o atenuantes, una errónea aplicación de las respectivas normas sustantivas, una vulneración a garantías constitucionales que puedan incidir en la determinación del *quantum* de pena, tornándola inusitada o desproporcionada, o en definitiva, una decisiva carencia de motivación que impidiese conocer acabadamente cuáles fueron las razones que llevaron al tribunal de mérito a determinar el monto en concreto.

Al momento de individualizar la pena el tribunal valoró que: “...en lo que hace a los aspectos objetivos y a la naturaleza de la acción, deben computarse como agravantes respecto de Malier la reiteración de hechos delictivos, así como la cantidad de sujetos activos intervinientes en cada uno de los hechos (en uno una cantidad superior a la necesaria para conformar una banda) y el grado de indefensión en que se encontraba la víctima S., por la ingesta de alcohol.

Como atenuantes valoramos su escaso nivel de instrucción y el medio social del cual proviene, sus adicciones a los estupefacientes de muy temprana edad, la situación de calle en que debió vivir parte de su vida, circunstancias que pudieron de modo alguno condicionar su autonomía personal...” (fs. 401 vta.).

Si bien lo hizo en el marco de una calificación legal distinta a la que aquí será propuesta, como circunstancia agravante debe valorarse en particular la aludida intervención plural en la comisión de ambos hechos, tal como lo mencionó el *a quo*. Ello así, puesto que la concurrencia de tal número de sujetos en su ejecución facilitó claramente su accionar y su posterior fuga en tales





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 22069/2015/TO1/CNC1

condiciones, a la par que disminuyó considerablemente la posibilidad de resistencia de las víctimas por la consecuente mayor intimidación que todo ello produce habitualmente según regla de experiencia.

Esta característica del suceso se inscribe en la consideración de la naturaleza de la acción como elemento de trascendencia a ponderar (art. 41, inciso 1º, Código Penal), y se vincula con la gravedad del hecho en tanto se trata de la manera concreta en que se efectuó el comportamiento típico, aspecto que puede y debe ser valorado al momento de medir la intensidad del reproche penal.

Por consiguiente, entiendo que las circunstancias previamente desarrolladas, si bien no alcanzan a tener por verificados los requisitos de la agravante “banda” respecto de uno de los hechos que se atribuyó al imputado, sí justifican razonablemente, en el caso, concluir en un mayor grado de intensidad en la afectación al bien jurídico vulnerado, según el modo en que el episodio se desarrolló.

A su vez, de modo contrario a lo sostenido por la defensa, la acumulación de los procesos que tuvieron a Malier como imputado en nada impide considerar cuál ha de ser la pena en función del grado de reiteración delictiva incurrido, pues tal circunstancia conduce a considerar una escala penal que, para el caso, lleva su máximo a los doce años de prisión. Tampoco puede dejarse de lado, como un agravante en contra del imputado, la vinculación de ambos hechos (y también de los que fueron objeto de juzgamiento en otras sedes, cuya sanción será unificada), con la afectación de un mismo bien jurídico (la propiedad), en un escaso lapso temporal.

En ese orden de ideas, acreditadas dichas circunstancias, no aparece como irrazonable computar en contra del justiciable su “desinterés” por “conducirse conforme a derecho”, lo cual puede subsumirse en el contexto de “los demás antecedentes personales” que tornan justificado, dentro de la escala penal establecida conforme el



artículo 55 del Código Penal, fijar el monto punitivo por encima del mínimo legal.

Debe, de todos modos y como ya se anticipó, tenerse en cuenta el cambio del marco penal aplicable con motivo de la nueva subsunción legal (art. 164, CP, para los dos hechos), que se dará a los comportamientos atribuidos a Malier.

Al respecto, no puede soslayarse la apreciable reducción en los montos mínimos y máximos de la escala respectiva que conlleva la figura que se aplicará, lo que obliga, según lo entiendo, a procurar adecuar la situación a la decisión legislativa que en su momento motivó la fijación de tales marcos y que tuvo origen, como parece evidente, en el menor grado de ilicitud y consecuente menor merecimiento de pena para las conductas subsumibles en dicho tipo penal, en comparación con las de las figuras agravadas previstas en el art. 167, CP.

En tal inteligencia, y considerando que por razones de economía procesal debe determinarse aquí el monto punitivo a imponer, entiendo que la pena por los hechos de autos debe ser fijada en un año y seis meses de prisión, y que la sanción única a cumplirse deberá ser determinada, de modo consecuente con dicha reducción, en cinco años y seis meses de prisión.

Para ello se deben tener en cuenta, además, las circunstancias atenuantes mencionadas por el tribunal de grado, considerándose que a través de la reducción propuesta ellas tienen un adecuado impacto favorable, sin que se considere, en función de las agravantes aludidas que ellas debiesen tener una incidencia mayor.

Se estima innecesaria a fin de mensurar la pena en concreto la realización de la audiencia prevista en el art. 41 del Código sustantivo, pues a partir de la observación del video de la audiencia respectiva, y de las constancias socio ambientales obrantes en el respectivo legajo de personalidad se ha tomado debido







## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 22069/2015/TO1/CNC1

conocimiento del imputado, no advirtiéndose la posibilidad de indagar más sobre tales cuestiones formulándose nuevas preguntas.

Por todo ello, considero que corresponde:

**A.** Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, casar parcialmente y, en consecuencia, modificar la calificación legal del “hecho II” –así identificado en la sentencia- por el que recayó condena contra L. D. E. Malier, el cual resulta constitutivo del delito de robo simple en calidad de coautor, e imponerle la pena de un año y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento por los hechos de la presente causa y, en definitiva, la pena única de cinco años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la mencionada en forma precedente y de las dictadas por el Tribunal Oral en lo Criminal nº 15 de esta ciudad, en la causa nº 4375, el día 06 de agosto de 2014 a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional por ser autor penalmente responsable del delito de robo de automotor dejado en lavía pública, y por el Tribunal Oral en lo Criminal nº 28 de esta ciudad, en la causa nº 4337, el día 15 de abril de 2015, a la pena de tres años de prisión por ser coautor penalmente responsable del delito de robo en poblado y en banda (arts. 164 del Código Penal, 456, inc. 1º, y 470, CPPN);

**B.** Rechazar en lo restante el recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida, todo ello sin costas (arts. 470 y 471 –ambos *a contrario sensu*-, 530 y 531, CPPN).

**El juez Pablo Jantus dijo:**

**I.** Contrariamente a la solución propuesta por mi colega Huarte Petite en el hecho consignado como nro. I, considero que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa y absolver por duda a L. D. E. Malier, conforme al artículo 3 del Código Procesal Penal de la Nación.



En efecto, observo que el *a quo* para justificar su supuesto apego a la doctrina que emana del precedente “Benítez” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 329:5556) señaló que el testimonio de la víctima, quien sólo declaró ante la prevención, fue ponderado tan sólo como corroborante de lo expuesto por los preventores que procedieron a la detención del encausado; sin embargo, a mi modo de ver, tal extremo no resulta acertado.

Sin lugar a dudas, los testimonios de los agentes policiales resultaron contestes entre sí, en cuanto a que el damnificado había sindicado al encausado como uno de los autores del asalto que había sufrido; no obstante, lo cierto es que aquellos no fueron testigos presenciales del hecho sino que se limitaron a proceder a su detención en base a los dichos de J. A. Acuña. En definitiva, es claro que el testimonio del denunciante, lejos de ser corroborante de los demás testimonios, era la única prueba directa y decisiva para reconstruir el hecho investigado, por lo que el razonamiento efectuado en la sentencia es desacertado.

Asimismo, llama la atención y promueve la duda, el hecho de que no se le haya incautado al encausado ningún elemento que lo vincule con el suceso traído a estudio, que haya diferido la vestimenta del acusado (contenida en la declaración del damnificado) con la asentada en el acta de detención, y que entre la sustracción y la posterior aprehensión haya transcurrido una hora y media aproximadamente.

Es por las razones expuestas que considero arbitrario el razonamiento desarrollado en la sentencia en revisión ya que viola tanto la regla de la sana crítica racional como el principio *in dubio pro reo* que debió necesariamente aplicarse en consecuencia.

Así las cosas, concluyo que corresponde absolver a L. D. E. Malier de acuerdo al principio consagrado en el





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 22069/2015/TO1/CNC1

artículo 3 del Código Procesal Penal de la Nación del hecho por el cual fue condenado.

**II.a.** En relación al hecho identificado como nro. II, adhiero en lo sustancial a lo expuesto por mi colega preopinante en cuanto a la acreditación del hecho, la valoración de la prueba, la intervención del imputado y el grado de participación que se le atribuyó.

*b.* Sentado ello, y en otro orden de ideas, considero que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 167 inciso 2 CP por remisión a los fundamentos que expuse al votar en la causa “Rejala Rivas” de esta Sala (Reg. n° 809/2016), en la medida en que la previsión legal de la que se trata vulnera el principio de taxatividad al no brindar una definición clara y precisa del sustantivo *banda*; mientras que no resulta posible determinarlo por vía hermenéutica ante las innumerables posibilidades que brinda la ley penal, y por importar esa tarea una violación a la prohibición de analogía que integra el citado principio de legalidad (art. 18 CN). En consecuencia, coincido como mi colega preopinante en cuanto a que debe modificarse la subsunción jurídica del hecho y aplicarse la figura básica (art. 164 CP).

*c.* Por otro lado, con relación a la interpretación del art. 41 *quater* CP me remito a las consideraciones efectuadas en la causa “Mansilla” de esta Sala (Reg. n° 1289/2019, y sus citas: Gustavo Vitale, comentario al art. 41 *quáter* CP en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, E. R. Zaffaroni [dir.] y M. De Langhe [coord.], 3ª edición, Hammurabi, Bs. As., 2019, vol. 2, pp. 259 y 262/263; Convención sobre los Derechos del Niño y causa “Villodres” de esta Sala, Reg. n° 592/2016 –voto del doctor Magariños–).

Allí concluí, procurando efectuar una interpretación racional de la norma –que le acuerde un contenido que consulte el



principio de legalidad, que concilie y armonice el resto de los preceptos legales, y que justifique el considerable aumento que opera en la escala legal-, que la agravante en cuestión no debe aplicarse sin ningún tipo de distinción por el sólo hecho de delinquir un sujeto mayor de edad con un menor de dieciocho años, sin importar la edad del sujeto activo ni qué actividad le cupo a cada uno.

Es que la protección adicional de los niños, niñas y adolescentes, respecto de los adultos que cometen delitos con ellos, vinculándolos a la actividad y fomentándola, requiere que exista entre el menor y el mayor una diferencia de edad considerable y una dinámica del hecho tal que, como se ha señalado, importe un aprovechamiento de la situación del primero, una instrumentalización por parte del segundo y una exposición del menor al delito. Por eso se ha buscado desalentar esa actividad y atender a las pautas de la citada Convención.

Ahora bien, en el caso traído a estudio, lo cierto es que no existe una diferencia considerable de edad entre el encausado (25 años) y los menores (16 años) al momento del hecho, como así tampoco es claro, a mi modo de ver, que concurra esa dinámica del hecho que permita sostener que se encuentren satisfechos tales parámetros; y tampoco el requerimiento de la tipicidad subjetiva en cuestión.

Como destacó el propio Tribunal, la observación de las filmaciones indica la existencia de un grupo de personas que, aunque de distinta edad y sexo, atacaron a la víctima bajo la modalidad de “piraña”, con lo que no puede afirmarse sin lugar a dudas que el imputado haya empleado a los niños en el sentido indicado, o que los haya expuesto de la forma mencionada. Ello, independientemente de las apreciaciones subjetivas que puedan efectuarse en base a las fotografías de Abel Sebastián Santillán y Yamila Alejandra Cardozo,





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 22069/2015/TO1/CNC1

y que no exista evidencia alguna que permita afirmar que el encausado conociera sus edades.

Como ha señalado buena doctrina, “no puede prescindirse de la voluntad concreta del agente en el hecho, la que presume el conocimiento de elementos objetivos del tipo y la voluntad de realización conforme a esos conocimientos, como componentes necesarios de la tipicidad subjetiva y habilitadores de la pena” (voto de los señores ministros Lorenzetti y Maqueda, y Zaffaroni, en CSJN, “Núñez”, N. 125, XLVI, Rto. 24/9/2013).

En consecuencia, entiendo que corresponde excluir la aplicación de la agravante prevista en el artículo 41 *quater* CP en el caso.

Sentado todo lo expuesto, propongo remitir las actuaciones a otro tribunal oral del fuero para que determine el monto de pena a imponer.

**III.** En definitiva, propongo al acuerdo: I. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, casar parcialmente la sentencia impugnada, absolver a L. D. E. Malier de las demás condiciones personales en autos, con relación al hecho I por el que fue condenado, y modificar la calificación legal del hecho II por el que también recayó condena respecto del imputado, el que resulta constitutivo del delito de robo simple, en calidad de coautor, y remitir a sorteo las presentes actuaciones para que un tribunal oral del fuero, con distinta integración, determine el monto de pena a imponer al condenado; y II. Rechazar en lo restante dicha impugnación y, en consecuencia, confirmar en lo demás la sentencia recurrida; todo lo que se resuelve sin costas (arts. 470, 471, 530 y 531CCPN).

**El juez Mario Magariños dijo:**

**I.** Con relación al agravio vinculado con la valoración probatoria expuesta en la sentencia para considerar probado el hecho



individualizado como “1”, coincido con la solución propuesta por el colega Jantus, pues el *a quo* no respetó los límites establecidos por los principios normativos propios de la tarea de reconstrucción de un suceso objeto de condena, conforme fueron definidos en los precedentes “Cajal” –registro n° 351/2015– y “Meglioli” –registro n° 911/2016– (ver los votos del juez Magariños).

Esas consideraciones evidencian que la decisión impugnada, en este aspecto, carece de fundamentación y, en definitiva, permiten concluir que los elementos de prueba producidos durante el juicio no resultan suficientes para acreditar ese suceso con el grado de certeza normativa exigible a una sentencia condenatoria. Por esa razón, corresponde concluir que la decisión recurrida, en este punto, ha efectuado una errónea interpretación y aplicación de las normas legales que imponen el método de la sana crítica racional para la valoración de la prueba (artículo 398, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación) y la regla del *in dubio pro reo* (artículo 3 del cuerpo legal citado), como derivación directa e inmediata del principio fundamental de inocencia consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Por consiguiente, corresponde casar la sentencia impugnada en este punto y, de conformidad con lo establecido en el artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación, resolver el caso mediante el dictado de la absolución del acusado (conf. artículo 18 de la Constitución Nacional y artículos 3, 398, segundo párrafo, y 470 del Código Procesal Penal de la Nación).

Para así proceder no constituye obstáculo la circunstancia de que en el caso se trate de la interpretación y aplicación de reglas contenidas en el Código Procesal Penal de la Nación (artículos 3 y 398, segundo párrafo de ese cuerpo legal), pues el carácter sustancial de tales preceptos, desde la perspectiva del recurso de casación, deriva de su directa operatividad sobre el principio fundamental de inocencia





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 22069/2015/TO1/CNC1

(artículo 18 de la Constitución Nacional), cuestión sobre la cual ya me he pronunciado en el precedente “Silvero Verón” –registro n° 108/2015– (ver el voto del juez Magariños).

A su vez, cabe recordar que a idéntica resolución del caso se arribaría, en cuanto al dictado de la absolución del imputado, si se considerase que, por aplicación de lo establecido en el artículo 471 del Código Procesal Penal de la Nación, corresponde anular la sentencia impugnada.

Ello es así pues, como fue explicado en el precedente “Papadopulos” –reg. n° 702/2016– (ver el voto del juez Magariños), a cuyas consideraciones me remito en honor a la brevedad, corresponde considerar que, en tanto la nulidad de la sentencia impugnada en el presente obedece exclusivamente a un vicio atribuible a la actuación de los órganos estatales y, por consiguiente, no imputable a las personas sometidas a proceso, la consecuencia no puede consistir en que el acusado deba soportar nuevamente un juicio, luego de haber transitado uno válidamente cumplido. Dicho en otras palabras, la anulación de la sentencia dictada por el *a quo*, originada en motivos ajenos al actuar del imputado, no puede conducir a adoptar idéntica solución respecto del debate oral y público, pues al haberse realizado de manera válida, es evidente que su reiteración importaría una franca contradicción con el principio *ne bis in idem*.

**II.** Por otro lado, coincido con los colegas en que corresponde rechazar los agravios dirigidos a cuestionar la valoración probatoria efectuada por el tribunal oral para considerar acreditado el suceso individualizado como “2”, pues la sentencia recurrida, en este aspecto, exhibe un adecuado apego a los parámetros fijados por este tribunal en los ya citados precedentes “Cajal” y “Meglioli”.

**III.** En la misma dirección, en punto a la crítica de la defensa dirigida a objetar la decisión del *a quo* de calificar jurídicamente la intervención del acusado en el episodio “2” como



coautoría (artículo 45, primera parte, del Código Penal), comparto la propuesta de los jueces Huarte Petite y Jantus.

**IV.** Disiento, en cambio, con la solución que proponen los colegas respecto del agravio vinculado con la aplicación, al hecho individualizado como “2”, del tipo penal de robo agravado por su comisión en banda (artículo 166, inciso 2º, del Código Penal), pues, al contrario de lo sostenido por el impugnante, de conformidad con lo que expliqué en el precedente “Rejala Rivas” –reg. n° 809/2016– (ver el voto del juez Magariños), se advierte que el tribunal oral interpretó aplicó correctamente la ley sustantiva, razón por la cual el agravio introducido con relación a este punto debe ser rechazado.

**V.** Finalmente, por las razones expuestas en el precedente “Villodres” –reg. n° 592/2016– (ver el voto del juez Magariños), coincido con el colega Jantus en que, con relación al hecho individualizado como “2”, corresponde excluir la aplicación de la agravante regulada en el artículo 41 *quater* del Código Penal.

**VI.** En definitiva, corresponde: I) hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto, casar parcialmente la sentencia impugnada, y absolver al acusado del hecho individualizado como “1” (artículo 18 de la Constitución Nacional y artículos 3, 398, segundo párrafo, y 470 del Código Procesal Penal de la Nación); II) hacer lugar parcialmente al recurso de casación, casar parcialmente la sentencia recurrida, y excluir, con relación al episodio individualizado como “2”, la aplicación de la agravante regulada en el artículo 41 *quater* del Código Penal (artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación y 41 *quater* del Código Penal); III) rechazar los restantes agravios (artículos 470 y 471, ambos *a contrario sensu*, del Código Procesal Penal de la Nación); IV) apartar al Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n.º 12 de esta ciudad y remitir a sorteo las actuaciones a fin de que otro tribunal establezca el monto de pena de prisión a imponer al acusado, conforme la escala legal aplicable al







## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 22069/2015/TO1/CNC1

caso; sin costas (artículos 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Lo resuelto torna inoficioso el agravio dirigido a cuestionar la determinación de la pena efectuada en la sentencia.

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

**I. HABILITAR** días y horas inhábiles del día de la fecha, en el marco del presente proceso, exclusivamente a los fines del dictado de la presente resolución, en los términos de la Acordada 14/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y 7/2020 de esta Cámara.

**II. Por mayoría, HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación interpuesto, **CASAR PARCIALMENTE** la sentencia impugnada, y **ABSOLVER** al acusado del hecho individualizado como "1" (artículo 18 de la Constitución Nacional y artículos 3, 398, segundo párrafo, y 470 del Código Procesal Penal de la Nación).

**III. Por mayoría, HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación, **CASAR PARCIALMENTE** la sentencia recurrida, **EXCLUIR** de la aplicación al caso las agravantes contenidas en los arts. 41 *quater* y 167, inciso 2º del Código Penal y, en consecuencia, **MODIFICAR** la calificación legal del hecho individualizado como "2" por el que recayó condena respecto del imputado, el que resulta constitutivo del **de robo simple** (art. 164 del Código Penal) en calidad de coautor (art. 470 del Código Procesal Penal de la Nación).

**IV. Por mayoría, REMITIR** las actuaciones a fin de que un tribunal oral de diversa integración al que previamente intervino, establezca el monto de pena a imponer al acusado, conforme la escala penal aplicable al caso.



**V. RECHAZAR** los restantes agravios; todo ello sin costas (artículos 470 y 471, ambos *a contrario sensu*, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación)

Se hace constar que los jueces Mario Magariños y Alberto Huarte Petite participaron de la deliberación por medios electrónicos y emitieron su voto en el sentido indicado, pero no suscriben la presente por no encontrarse en la sede del tribunal (Complemento Acordadas 3/2020, 4/2020, 7/2020 y 9/2020 de esta Cámara; cfr. Acordadas 12/2020, 14/2020 y 18/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y art. 399 *in fine* del Código Procesal Penal de la Nación).

Por intermedio de la Oficina Judicial de esta Cámara, regístrese, infórmese mediante oficio electrónico al tribunal correspondiente de lo aquí decidido, notifíquese, comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; LEX 100), y remítase el incidente una vez concluida la feria judicial extraordinaria (cfr. Acordada 18/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

Sirva la presente de nota de envío.

PABLO JANTUS

Ante mí:

GUIDO WAISBERG  
Secretario de Cámara

