



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1  
CCC 17185/2017/TO1/CNC1

Reg. Nro. 791 /2019

// la ciudad de Buenos Aires, a los días 14 del mes de junio del año dos mil diecinueve, se reúne la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Gustavo A. Bruzzone, Patricia Marcela Llerena y Jorge Luis Rimondi asistidos por el secretario Santiago Alberto López, a efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 401/409, en la presente causa N° **17.185/2017**, caratulada **“RODRIGUEZ DUARTE, F. M. s/ robo agravado por su comisión en poblado y en banda”**, de la que **RESULTA:**

1°) Que en fecha 21 de noviembre de 2017, el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 27 presidido de forma unipersonal por Jorge Horacio Romeo resolvió: **“CONDENAR a F. RODRIGUEZ DUARTE, de las demás condiciones personales obrantes en autos, como autor penalmente responsable del delito de robo doblemente agravado por su comisión en poblado y en banda con la participación de un menor de dieciocho años, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, accesorias legales y costas (arts. 29, 41 quater, 45 y 167 inc. 2° del C.P.; arts. 403, 530 y 531 del C.P.P.N)”** (veredicto y fundamentos obrantes a fs. 379 y fundamentos a fs. 381/396).

2°) Contra dicha sentencia, el defensor a cargo de la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Orales nro. 6, Alberto Giordano, interpuso recurso de casación (fs. 401/409), que fue concedido (fs. 410/411) y mantenido (fs. 419).

El recurrente encauzó sus agravios por la vía del 1° y 2° inciso del art. 456, CPPN.



En primer término, postuló la absolución por entender que no se encontraría debidamente acreditada la intervención de Rodríguez Duarte en el hecho imputado. Concretamente, consideró dirimente el descargo efectuado por su asistida, en tanto explicó que el día de los hechos había tenido una discusión con su pareja en el hotel donde se alojaban, y que como aquel la golpeó, ella se retiró del lugar. Así, en el camino al hospital para atenderse se cruzó con la menor de edad que luego fue sobreseída por inimputabilidad en este asunto, momento en el cual fue detenida por personal policial, por “*estar al lado de la otra mujer*” que ella no sabía que había cometido previamente el robo.

La defensa entiende que el tribunal no dio respuesta satisfactoria a esa explicación, la que, además, se vería corroborada por la constatación de las lesiones en la muñeca de Rodríguez Duarte y por el hecho de que la billetera secuestrada fuera incautada del lado de la menor de edad.

En segundo término discutió la calificación legal asignada al hecho. En ese sentido, consideró errónea la interpretación que el tribunal realizó del agravante “*banda*” aplicado al caso, por entender que no se encontraría debidamente fundada su procedencia, en tanto la mera pluralidad de intervinientes sin acreditar un mínimo de división de tareas y roles no permite su aplicación.

3º) En el plazo de término de oficina se presentó el defensor oficial a cargo de la Unidad de Actuación nro. 2 ante la Cámara Nacional de Casación Penal, Mariano Maciel, a mejorar los fundamentos (fs. 426/431).

Respecto de la acreditación de la intervención de Rodríguez Duarte en el hecho reiteró los argumentos de su antecesor, insistiendo en que existen dudas sobre esa circunstancia, lo que ameritaría su absolución.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 17185/2017/TO1/CNC1

Asimismo, tachó de errónea la calificación legal escogida, en tanto la agravante “*banda*”, a su modo de ver, debe ser definida con remisión a la asociación ilícita reglada en el art. 210 CP, lo cual, en el caso, no había ocurrido.

Como último punto, introdujo un nuevo agravio relativo a la agravante genérica de “intervención de menores de edad”, prevista en el art. 41 *quater* CP. Puntualmente, critica la afirmación del tribunal *a quo* en tanto concluyó la aplicación de la agravante por la mera constatación de la intervención de un menor de edad en el hecho delictivo, pues, la agravante exigiría que haya habido, por parte de la imputada, una utilización del menor de edad para descargar su responsabilidad aprovechándose de esa condición.

4º) Superada la etapa prevista en los arts. 465 y 468 CPPN, la presente causa quedó en condiciones de ser resuelta. Asimismo, se procedió a tomar conocimiento personal de la Sra. F. M. Rodríguez Duarte (cfr. fs. 442).

Realizada la deliberación se ha llegado a un acuerdo sobre lo que cabe resolver del modo que a continuación se expone.

El juez **Bruzzone** dijo:

### **1. Admisibilidad**

El recurso de casación deducido por la defensa es admisible, pues se dirige contra una sentencia definitiva (art. 457, CPPN), fue interpuesto por quien se encuentra legitimado para hacerlo (art. 459, CPPN), y satisface los requisitos formales de procedencia y admisibilidad (arts. 444 y 463, CPPN).

Sus agravios, referidos tanto a la errónea interpretación de la ley sustantiva, como también a la inobservancia de normas procesales, han sido bien encauzados por vía de los dos supuestos previstos en el art. 456 CPPN.



Asimismo, de acuerdo a la doctrina del conocido fallo “Casal”<sup>1</sup>, la tacha de arbitrariedad en la valoración de la prueba, determina que se debe agotar la capacidad de revisión de todo aquello que sea “revisable” en esta instancia, en donde el límite lo traza la percepción directa que los jueces del tribunal de juicio obtienen de la prueba a través de la inmediación, para la determinación de los hechos que acreditan la imputación. En definitiva se trata de eliminar todos los errores que la sentencia pueda contener.

## **2. Acreditación de la intervención de F. M. Rodríguez**

### **Duarte en el hecho**

El juez Romeo tuvo por acreditado el siguiente hecho: *“Tengo por probado plenamente, merced a la prueba testimonial producida en la audiencia de juicio oral que F. Rodríguez Duarte, el 22 de marzo de 2017, alrededor de las 11:40 horas, con la participación de una menor de edad y con el concurso de al menos un individuo del sexo masculino, interceptaron a las damnificadas, Ornella Conde Sciaroni y Mercedes Rateni, sobre la calle Pavón en dirección a la calle Salta y les exigieron la entrega de sus pertenencias, desapoderando a Sciaroni de una billetera que contenía dinero, un carnet de la obra social, un registro de conducir, la cédula de propiedad del automotor marca Fiat, dominio MXI blanco, una tarjeta de crédito VISA y a Mercedes Rateni de un teléfono celular, marca Iphone, modelo 6, de color blanco, una billetera de color marrón que contenía \$215 y un DNI, siendo detenida la imputada Rodríguez Duarte en Santiago del Estero y O’brian, junto con la menor Erratchu, secuestrándoseles pertenencias de las damnificadas. Este es el hecho que tengo por probado y es el hecho por el que el Fiscal General pidió la condena de la imputada Rodríguez Duarte.*

*No puede haber dudas sobre su comisión y sobre la culpabilidad que le cabe a la imputada, quién cometió el hecho con el*

<sup>1</sup> CSJN, Fallos: 328:3399





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 17185/2017/TO1/CNCI

*concurso de una menor de edad y de otros individuos que rodearon a las damnificadas.*

*Es Mercedes Rateni quién identifica a Rodríguez Duarte como la chica rubia, de mayor edad, que la robó. Eso lo dice Bogarín, lo dice también Lorena González, ambos policas, avalandolo que dice Rateni, quién en la audiencia expresó que al momento del hecho, reconoció a Rodríguez Duarte como la autora de la sustracción.*

*Es por eso que la versión que ensaya la imputada pierde sustento a pesar del buen alegato de su defensor oficial. Pero no es solo a instancias de una de las damnificadas que esa versión pierde credibilidad. Es también porque Lorena González nos dice que Rodríguez Duarte y la co-imputada sobreseída por ser menor se pusieron nerviosas al advertir su presencia, no pudieron justificar por qué estaban en el lugar e incluso tenían pertenencias sustraídas. Próximo a ellas estaba la cartera de Rateni, con su DNI y la suma de \$ 215 de la nombrada.*

*También tengo por acreditado que, no sólo participaron activamente de la sustracción Rodríguez Duarte y la menor Erratchu, sino también otros sujetos, quienes rodearon a las damnificadas. Al menos uno de ellos tengo por probado que tuvo activa intervención en la maniobra de desapoderamiento de las chicas damnificadas, puesto que le dijo a Rateni, yo sé que tenés más, exigiendo tácitamente la entrega de todo lo que tenía, consiguiendo que Rateni les entregue en ese momento la billetera.*

*Pero volviendo a la actividad desplegada por Rodríguez Duarte, esa actividad está probada. Lo dice Rateni. Lo dice el secuestro de la cartera de la nombrada próximo a ella y lo dice el comportamiento de las detenidas, que no pudieron justificar su presencia en el lugar, como lo dijo la policía González.*

*Es decir, todo el cuadro probatorio la sindicaliza como la co autora del robo. Su palabra entonces pierde convicción. Pierde*



*sustento, fe, credibilidad para torcer el rumbo de lo que se sostiene aquí con énfasis. Esto es la materialidad de los hechos que el Fiscal tiene por probados.”*

La defensa rechaza que Rodríguez Duarte haya tenido intervención en el hecho delictivo, para lo cual insiste en que se le ha dado una respuesta insuficiente al descargo de la condenada, quien refirió que fue detenida por la sola circunstancia de encontrarse con la menor de edad en la calle, luego de haber tenido que huir del hotel donde había sido golpeada por su pareja. En apoyo a esa tesitura, también refiere que la billetera secuestrada, perteneciente a una de las víctimas, fue habida al lado de la menor involucrada. Así, la recurrente entiende que la única vinculación entre el suceso denunciado y su asistida son los testimonios de las damnificadas, lo que a su juicio, resultarían insuficientes para desacreditar la explicación brindada por Rodríguez Duarte.

En definitiva, el descargo de la encausada busca explicar que ella no se encontraba en el lugar y momento de los hechos, pues previamente habría estado con su pareja discutiendo en el hotel donde se alojaban. Ahora bien, entiendo que la crítica intentada no tendrá éxito, pues no logra conmover la decisión adoptada.

Al respecto, las damnificadas Sciaroni y Rateni pudieron identificar a Rodríguez Duarte como una de las dos mujeres que cometieron el hecho. También describieron su intervención activamente en la sustracción de sus efectos personales; a su vez, la reconocieron por su vestimenta y apariencia. Todo lo cual se ve reforzado por el aviso inmediato a los policías, a quienes narraron espontáneamente lo ocurrido, permitiendo, momentos después, que sea aprehendida en las inmediaciones.

Cabe destacar que al momento de localizarlas, Sciaroni y Rateni identificaron inmediatamente y sin hesitación a Rodríguez Duarte y a la menor como las autoras del robo; a lo que se suma el





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 17185/2017/TO1/CNCI

hecho de que al detenerlas se recuperaron algunos de los objetos sustraídos.

En suma, los testimonios de las víctimas, y el contexto en el que se detiene a Rodríguez Duarte junto con la menor, a poca distancia del lugar de los hechos, con algunos de los elementos sustraídos, permiten tener por acreditada con certeza la imputación, sin que la tesis defensiva logre conmoverla.

Así, la defensa se ha limitado a sostener que su asistida no intervino en los hechos basándose en la presunta verosimilitud de sus explicaciones, mas sin hacerse cargo de la contundente prueba que indica lo contrario.

Por todo ello, propongo al acuerdo rechazar el agravio.

### **3. Sobre la agravante de robo agravado por su comisión en “banda”**

El tribunal de juicio entendió procedente la agravante “banda”, ahora recurrida por la defensa, de la siguiente forma: *“Estamos frente a una banda. El número de personas que en los términos del artículo 45 del Código Penal co ejecutaron el hecho, así lo demuestra. Hay un mayor poder vulnerante. Hay un mayor ejercicio de violencia sobre las personas y una situación de indefensión más evidente. Dos chicas que exigen pertenencias y un individuo que intima a que se entregue todo al espetar ‘yo sé que tenés más’.*

*Todos ellos han cometido el hecho. Han actuado en términos de coautoría. Se evidencia entonces una decisión común de cometer el delito. Rige en estos casos el principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones. Lo que hace cada uno es extensible a los demás y demuestra un mutuo acuerdo. De hecho, no olvidemos que la billetera de Ornella Conde Sciaroni y el teléfono celular de Rateni no estaba en poder de las dos mujeres detenidas, lo que demuestra la existencia de un acuerdo entre los que*



*intervinieron. Todos salieron corriendo juntos. Y las imputadas les pasaron los efectos que no pudieron ser habidos en poder de ellas a otro u otros integrantes de la banda.”*

Desde mi intervención en el caso “**Giancarelli**”<sup>2</sup> de esta Cámara, vengo sosteniendo la imposibilidad de aplicar la agravante de “*banda*” ya que el simple acuerdo de voluntades no da lugar a su aplicación sino que para ello deben darse los mismos presupuestos que exige el delito de asociación ilícita, previsto en el art. 210 CP, los cuales no han sido reunidos en el caso.

Ello es así, porque nuestra legislación de fondo no contiene una definición de “*banda*” que permita encuadrar los casos en los que procede la aplicación de la agravante en cuestión, y a falta de ella, no puede dejarse librada su determinación al criterio subjetivo del juzgador, socavando la regla de máxima taxatividad legal como derivado del principio de legalidad (art. 18, CN).

De manera tal que el art. 210, CP es la única cláusula penal a la que podemos recurrir para encontrar una definición legal del concepto, pero ella implica algo más que el simple acuerdo de voluntades de tres o más personas para cometer un hecho delictivo, dado que exige –además– una organización como estructura objetiva, de carácter estable y permanente en el tiempo, cuyos miembros se unen con la finalidad de cometer delitos en general, lo cual no se ha demostrado en el caso.

En tanto no se verifiquen estos extremos que conforman el tipo objetivo de la figura en cuestión, el concepto de “*banda*” no puede ser aplicado por carecer de la debida determinación legal.

Por lo expuesto, entiendo que, en el caso a estudio, no correspondía el agravante.

#### **4. Sobre la agravante de “intervención de menores de edad”**

<sup>2</sup> CNCCC, Sala 2, causa nro. 69.269/2013 caratulada “Giancarelli, Sebastián Ezequiel s/ robo...”, rta. 1/12/2015, reg. nro. 709/2015.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 17185/2017/TO1/CNC1

En este sentido, y tal como lo he sostenido en el caso “Villodres”<sup>3</sup>, a los efectos de la aplicación de esta agravante genérica es necesaria la comprobación, en la faz subjetiva, de que la intervención de un menor de edad en el hecho obedeciera a la finalidad de deslindar la responsabilidad en aquél, circunstancia que, a mi juicio se ha visto corroborada en el caso.

En efecto, si bien la sentencia concluyó en que la intervención de la menor justificaba la aplicación de la agravante y que, además, la condenada se habría servido de aquella para intimidar a las damnificadas, también se puede relevar de su descargo que intentó descargar la responsabilidad en la menor inimputable sobreseída, en tanto negó su intervención en los hechos, desligándose de lo que habría hecho la menor, circunstancia que justifica la aplicación de la agravante.

Por lo expuesto, corresponde la aplicación de la agravante prevista en el art. 41 *quater* CP.

### **5.**

#### **Penas a imponer.**

A partir del cambio de calificación legal propuesto, el hecho quedará subsumido en un robo agravado por la intervención de una menor de edad (art. 45, 164 y 41 *quater* CP). Frente a ese escenario la escala aplicable parte desde los cuarenta días hasta los ocho años de prisión, aunque el máximo de pena no puede, en el caso, superar los cuatro años en razón de la prohibición del *reformatio in pejus*.

La nueva escala penal impone la necesidad de reevaluar la magnitud de la culpabilidad de la condena, pues aquella se ha visto modificada de manera sustancial, lo que se advierte del mínimo legal que antes partía de los cuatro años.

Al respecto, quiero adelantar que el estudio de las circunstancias del caso me persuaden de la imposibilidad de la

<sup>3</sup> CNCCC, Sala 1, causa n° 46306/2013/TO1/CNC1 caratulada “Villodres, Daniel Esteban y otros/robo con armas”, reg. nro. 592/2016, rta. 5/8/2016.



aplicación del mínimo, lo que concluyo a partir de la especial situación de indefensión a la que se vieron expuestas las jóvenes Ornella Conde Sciaroni y Mercedes Rateni quienes fueron rodeadas por, al menos cuatro personas, dos mujeres y dos hombres, quienes se ubicaron por delante y detrás de aquellas, impidiéndoles continuar con su marcha, para sustraerles todas sus pertenencias.

Sobre las atenuantes a considerar entiendo relevante que Rodríguez Duarte no culminó la escuela secundaria, ni tenía trabajo al momento de ser detenida por el suceso por el que viene condenada. Asimismo, que desde su ingreso en el penal logró insertarse laboralmente en el taller de peluquería, y que logró dejar el consumo de drogas.

Las atenuantes y agravantes ponderadas me persuaden de la conveniencia de reducir la pena impuesta a la de dos años y tres meses de prisión de efectivo cumplimiento.

## **6. Solución propuesta**

Propongo, en consecuencia, al acuerdo casar la decisión impugnada, modificar la calificación legal asignada al hecho como un robo agravado por la intervención de una menor de edad, consumado, por el que Rodríguez Duarte deberá responder en calidad de coautora y en consecuencia, imponerle la pena de dos años y tres meses de prisión de efectivo cumplimiento. (arts. 45, 164 y 41 *quater* CP), debiendo remitir el expediente al tribunal de origen a fin de que practiquen el cómputo de pena. Sin costas, atento al éxito parcial del recurso.

La jueza **Patricia Marcela Llerena** dijo:

1. Conuerdo, en lo sustancial, con las consideraciones volcadas por el colega Bruzzone en el punto 2 de su voto, y, consecuentemente, con su conclusión de que la prueba valorada por el tribunal *a quo*, permite razonablemente sostener la imputación dirigida a Rodríguez Duarte.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 17185/2017/TO1/CNCI

2. Respecto a la aplicación del concepto “banda”, reglado en el art. 167, inc. 2°, CP cabe recordar que la Corte Americana de Derechos Humanos en el Caso “Almonacid Orellano vs. Chile” de fecha 26/9/06, estableció en su párrafo 124 que *“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*

Por su parte, la misma Corte en el Caso “Kimel vs. Argentina” de fecha 2/5/08, en el párrafo 63 sostuvo que *“Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. Al respecto, este Tribunal ha señalado que: la Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas*



*ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en los casos que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana” [En el caso en comento, se consideró que el delito de calumnias e injurias tal como está tipificado en el Código Penal Argentino contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención, con relación a los artículos 1.1 y 2 de ella].*

Asimismo en dicha oportunidad, la Corte Americana ha dicho que *“la tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana”.*

De los párrafos transcritos se reafirma la plena vigencia del principio de legalidad, reconocido por nuestra Constitución Nacional en su artículo 18. Recuerdo que este principio implica, entre otros temas, y en lo que se refiere a este caso *“el mandato de determinación”,* el que constituye *“un aspecto material del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio, burla que tendría lugar si la ley penal previa se limitase a utilizar cláusulas generales absolutamente indeterminables”* (Conf. Mir Puig, Santiago "Derecho Penal, Parte General", 7° edición, pág. 116/117).

El principio de legalidad implica establecer una función de garantía de la ley penal, y ello se relaciona con la técnica legislativa que se emplee al momento de su sanción. Así se ha sostenido que *“en los sistemas en los que domina la ley es diferente el grado de vinculación del juez; pues esta vinculación depende además*





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 17185/2017/TO1/CNCI

*de si la obra legislativa representa una regulación taxativa (codificación), prohibiendo al mismo tiempo la nueva creación del Derecho por el Juez [...], o de si se permite a la praxis que complete las lagunas según su propia sensibilidad jurídica” (Conf. Jescheck, Hans H. "Tratado de Derecho Penal. Parte General" Volumen Primero, ed. Bosch, pág. 173/174).*

El autor mencionado continúa diciendo que *“Pero incluso en un sistema cerrado, en el que rige la prohibición de la analogía, existen diferentes grados de vinculación que dependen del grado de concreción o abstracción con que está redactada la ley. Sería, sin embargo, un error creer que sólo una ley redactada casuísticamente logra la máxima coincidencia entre la sentencia judicial y el texto legal, porque sólo así se consigue una mayor vinculación del juez. Precisamente la redacción general de la norma es la mejor y más lógica forma de vincular a la jurisprudencia. El legislador puede conseguir esa redacción general, describiendo los factores típicos de cada grupo de casos” (ob.cit. pág. 174).*

Como derivación del principio de legalidad y del mandato de determinación, surge el principio de máxima taxatividad penal e interpretativa, a través del que se establece *“la prohibición absoluta de la analogía in malam parte” (Conf. Zaffaroni, Alagia, Slokar “Derecho Penal. Parte General”, ed. Ediar, 2000, pág. 111); esta prohibición no implica sostener que está vedado recurrir a la analogía como recurso del pensamiento, lo que se conoce como “argumentum a simile’ no tiene por qué ser eliminado del derecho penal: la violencia del art. 164 es análoga a la del art. 280. Cuando se aplica un principio a un cierto grupo de casos, de no haber una disposición legal o razón válida que diga lo contrario, no media razón para abstenerse de aplicarlo a otro que se halle en una relación esencial con éste” (Zaffaroni Alagia Slokar. ob cit. Pág.113).*



Por otra parte, y siguiendo con lo sostenido en la obra ya mencionada, y en aplicación del principio de mayor taxatividad penal *“Dentro del alcance semántico de las palabras legales puede haber un sentido más amplio para la criminalización o uno más limitado o restrictivo. Las dudas interpretativas de esta naturaleza deben ser resueltas en la forma más limitativa de la criminalización”* (interpretación restrictiva del tipo penal) [ob. cit, pag. 113].

La Real Academia de la Lengua Española, en el Diccionario de la XXI edición, entre las definiciones de banda que más se adecuan al caso en análisis se dice que es *“grupo de gente armada”*. Por su parte en su edición XXII ([www.rae.es](http://www.rae.es)) incluye otra aceptación referida a una pandilla juvenil con tendencia al comportamiento agresivo. Por su parte, el mismo diccionario establece que grupo es una pluralidad de seres o cosas que forman un conjunto, material o mentalmente, considerado. Y que por pandilla se entiende una liga que forman algunos para engañar a otros o hacerles daño.

En el mismo sentido semántico, el Diccionario nos provee el concepto de asociación diciendo que es el conjunto de los asociados para un mismo fin y, en su caso, persona jurídica por ellos formada.

Por su parte, en el Diccionario Panhispánico de dudas, primera edición, año 2005, se dice que banda, significa, entre otras cosas, *“grupo organizado de gente armada, especialmente con fines delictivos”* y *“pandilla de jóvenes con tendencia al comportamiento agresivo”*. En este último supuesto, se lo relaciona directamente con las *“maras”*.

Como primera conclusión podemos extraer que por banda, semánticamente, se hace referencia a un grupo de personas que están armadas, y que por el otro hace referencia a un grupo de jóvenes





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 17185/2017/TO1/CNCI

con tendencia a determinado comportamiento que puede o no ser delictivo.

Ahora bien, de conformidad a lo que se transcribiera en párrafos anteriores, se destaca que cuando se analiza el significado de las palabras surge que no existe ninguna referencia a la cantidad de personas que puedan conformar una banda, grupo, pandilla o asociación.

Veamos ahora, si la palabra banda, en el mandato de determinación y como elemento normativo, presenta conflictos de interpretación.

A partir del Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, in re “Quiroz” año 1989, se ha sostenido que a los fines de la configuración del delito de robo o daño agravado por banda, era suficiente la concurrencia de tres o más personas que realicen actos de ejecución con división de funciones, esto es que tres personas, como mínimo, puedan ser consideradas “coautores funcionales” (art. 45 CP)

Enfrentada a esta postura se encuentra la que reclama que para la configuración de la banda, se deben verificar los requisitos de la asociación ilícita (art. 210 CP).

Asimismo cabe señalar, que parte de la doctrina como de la jurisprudencia sostiene que no existe una definición o concepto legal de banda. [Para las diferentes posturas me remito en honor a la brevedad al trabajo de Julio López Casariego “Banda: no hay un concepto legal en la Argentina” L.L. on line].

En la Causa n° 6137 de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, actual Cámara Federal de Casación Penal, in re “Duarte Castro, María Angélica s/ recurso de casación”, se plasman las tres posturas indicadas. La primera sostenida por el Dr. Riggi, en coincidencia con la mayoría del Plenario “Quiroz, Julio” del 4/9/89 ya



mencionado, el que fue precedido por el fallo plenario “Coronel, Rogelio” del 7/6/63.

La segunda defendida por el Sr. Juez Tragant, quien coincide con lo sostenido en el histórico Plenario “Mouzo” de fecha 28/7/44, y en el fallo “Casanova” del 24/11/53, ambos de la Cámara del Crimen. Entre los que sostiene esta postura cabe recordar a Núñez, Soler, Molinario, Donna, entre otros. En igual sentido, la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, en pleno, in re “Olmos, Roque” del 07/12/05, donde se concluye que *“La sola concurrencia de tres o más autores en la ejecución de un robo no satisface el concepto de banda previsto en el art. 167, inc. 2do. del Código Penal”*. Por último, el voto en minoría del Juez Bruzzone, in re “Benítez Becerra, W. A.” Sala I de la C.C.C. del 21/9/05.

Por su parte, la Dra. Ángela Ledesma sostiene que cualquiera de las dos posiciones anteriores, deben acudir a fin de su fundamento a *“una interpretación extensiva o analógica en contra del imputado al recurrir a otro artículo del Código Penal (210) para poder dar fundamento a la agravante. De tal forma, éstas se encuentran reñidas con el principio de legalidad, en razón de que buscan completar la laguna dejada por el legislador, interpretando in malam parte la norma penal”*. Con cita del trabajo de López Casariego, ya mencionado precedentemente, sostiene que si el legislador no determinó el significado del concepto banda, no es posible completar la laguna acudiendo a otras normas. En igual sentido, el voto del Sr. Juez Pablo Jantus, in re “Belisone, Héctor Oscar y otra” Causa n° 5041 del TOM n° 1, del 29/8/08, en el que se mencionan, también, los antecedentes de la C.A.D.H.

Sin perjuicio de lo dicho, de seguido, se tratará de determinar si es posible fijar el concepto de banda, recurriendo al *“argumentum a simile”* (confr. Zaffaroni, Alagia, Slokar. ob cit, ya





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 17185/2017/TO1/CNCI

citada en párrafos precedentes), y que al mismo tiempo se respete la interpretación restrictiva del tipo penal.

Para ello, veamos de qué forma está utilizada la palabra banda en el Código Penal.

En los artículos 166, inc. 2°; 167, inc. 2° y 184, inc. 4° sólo se hace referencia a esta palabra. Por el contrario, en el art. 210 se sanciona la acción de tomar parte en una asociación o banda de tres o más personas destinadas a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Como primera reflexión cabe destacar que en el tipo penal indicado en último término, el legislador recurrió a la conjunción disyuntiva “o”. Según *“Gramática de la Lengua Castellana”* de la Real Academia Española, una conjunción es una palabra que sirve para juntar, atar, o trabar entre sí las demás partes de la oración; a su vez, la conjunción disyuntiva es la que denota alternativa entre las cosas.

Ahora bien, si recordamos lo expresado con relación al principio de legalidad y al mandato de determinación, la alternancia entre asociación o banda del art. 210, contenido dentro de dicho tipo penal, implica que ambos conceptos deben reunir las mismas características, siendo que solamente al analizar del tipo objetivo, sin duda se requiere una organización, ya que en él, se agrava la pena del jefe u organizador. Además, al plantearse la alternancia, a través de la conjunción disyuntiva “o” se requiere que la asociación de tres o más personas o la banda de tres o más personas estén (en ambos casos) destinadas a cometer delitos. Este elemento correspondería, por lo tanto probarlo en cada caso en concreto.

Esta estructura organizada dentro del mismo Título VIII de los Delitos contra el orden público, se desprende de los artículos 210bis, 213bis y 213ter, cada uno de ellos con sus elementos normativos y descriptivos propios. La misma alternancia entre asociación o banda, surge del art. 278, párrafo 1b), texto según Ley



25.246, al agravar la pena del delito de lavado de activos cuando se realice como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esa naturaleza. A poco que se piense en la propia estructura del delito de lavado de dinero se concluye que necesariamente debe existir una organización y en el caso en concreto ésta debe caracterizarse por la comisión continuada de hechos, lo que implica continuidad. Entiendo, por lo tanto, que extraer el concepto de banda del art. 210, y limitarlo a la cantidad de personas, que allí se mencionan (tres o más) resulta una creación pretoriana que no se adecua, eventualmente a un “*argumentum a simile*” ya que solamente se toman aquellos datos o características que pueden solucionar el conflicto.

Entiendo, además, que no se puede recurrir a un “*argumentum a simile*” comparando el art. 167, inciso 2° CP con otras normas que específicamente contienen en su prescripción, agravantes por la concurrencia, participación o comisión de una pluralidad de personas, estén éstas organizadas o no. Así, arts.: 80, inciso 6°; 92; 104; 105; 119, inciso d) según ley 25.742; 142*bis*, inciso 6°; 145*bis*, inciso 2° texto según Ley 26.364; 145*ter*, inciso 3° texto según Ley 26.364; 167*quater*, inciso 6° según ley 25.890; 170, inciso 6° según ley 25.742; 238, inciso 2°, todos del CP.

Advierto que el legislador incluso en los distintos supuestos enumerados a título ilustrativo ha utilizado distintos verbos como se adelantara: concurrir, participar, cometerlo que desde los criterios de participación criminal, nos coloca frente a distintos supuestos, que no implican necesariamente que nos debamos enfrentar a una coparticipación funcional, requisito que sí se atribuye en parte de la jurisprudencia a la “*banda*”.

En las Leyes penales especiales, sucede otro tanto.

El art. 865, texto según Ley 25.986 del Código Aduanero Ley 22.415, en su inciso a) agrava la pena del contrabando cuando en





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 17185/2017/TO1/CNCI

él intervienen tres o más personas en calidad de autor, instigador o cómplice. De ello se extrae que es el legislador y por razones de política criminal quien determina en cada caso, cómo debe ser la participación de un conjunto de personas, para agravar la penalidad.

Por su parte, el art. 25 de la Ley 22.421, agrava la pena cuando el hecho se cometa de modo organizado por el concurso de tres o más personas. Nuevamente aparece la organización, aunque no necesariamente las personas deben ser coautores.

En el art. 11, inciso c) de la Ley 23.737 se determina que se agrava cuando en los hechos intervengan tres o más personas organizadas para cometerlos. En este supuesto, nuevamente se requiere la constatación de la existencia de una organización aunque no se exija, en este caso y por el mandato de determinación, la constatación de los demás requisitos del art. 210 del Código Penal (Conf. Sala I, Cámara Nacional de Casación Penal, in re “**Seccia, Luis F. y otros**” 23 de Marzo de 2000 L.L. 2001B, 378). Por otra parte, nuevamente al pensar en las características de las operaciones de tráfico ilícito de estupefaciente, fácil es colegir de que en una gran cantidad de supuestos, se deberá recurrir a una organización o “empresa criminal” para llevarlo a cabo.

Al respecto, resulta íntimamente relacionado lo establecido por la Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional, ratificado por nuestro país a través de la Ley 26.632, cuando en su art. 2, al definir lo que es un “*grupo delictivo organizado*”, incluye la referencia a la cantidad de personas tres o más, agregándose la organización, la existencia temporal, la actuación concertada para cometer delitos con la finalidad de obtener beneficios económicos o materiales. Sin perjuicio de señalar que entre las definiciones surgen otros extremos, por ejemplo de “*grupo estructurado*”; nuevamente tenemos una norma que pertenece al



“hard law” y dentro de la finalidad de la convención limita la posibilidad de interpretación de los actores.

Ninguna definición existe de banda en el Código Penal Argentino (confrontar art. 77).

En consecuencia, y sobre la base de lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re “**Acosta, Alejandro**” Fallo del 23/4/08, en el sentido de que *“para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802) cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de la interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal”*.

Con ello como horizonte, recordando lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los antecedentes referidos al comienzo del presente voto y frente a la imposibilidad de efectuar la exégesis que reclama el máximo Tribunal del país, en razón de que no existe acuerdo semántico y por el contrario, nos enfrentamos a un concepto que no es unívoco ni estricto; entiendo que en el hecho acreditado, no se determinó ni una organización ni una





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 17185/2017/TO1/CNCI

estructura, razón por la cual el delito endilgado resulta constitutivo de un robo simple (art. 164 CP).

En consecuencia, y con estas consideraciones, comparto la solución del caso propuesta en el voto que lidera el acuerdo.

3. Con relación a la sugerencia de modificar la calificación legal en lo que refiere a la agravante del 41 *quater* CP, advierto que se trata de un aspecto que fue esgrimido como motivo de agravio en el término de oficina por la parte recurrente.

Al respecto, he señalado con anterioridad, que: *“...una vez admitido a trámite, el recurso de casación se encuentra regido por el art. 445 del código de forma que ciñe la jurisdicción de revisión del tribunal superior ‘sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los motivos del agravio’. Estos motivos deben expresarse en el escrito de interposición dado que el código no permite que una vez interpuesta y concedida la impugnación, el recurrente introduzca nuevos motivos de agravio. Es por ello que el art. 466 del ordenamiento procesal sólo autoriza la ampliación de los fundamentos ‘de los motivos propuestos’ en la interposición del recurso, y no admite la presentación de otros nuevos...”*<sup>4</sup>. También he dicho, que *“...No obstante ello, entiendo que esta Cámara debe tomar intervención con relación a aquellos agravios que denuncian la validez de alguna disposición de la sentencia de condena, en la medida en que se trate de nulidades ‘que impliquen violación de las normas constitucionales’, (...) En definitiva, (...) si tal clase de nulidades pueden ser declaradas de oficio en cualquier estado y grado del proceso (art. 168, segundo párrafo, CPPN), debe admitirse que los recurrentes puedan llamar la atención a esta Cámara sobre tales nulidades en el plazo de oficina, aunque no hubiesen constituido un motivo de agravio al momento de la interposición del recurso...”*<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Cn° 12.940/2012, “Torales Martínez, Héctor César”, Sala 1 CNCCyC, Reg. n° 1352/2018, rta. 24/10/2018.

<sup>5</sup> Cn° 46.935/2014, “Benítez, Julio Alberto”, Sala 1 CNCCyC, Reg. n° 1191/2018, rta. 26/9/2018.



Por lo tanto, entiendo que no corresponde, en este caso, introducirse en el análisis de la corrección de la asignación jurídica.

Ello, toda vez que, en estas condiciones, a mi criterio implicaría suplir la deficiencia recursiva en la que incurrió una de las partes, lo que significaría una afectación a la imparcialidad que debe mantener el juzgador en su labor; y, a su vez, del derecho de defensa de la contraria, por cuanto se la priva de toda posibilidad de pronunciarse sobre el punto, el cual es tratado de manera sorpresiva y sin su conocimiento.

4. Atenta a que en función de la deliberación concuro con la calificación legal que en definitiva propone el colega Bruzzone, corresponde expedirme acerca del monto de pena a imponer en el caso.

Al respecto, cabe recordar que: *“las penas privativas de libertad divisibles por razón del tiempo se cuentan en unidades de días, meses o años, pero ninguno de los elementos objetivos o subjetivos que se enuncian en los dos incisos del art. 41 CP tienen una correspondencia aritmética exacta en días, meses o años. De modo que la medida de la pena es el resultado de una consideración global de la gravedad objetiva del injusto, a la luz del inciso 1, y de su confrontación con referencias objetivas que hacen a la culpabilidad por ese injusto, o en su caso, la presencia de razones subjetivas que permiten responder en una medida menor que la adecuada al reproche de culpabilidad, a la luz del inciso 2”*.<sup>6</sup>

Sobre esa base de análisis, y tras haber tomado conocimiento personal de la Sra. Rodríguez Duarte, acompaño la pena propuesta por el colega Bruzzone, porque entiendo que la pena de dos años y tres meses de prisión resulta ajustada en función de la magnitud del injusto y de la culpabilidad por el hecho.

<sup>6</sup> Cfr., voto del Juez Luis M. García en causas “Ramos Albitrez” y “Bardón” (ob. cit.), y causa “Pérez, Walter”, también de esta Sala I, rta. 5/10/16, Reg. n° 774/16.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 17185/2017/TO1/CNC1

En este sentido, la rebaja dispuesta satisface la necesidad de adecuar la magnitud del injusto a la nueva escala legal del hecho, esto es, robo simple agravado por la intervención de una menor de edad, y atiende a las buenas circunstancias personales relevadas durante la audiencia de visu. Todo ello, sin dejar de responder a la mayor gravedad del hecho por la pluralidad de intervinientes en tanto conculcaron las posibilidades de defensa de las víctimas.

### **Así voto.**

El juez **Jorge Luis Rimondi** dijo:

1. Comparto en un todo las consideraciones expuestas en el punto 2 del voto del colega Bruzzone, así como también, relativas a la agravante prevista en el art. 41 *quater* CP. En este sentido, como juez integrante de la Cámara de Apelaciones del fuero ya tuve oportunidad de expedirme sobre el punto en el fallo “**T., L. D.**”<sup>7</sup>, en concluí que exige que el mayor de edad actúe procurando aprovecharse de la intervención del menor para descargar su responsabilidad penal en éste, circunstancia que, tal como lo expuso el colega, se encuentra acreditada.

2. Sin perjuicio de ello, y advirtiendo que los colegas han coincidido en lo que respecta a la exclusión del agravante prevista en el art. 167, inc 2°, CP<sup>8</sup>, en ese punto habré de dejar asentada mi disidencia con la propuesta del voto que me antecede.

En este sentido, considero que las características que se le reconocen a la asociación ilícita (art. 210 *ibídem*) vienen dadas por la finalidad de cometer pluralmente delitos (“*destinada a cometer delitos*”), a excepción de la multiplicidad de intervinientes, que si tiene su fundamento en los términos “*asociación o banda*”, de los que se delimita en el tipo su cantidad mínima (“*tres o más personas*”). Entiendo que esta es la solución más acorde con una interpretación

<sup>7</sup> CNACC, Sala 7, causa nro. 30.588/2018/CA2 caratulada “**T., L. D. S/** Procesamiento. Robo tentado agravado. Menores 3/7”, rta. 5/7/2018.

<sup>8</sup> CNCCC, Sala 1, causa n° 68622/2014/TO1/CNC1, caratulada “Garzón Ruiz, William Mauricio s/ robo con arma”, reg. nro. 1395/2018, rta. 2 de noviembre de 2018.



sistemática del cuerpo sustantivo, ya que, de lo contrario, no llegaría a explicarse el por qué otros delitos cometidos por la asociación ilícita (por ej. hurto, art. 162 o falsificación de instrumento, art. 292) no se calificarían por esta sola circunstancia.

Veo limitada la función del art. 210 citado a la cantidad mínima aludida (tres personas) ya que es la única referencia legal con la que se cuenta. De este modo, con la intervención de tres personas queda, en principio, calificada la comisión del robo. Ahora bien y como en otros supuestos típicos, considero que el fundamento de la agravante radica en el aumento del poder ofensivo de los agresores. La doctrina es pacífica a este respecto, por ejemplo, en el homicidio calificado por el concurso premeditado de dos o más personas (art. 80 inc. 6°, CP). En consecuencia y en la que al robo respecta, la pluralidad apuntada solo tendrá relevancia típica en los casos en el que el medio comisivo haya sido la violencia en las personas, único supuesto en el que la multiplicidad de agresores puede importar un aumento de la ofensa. Por el mismo motivo, entiendo que solo serán relevantes quienes hubieran brindado su aporte en la ejecución del hecho (en igual sentido mi voto en CCC, sala Ia., causa 26070, “Cuevas Abasolo”, rta. El 24/6/2005, entre otros).

Sentada mi posición sobre este particular, considero que el sustento fáctico del caso, tal y como se tuvo por probado, resiste la aplicación de la agravante del inciso 2° del artículo 167, CP.

**3.** Corresponde, entonces, rechazar el recurso de casación interpuesto, y confirmar la sentencias en todos los puntos que fueran materia de agravio. Con costas, en razón del resultado.

En virtud del acuerdo que antecede, por mayoría, la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal **RESUELVE:**

**1) HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la defensa, **CASAR** la sentencia en lo que refiere a la calificación





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 17185/2017/TO1/CNCI

legal asignada al caso, modificándola por la de coautora del delito de robo agravado por la intervención de una menor de edad (art. 45, 164 y 41 *quater*, CP), y en consecuencia, **IMPONER** la pena de **DOS AÑOS y TRES MESES** de prisión de efectivo cumplimiento, debiendo el tribunal de origen practicar un nuevo cómputo de pena.

2) **RECHAZAR** el recurso de casación en los restantes motivos de agravio, sin costas atento al resultado parcialmente exitoso (arts. 455, 456, 465, 530 y 531 CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N y lex 100) y remítase al tribunal de procedencia, debiendo el tribunal notificar personalmente a la imputada, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

PATRICIA M. LLERENA

GUSTAVO A. BRUZZONE

JORGE LUIS RIMONDI

Ante mi



---

*Fecha de firma: 14/06/2019*  
*Firmado por: GUSTAVO A. BRUZZONE,*  
*Firmado por: PATRICIA M. LLERENA*  
*Firmado por: JORGE LUIS RIMONDI, Juez de Cámara*  
*Firmado(ante mi) por: SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ, Secretario de Cámara*



#29902736#237343689#20190614123735281