



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 30329/2016/TO1/CNC1

Reg. n° 2635/2020

/// la ciudad de Buenos Aires, al primer día del mes de septiembre 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 Pablo Jantus, Mario Magariños y Alberto J. Huarte Petite, asistidos por el secretario actuante, Guido Waisberg, a efectos de resolver en la causa n° CCC 30329/2016/TO1/CNC1, caratulada "Rivero, \_\_\_\_\_ y otros s/ robo con armas".

### **RESULTA:**

**I.** El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 24 de esta ciudad resolvió condenar a \_\_\_\_\_ Rivero a la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas, como coautor del delito de robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda y por la participación de un menor de dieciocho años de edad (fs. 231 y 233/250).

**II.** Contra esa sentencia, la defensa interpuso recurso de casación (fs. 261/267), que fue concedido (fs. 268) y mantenido (fs. 272), y al que la Sala de Turno de esta Cámara otorgó el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 274).

**III.** En el término de oficina, contemplado en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del mismo código, la defensa realizó una presentación (fs. 278/283).

**IV.** Superada la etapa contemplada en los artículos 465, quinto párrafo y 468 CPPN, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

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

### **Y CONSIDERANDO:**



**El juez Pablo Jantus dijo:**

I. Al momento de fallar el Tribunal tuvo por probado que el 22 de mayo de 2016, alrededor de las 07.00 horas, \_\_\_\_\_ Rivero y los menores de edad \_\_\_\_\_ Artaza -de 17 años- y \_\_\_\_\_ Monserrat -de 13 años-, abordaron de común acuerdo a \_\_\_\_\_ Bello cuando caminaba por la calle Salta, cerca de la intersección con pasaje Ciudadela, de esta Ciudad; Artaza lo tomó por las espaldas y arrojó al suelo, y luego reducirlo con la ayuda de Rivero lo despojaron de su teléfono celular, recibiendo la víctima cuando se incorporaba un golpe en su cabeza por parte de Monserrat; y se dieron todos a la fuga.

II.a. En primer lugar, la defensa se agravió por arbitrariedad en la valoración de la prueba para tener por probada la intervención de tres sujetos en el hecho -en alusión a la participación de Montserrat- y, en consecuencia, fundar la aplicación de la agravante contenida en el art. 167 inciso 2 CP.

En ese sentido, señaló que el Tribunal descartó su alegato concerniente a que no existió una intervención consensuada de tres personas durante el transcurso del hecho, sosteniendo que “la pretensión de la defensa respecto de que la actuación del niño Monserrat resultó sorpresiva y autónoma del accionar desarrollado por Artaza y Rivero no puede ser aceptada pues justamente las imágenes de la filmación obtenida sobre las que la defensa hace hincapié para afirmar que el pequeño actuó ya cuando Rivero se retiraba, desconoce que se hallaban juntos e interactuando desde tiempo antes de que el damnificado pasara por el lugar y además que así también se mantuvieron hasta buen tiempo después cuando fueron detenidos por personal policial (...) Pretender en este contexto que no hay acuerdo de voluntades importaría desconocer cómo se desarrolla esta modalidad delictiva donde el actuar mancomunado es el que permite el éxito de la sustracción, es el actuar del grupo, su presencia





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 30329/2016/TO1/CNC1

asociada, la que incluso garantiza la no intervención de terceros y que la propia víctima desista de cualquier pretensión de recuperar a través de una persecución (...) De allí que no es viable sostener que la intervención de Monserrat en apoyo de sus compañeros, aun cuando se lo observa acometer sobre Bello una fracción de segundos después de que Rivero empiece a alejarse con el botín que obtuvo, pueda resultar un accionar aislado y sorpresivo como sostiene la defensa”.

Luego, afirmó que ese análisis resulta arbitrario, pues destacó que el hecho se encuentra filmado y describió la secuencia del robo. Indicó que en la filmación se ve a tres personas y que el Tribunal las identificó como Monserrat (joven menor de edad con capucha blanca), Artaza (joven menor de edad también con gorra blanca de Adidas) y Rivero (hombre con campera oscura con capucha y mochila verde).

Luego de relatar la secuencia del hecho, afirmó que no existe ningún elemento que permita afirmar una división de tareas planificada, un plan elaborado ni la intención de proceder a sustraer las pertenencias de Bello en grupo para asegurar las posibilidades de consumir el delito.

A raíz de ese análisis, concluyó que de la filmación se desprende que la decisión de despojar de sus pertenencias a Bello fue tomada por el joven de gorra blanca y por el que llevaba una mochila verde –Artaza y Rivero–.

También señaló que no puede afirmarse que haya existido una decisión de hacer partícipe a Montserrat y que no se desprende, de parte de Bello, que aquel le hubiese gritado o solicitado un pedido de colaboración. En ese sentido, la defensa sostuvo que la decisión fue adoptada en la inmediatez del momento, sin planificación.

Agregó que “tampoco convierte en partícipe, a un menor de 13 años de edad que había consumido, su decisión de acercarse al damnificado con la única finalidad de agredirlo”.



Concluyó que se está frente a un grupo que vivía en situación de calle, a quienes se los observa consumiendo y en mal estado.

En definitiva, solicitó se modifique la calificación legal y se aplique al hecho la figura del robo simple.

*b.* En segundo lugar la parte recurrente se agravió por errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 167 inciso 2 cit.).

Luego de observar que la decisión mayoritaria resultó arbitraria en tanto no dio tratamiento a su planteo relativo a la necesidad de que el grupo cuente con organización, destacó que el concepto *banda* no se encuentra definido en el Código Penal, indicó que sostener que una interpretación correcta es la mera participación de tres o más personas afecta el principio de legalidad y observó que eventualmente no concurren en el caso los requisitos del tipo objetivo previsto en el art. 210 del mismo ordenamiento, ni se trata de un grupo integrado por cuatro sujetos. Citó jurisprudencia de esta Cámara relativa a las distintas posturas que reseñó.

Por esas razones, entendió que la interpretación efectuada del tipo penal por la mayoría del tribunal es errónea, por lo que corresponde casar la sentencia y excluirlo de su aplicación al caso.

En su presentación en términos de oficina solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la norma, con cita de los fundamentos que expuse en mi voto en el caso “Rejala Rivas” de esta Sala (Reg. n° 809/2016).

*c.* Por último, la defensa postuló otro supuesto de errónea interpretación de la ley sustantiva, esta vez respecto de la agravante del art. 41 *quater* CP.

La defensa señaló que para calificar la conducta de Rivero con base en ese tipo penal no es suficiente la mera presencia de un menor de edad en el hecho sino que además es necesario que haya existido un interés de aprovecharse de esa presencia por parte del adulto, de





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 30329/2016/TO1/CNC1

emplearlo como instrumento para evitar su punibilidad, de obrar como autor mediato y descargar en él la responsabilidad.

Indicó que el sentido amplio del concepto utilizado por el Tribunal implica una afectación al citado principio de legalidad y que la mención a la definición que ofrece la Real Academia Española no aporta claridad para distinguir en qué casos corresponde aplicar la agravante.

Criticó que la argumentación fue autocontradictoria toda vez que el *a quo* recurrió a una interpretación gramatical y conforme el significado que la Real Academia Española atribuye a la palabra “intervención” pero que no lo hizo para explicar el concepto de banda.

Cabe aclarar que en su presentación en término de oficina se refirió sólo a Montserrat, como menor de edad interviniente en el hecho.

Por esas razones, solicitó que la sentencia se case y se resuelva conforme a la ley y doctrina expuesta.

**III.** Para resolver del modo indicado el Tribunal valoró el testimonio del damnificado Bello y el registro fílmico proporcionado por el Centro de Monitoreo Urbano de la Policía de esta Ciudad.

Explicó que la declaración de la víctima ofrece plena credibilidad toda vez que, sin perjuicio de la discrepancia con las imágenes captadas respecto al número de atacantes, todo quedó registrado por la cámara de tipo “domo” que captó desde el momento en que el damnificado ya estaba en el piso mientras era sujetado y agredido por Artaza, como la inmediata intervención de Rivero y de Monserrat.

El Tribunal descartó la alegación de la defensa relativa a la actuación que cupo a Monserrat en el suceso –que haya sido sorpresiva y autónoma de la desarrollada por Artaza y Rivero–, con sustento en que las imágenes muestran que el grupo se hallaba junto e interactuando tiempo antes de que el damnificado pasara por el lugar;



y que así se mantuvieron hasta tiempo después cuando fueron detenidos.

Destacaron también los colegas que los tres sujetos formaban parte de un grupo más numeroso, que Rivero integró parte de aquel y que poco antes del hecho se encontraba hablando con las mismas personas a escasos metros de donde luego fue atacado Bello.

El tribunal indicó así que existió un acuerdo de voluntades y que ese actuar mancomunado es lo que permitió el éxito de la sustracción.

También señaló que el material fílmico no deja lugar a dudas de que ha sido el detenido e identificado como \_\_\_\_\_ Rivero en poder de quien se secuestró la mochila verde y a quien se observa en toda la filmación.

Luego, el Tribunal calificó el hecho como robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda y por la intervención de menores de 18 años de edad.

Explicó las razones por las cuales descartó como agravante el empleo de armas, que había postulado el Ministerio Público, en base a la falta de secuestro del elemento y la escasa precisión que pudo aportar el damnificado respecto a sus características, lo que impidió incluirlo dentro de tal concepto al objeto que lastimó al damnificado. Agregó también que del registro fílmico no pueden apreciarse las características del elemento y que, sin perjuicio de la herida sangrante que requirió dos puntos de sutura, no puede encuadrarse la conducta dentro del delito de robo con armas. Sostuvo que para poder incluir la conducta en la calificación legal del art. 166 inciso 2 CP es necesario acreditar la peligrosidad real y objetiva del instrumento, su capacidad para provocar un daño y poner en riesgo cierto la integridad física de la víctima. Por esas razones, rechazó la aplicación de ese tipo penal.

Por otra parte, respecto a la agravante *banda* prevista en el art. 167 inciso 2 CP, el Tribunal, por mayoría, indicó que basta para su





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 30329/2016/TO1/CNC1

aplicación la intervención de tres o más personas en el hecho con funciones divididas, en cumplimiento de un plan único y común. Señaló que la exigencia reside en una actuación concreta, en el ataque por aquella pluralidad de intervinientes contra la propiedad ajena, mientras que la asociación ilícita reprime un verdadero acto preparatorio que no requiere aquella otra actividad delictiva específica.

Por último, respecto a la agravante del art. 41 *quater* CP, consideraron los colegas, por unanimidad, que el término *intervención* debe ser entendido en sentido amplio y no como un supuesto de autoría mediata, pues no es ese el texto legal sancionado y que no puede emplearse siempre en estos supuestos al menor de edad como mero instrumento.

Recurrieron a una interpretación gramatical del término *intervenir* y sostuvieron que en ninguna de sus acepciones se alude a expresiones tales como *se valiere*, *serviere* o *determinare*. A raíz de ello, entendieron que no se puede concluir que el verbo típico exija que los menores hayan sido usados por los mayores como instrumentos para llevar a cabo la actividad delictiva. Por lo tanto, señalaron, la intervención en un delito se limita a la participación del menor en la comisión del hecho y que aquello no vulnera los principios de proporcionalidad de la pena ni de racionalidad ni ninguna otra garantía constitucional.

Analizaron que desde el punto de vista objetivo basta demostrar la intervención de los menores en el hecho delictivo común y su acreditada minoridad (cfr. fs. 72 y 86); y desde el punto subjetivo, la agravante demanda el conocimiento del adulto acerca de la minoría de edad de quien tomó intervención junto a él en el hecho, circunstancia que en este supuesto es dable predicar ya que la minoría de edad de Monserrat era evidente a simple vista.



IV. Con relación al primer agravio que trae el recurso corresponde señalar que los parámetros que a mi modo de ver deben ser tenidos en cuenta a la hora de revisar la sentencia desde el tribunal de casación, han sido desarrollados *in extenso* al resolver en la causa nº 11375/2013/TO1/CNC1, caratulada “Mansilla, Pablo y otro s/ lesiones leves” (Rta. 16/7/2015, Reg. n° 252/2015), ocasión en la que se analizaron las pautas de una interpretación constitucional del recurso de casación a partir de la doctrina que surge del precedente “Casal” de la C.S.J.N. (Rta.: 20/9/2005).

Allí sostuve también, y es pertinente en este caso, que el examen de la plataforma fáctica de una sentencia de condena está orientado a determinar si los elementos de convicción ponderados en el pronunciamiento cuestionado y los razonamientos utilizados permiten demostrar que, en ese caso, se ha acreditado con certeza la acción imputada, con cita de \_\_\_ I. Cafferata Nores (*La prueba en el proceso penal*, 3ª edición, Ed. Depalma, Bs. As., 1998, p. 8) y Luigi Ferrajoli (*Derecho y Razón*, Ed. Trotta, España, 1998, p. 105 y ss.) para el desarrollo de ese concepto.

Pues bien, como se mencionó, para afirmar la participación de tres personas en el hecho el Tribunal valoró que el damnificado señaló que cuando ocurrió el hecho era domingo, a la hora que salía de trabajar -07.00 horas-. Indicó que mientras caminaba por la calle Salta, cerca de la intersección con Ciudadela, de esta Ciudad, observó un grupo de cinco o seis personas por lo cual continuó caminando lo más rápido posible. Relató que un muchacho que estaba en la vereda de enfrente decía “no tenés monedas” a una persona a la cual estaba increpando, por lo tanto, empezó a caminar más rápido. En ese momento, señaló que alguien de atrás empezó a tomar carrera, sintió pasos y de repente lo abrazaron para luego caer al piso de espaldas. También recordó que la persona que se encontraba enfrente, se cruzó







## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 30329/2016/TO1/CNC1

en diagonal y aparecieron tres o cuatro individuos que quisieron reducirlo, para luego sacarle el celular y salir corriendo.

Luego, explicó que, una vez en el piso alguien con una botellita que pensó que era de vidrio, le dio un “golpecito”, aunque dicho elemento no se rompió, ya que pegó y rebotó. Sostuvo que en el momento no sintió nada pero después se tocó y tenía sangre. Señaló que vio un policía a quien le pidió ayuda, aunque no pudo describir a los agresores porque en ningún momento los vio de frente.

También el *a quo* valoró los testimonios de los policías de la Ciudad, Yamila Marisol Romito e Iván Gerardo Fleyta; la primera explicó el protocolo de captación de imágenes; indicó que se pasa la novedad directamente al Comando Radioeléctrico, el cual deriva a personal policial al lugar del hecho para interceptar a las personas que se observen en las cámaras y se hace un seguimiento para evitar la fuga. El otro policía que declaró dijo que recordaba poco porque este tipo de hechos son comunes en esa zona de Constitución. Respecto del damnificado recordaba la lesión que sufrió en la cabeza y que las personas detenidas tenían aliento etílico, también que en el lugar había menores y que ellos dividieron tareas. Indicó que los menores detenidos fueron dos y que era notorio que uno era muy chico.

Por último, se incorporaron por lectura las actas de detención y secuestro (fs. 3, 4 y 66), los informes médicos legales de fs. 55 y fs. 6 del legajo de personalidad de Rivero, informes del Cuerpo Médico Forense realizados a Bello (fs. 89), partida de nacimiento de Artaza (fs. 72), informe socio ambiental de Rivero (fs. 7/9 del legajo de personalidad), vistas fotográficas y el registro fílmico del disco compacto de la cámara de seguridad del Centro de Monitoreo (fs. 13).

Ahora bien, advierto que le asiste razón a la defensa en el planteo de su primer agravio, ya que de la filmación no surge haya existido entre las personas que allí se observan una intervención consensuada y previa, es decir, que en este suceso en concreto haya



existido una acción coordinada entre el imputado y el menor mencionado, que fue quien agredió a la víctima con lo que parece ser una botella de plástico.

En la filmación del Centro de Monitoreo se observa que existe un grupo de personas que se encuentran agrupadas en una esquina, en un primer momento, y que luego se desplazan por las calles que capta la cámara de seguridad. También se advierte que ese grupo de personas, entre los que se encontraba Rivero, interceptaban a quienes circulan por esas arterias.

Por otra parte, es claro que quienes deciden abordar a Bello son Rivero y Artaza, y fue recién después de que ambos sustrajeran el teléfono celular de la víctima es cuando, desde otro lugar, es decir, en la esquina de esa calle, el menor Monserrat decide avanzar y golpear a Bello. De tal forma, entiendo que la decisión que adoptó Monserrat fue espontánea y autónoma de la que motivó el desapoderamiento que los otros dos imputados estaban llevando a cabo.

Agrego también que la propia víctima en su declaración hace alusión a que tres o cuatro personas lo quisieron reducir – circunstancia que el tribunal desacreditó respecto al número de atacantes–, toda vez que del registro de la cámara de seguridad se observa que fueron dos los que lo abordaron, identificados luego como Rivero y Artaza. El damnificado dividió su relato en dos momentos distintos, el primero es en el cual fue despojado de su celular y el segundo aquel en el cual el menor –Monserrat- se le acercó y le pegó con una botella. Advierto que la propia declaración testimonial revela que la conducta del menor Monserrat fue posterior e independiente a la efectuada por Rivero y Artaza.

En definitiva, de lo que se puede observar, es posible concluir que la conducta del menor Monserrat ha sido posterior, independiente y espontánea a la acción llevada a cabo por Rivero y el menor Artaza, con lo que no puede aseverarse que ha existido un común acuerdo





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 30329/2016/TO1/CNC1

previo a desapoderar al damnificado Bello de su celular. A mi modo de ver, el hecho de que se hallaran todos juntos antes y después del suceso, consumiera estupefacientes o aún acecharan a otros transeúntes, no resulta suficiente para sostener con el grado de conocimiento propio de esta instancia la ejecución común de un plan, porque la secuencia que evidencia la filmación es distinta, según se mencionó.

Por lo tanto, la valoración de la prueba efectuada por los colegas es incorrecta, y por esa razón corresponde hacer lugar al agravio de la defensa (art. 471 CPPN).

V. En cuanto al agravio de la defensa vinculado con la errónea interpretación y aplicación al caso de la figura prevista en el art. 167 inciso 2° CP, sin perjuicio del criterio expuesto al votar en la causa “Rejala Rivas” –ocasión en la que concluí que la previsión legal de la que se trata es inconstitucional en tanto al no brindar una definición clara y precisa del sustantivo *banda* vulnera el principio de taxatividad, 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)–, su tratamiento ha devenido abstracto en función de la conclusión expuesta en el punto anterior.

VI. Con relación a la interpretación del art. 41 *quater* CP, corresponde remitir 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 puede 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, excluida en este caso por una cuestión probatoria la participación en el suceso de Montserrat, y aunque la diferencia de edad entre Rivero y Artaza es notable, no 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. Veamos.

Como afirmó el propio Tribunal, la observación de las filmaciones indica la existencia de un grupo de personas que, aunque de distinta edad, se reúnen en la zona, en grupo, con lo que no puede afirmarse sin lugar a dudas que Rivero haya empleado a Artaza en el sentido indicado, o que lo haya expuesto de la forma mencionada; antes bien, lo que se observa a lo largo de toda la filmación mencionada, es que todos los individuos que allí se ven formaban





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 30329/2016/TO1/CNC1

parte de un grupo de extrema vulnerabilidad, y que estaba integrado por personas de distintos sexos y edades.

A ello se agrega que si bien la minoridad de Montserrat era ostensible, como afirmaron los colegas, no puede predicarse lo mismo y con certeza, esto es, que Rivero conociera la condición de Artaza, quien contaba entonces con 17 años de edad.

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).

Por ello debe excluirse de su aplicación al caso la calificante de la que se trata (art. 470 CPPN).

**VII.** En definitiva, propongo al acuerdo: I. Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, casar la sentencia impugnada y modificar la calificación legal del hecho por el cual recayó condena respecto de \_\_\_\_\_ Rivero, el que resulta constitutivo del delito de robo, por el que deberá responder como autor; y II. Remitir las presentes actuaciones a la oficina de sorteos de la Cámara Federal de Casación Penal a fin de que designe un Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional con otra integración para que determine el monto de pena a imponer a \_\_\_\_\_ Rivero, en función de la nueva calificación legal aplicable al caso; sin costas (arts. 470, 471, 530 y 531 CPPN).

### **El juez Alberto J. Huarte Petite dijo:**

**I.** Reseñados ya los agravios presentados por el recurrente en el voto que me antecede (a todo lo cual cabe remitirse en beneficio a la brevedad), he de comenzar por señalar que las objeciones relativas a la motivación de la sentencia en orden a la valoración de la prueba



respecto del hecho por el que se condenó a \_\_\_\_\_ Rivero, fueron analizadas por el suscripto conforme el criterio sustentado, entre otros, en los precedentes “López” (Reg. n° 1014/17, acápite III, voto del juez Huarte Petite, rta. 18.10.17) y “Tévez” (Reg. n° 1148/17, acápite II b., voto del juez Huarte Petite rta. 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 que debe asignarse al recurso de casación contra una sentencia condenatoria, en función de lo establecido en los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sobre esa base considero, al igual que el Dr. Jantus, que del video aportado por el Centro de Monitoreo Urbano de esta ciudad –valorado por el tribunal de mérito en su decisión, entre otros elementos de juicio-, no se desprende de modo absolutamente inequívoco la participación en los términos de los arts. 45 y 46, CP, de \_\_\_\_\_ Monserrat (por entonces de 13 de edad), junto con \_\_\_\_\_ Artaza (de 17 años de edad a esa fecha), y el aquí imputado \_\_\_\_\_ Rivero, en la comisión del hecho delictivo objeto de autos del que fue víctima \_\_\_\_\_ Bello.

En efecto, de dicha filmación se desprende que, en los instantes previos al suceso que damnificó a Bello, quien luego fuese identificado como el menor Monserrat se encuentra en una de las esquinas de la cuadra en que ocurrió el hecho, aparentemente sacándose fotos con un aparato de telefonía celular, ajeno a lo que sucedía fuera del sitio en el que se hallaba y concentrado sólo en esa tarea.

Luego la cámara se desplaza hacia donde se estaba desarrollando el robo, momento en que se ve claramente cómo dos sujetos, luego identificados como Artaza y Rivero, ya tienen reducida





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 30329/2016/TO1/CNC1

a la víctima en el piso y le están sacando sus pertenencias. Tal situación se desarrolla durante unos momentos y el menor Monserrat no aparece en modo alguno en las imágenes. Posteriormente, ya cuando Rivero y Artaza dejaron libre a la víctima y se están retirando del lugar con aquello que le habían sustraído, secuencia en la cual la víctima, al mismo tiempo, está por levantarse para irse en dirección contraria a la de sus agresores, aparece en escena Monserrat y, sin tener, aparentemente, intercambio verbal o gestual alguno con Artaza y Rivero, golpea al damnificado en su cabeza con un elemento de apariencia contundente, para luego también irse en la misma dirección que aquellos.

Así las cosas, lo que acredita la filmación, a mi modo de ver, es que el menor Monserrat habría querido (por su propia y exclusiva cuenta), intervenir en el hecho de alguna manera, pero por las circunstancias concretas en que él se desarrolló, llegó tarde, cuando el suceso criminal ya había finalizado conforme al plan que para él habían concebido, con exclusividad, Artaza y Rivero, y sólo atinó a realizar el comportamiento antes descripto, que no tuvo incidencia alguna para la consumación, desde que a ella se arribó sin más con la sola participación de los restantes imputados.

No se advierte con absoluta certeza, de esta manera, una actuación conjunta con un acuerdo previo de voluntades y división de tareas entre los tres (como para concluir en un supuesto de coautoría de los integrantes del colectivo así conformado), sino que dicho acuerdo previo y división de tareas es sólo verificable con tal grado convictivo, como se ya dijo, entre Artaza y Rivero, quienes obtuvieron el fin que se habían propuesto por sí mismos.

Monserrat, como se lo anticipó, apareció en la escena del hecho cuando ya no era necesaria intervención alguna suya para consumir el desapoderamiento ni tampoco, incluso, para procurar la impunidad, pues la sustracción ya se había producido y la víctima ya no estaba



ejerciendo resistencia alguna, y lejos de disponerse a intentar recuperar sus pertenencias al momento de la actuación del primero, se disponía, de adverso, a retirarse lo más raudamente posible del lugar. Asiste razón a la defensa, por todo ello, en que el comportamiento del menor Monserrat en relación al suceso de autos, al menos por imperio del *favor rei*, habría sido autónomo respecto de aquel que llevó a cabo el grupo conformado por los dos imputados de mención.

Por cierto, que como destacó el tribunal de grado, en otros momentos de la grabación incorporada al debate se aprecia cómo el grupo integrado por Rivero y los menores Artaza y Monserrat se aproximan a dos posibles víctimas con el aparente propósito de sustraerle alguna de sus pertenencias, siendo abortado cualquier plan delictivo por la huida a la carrera de las presuntas víctimas.

Empero, dado el déficit probatorio apuntado en relación al hecho que constituye el objeto de autos, ello de por sí no resulta suficiente para tener por cierto un concierto criminal entre los tres para llevarlo a cabo.

Sobre tal base, coincido con el Dr. Jantus en que el *a quo*, en los aspectos aquí tratados, valoró de manera inadecuada la prueba incorporada durante el juicio para tener por acreditada la participación de tres personas en el hecho que damnificó al nombrado Bello y que este agravio de la defensa debe ser atendido.

Por esa razón, el tratamiento de la alegada errónea aplicación al caso de la agravante contenida en el art. 167, inciso 2º, del Código Penal, ha devenido abstracto.

**II.** La interpretación que corresponde otorgarle al artículo 41 *quater* del Código Penal ha sido analizada por el suscripto, entre otros, 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







## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 30329/2016/TO1/CNC1

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 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 un eventual 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 se excluye toda responsabilidad por el hecho ajeno, y sólo debe responderse por el hecho propio.

Pero no existe vulneración alguna al mismo 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.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 30329/2016/TO1/CNC1

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

En ese orden de ideas, es pertinente traer a colación el precedente “Núñez, \_\_\_\_\_”, Recurso de Hecho, N.125, XLVI, sentencia del 24 de septiembre de 2013-

Allí se había aplicado la agravante prevista en el art. 41 quater, *ibídem*, sin haberse valorado en forma alguna el dolo del agente, toda vez que ni el tribunal de juicio ni el de casación habían examinado la cuestión del desconocimiento que el agente habría tenido de la edad del menor participante que fuera planteada oportunamente en ambas instancias.

Así las cosas, en el voto de la minoría (la mayoría hizo aplicación del art. 280, CPCyC), se señaló correctamente a mi modo de ver, que en el caso se había “...pasado por alto el requerimiento de tipicidad subjetiva (dolo), abriendo el camino al *versari in re ilícita*, o sea a la punición de una conducta por su objetividad típica, prescindiendo de la voluntad concreta del agente en el hecho, la que presupone el conocimiento de los 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...” (considerando 3ro. del voto de los Jueces Lorenzetti y Maqueda, y considerando 5to. del voto del Juez Zaffaroni, el destacado me pertenece).

En el caso concreto de autos, el Tribunal brindó una argumentación conteste con la anteriormente desarrollada en lo atinente al alcance que corresponde otorgar al artículo 41 quater del Código sustantivo, y tuvo por acreditada la intervención en el hecho, tanto de \_\_\_\_\_ Artaza, como de \_\_\_\_\_ Monserrat (por



entonces de 17 y de 13 años de edad respectivamente, como ya se dijo).

Además, dada la fisonomía del menor Monserrat, también tuvo por cierto el conocimiento por parte de Rivero de su rango etario.

En efecto, dijo el *a quo*: “...Desde el punto de vista objetivo entonces basta la intervención aquí demostrada de los menores en el hecho delictivo común y su acreditada minoridad (ver fs. 72 y 86) y desde el punto de vista subjetivo la agravante demanda el conocimiento del adulto acerca de la minoría de edad de quien toma intervención junto a él en el hecho, circunstancia que en este supuesto es dable predicar ya que la menor edad de Monserrat era evidente a simple vista...” .

Sin embargo, y tal como se concluyó *ut supra*, no puede tenerse por acreditado que la intervención en el hecho de \_\_\_\_ Monserrat hubiese sido en el marco del plan delictivo llevado a cabo por el recurrente Rivero en compañía de \_\_\_\_\_ Artaza.

Y en orden a que el imputado hubiese conocido, con absoluta certeza convictiva, la minoría de edad de Artaza (debido a que contaba con 17 años al momento del hecho), el tribunal de mérito no valoró elemento de juicio alguno, a pesar de que la efectiva existencia de dicho conocimiento había sido controvertida por la defensa durante el debate con argumentación razonable, derivada de la circunstancia de tener aquél una edad cercana a la de la mayoría de edad y no tener una apariencia física claramente apreciable como la de un menor.

En consecuencia, también se advierte un déficit de motivación en cuanto a este aspecto de la sentencia recurrida, por lo cual coincido aquí, igualmente, con la solución propiciada por el Juez Jantus.

**II.** Sentado cuanto antecede, y con fundamento en los artículos 470, 471, 530 y 531 CPPN, voto entonces por:





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 30329/2016/TO1/CNC1

**A.** Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas en esta instancia;

**B.** Excluir del caso la aplicación de las agravantes contempladas en los artículos 41 *quater* y 167, inciso 2º del Código penal;

**C.** Modificar la calificación legal por el hecho que recayó condena en autos por la de robo simple en calidad de coautor y remitir estas actuaciones a la oficina de sorteos de la Cámara Federal de Casación Penal a fin de que designe un Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional con otra integración para que determine el monto de pena a imponer a \_\_\_\_\_ Rivero, en función del nuevo encuadre legal aplicable al caso.

### **El juez Mario Magariños dijo:**

Atento a que en el orden de deliberación los colegas han coincidido en la solución que cabe dar al recurso de casación intentado, me abstengo de emitir voto, por aplicación de lo establecido en el art. 23 último párrafo del Código Procesal Penal de la Nación.

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. HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas en esta instancia, y **EXCLUIR** la aplicación de las agravantes contempladas en los arts. 41 *quater* y 167 inciso 2 del Código Penal en la calificación del hecho por el que recayó condena en este proceso respecto de \_\_\_\_\_ Rivero, que en consecuencia resulta constitutivo del delito de robo, por el que deberá responder como coautor (arts. 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

**II. REMITIR** las presentes actuaciones a la oficina de sorteos de la Cámara Federal de Casación Penal a fin de que designe un Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional con otra integración para



que determine el monto de pena a imponer a \_\_\_\_\_  
Rivero, en función de la nueva calificación legal aplicable al caso.

Se hace constar que los jueces Alberto Huarte Petite y Mario Magariños 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 (Acordadas 3/2020, 4/2020, 7/2020 y 11/2020 CNCCC, Acordadas 12/2020, 14/2020 y 27/2020 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, notifíquese, comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; LEX 100), hágase saber al Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nº 24 lo aquí decidido -que deberá notificar personalmente al imputado- y cúmplase con la remisión ordenada de acuerdo a las pautas sentadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. Acordada 27/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

Sirva la presente de atenta nota.

PABLO JANTUS

Ante mí:

GUIDO WAISBERG  
SECRETARIO DE CAMARA

