



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL

SALA 3 - UNIPERSONAL

CCC 52200/2023/TO2/CNC2

REG. N° 78 /2024

En la ciudad de Buenos Aires, a los **14 días del mes de febrero de 2025**, el juez **Pablo Jantus**, integrando unipersonalmente la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación), con la asistencia del Prosecretario de Cámara Alan Limardo, se constituye para resolver el recurso interpuesto en este proceso.

I

1. El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 5 resolvió, en el marco del procedimiento previsto en el artículo 431 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación, “*I. CONDENAR a ARTURO _____, de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la pena de tres años de prisión y costas, por considerarlo coautor de robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda -arts. 29 ter, 45, 167 inc. 2° del Código Penal, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación-. II.- IMPONER al nombrado FERNÁNDEZ la PENA ÚNICA DE TRES AÑOS DE PRISIÓN Y COSTAS, comprensiva de la impuesta en el punto anterior y de la pena única de seis meses de prisión de cumplimiento efectivo y costas,*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL

SALA 3 - UNIPERSONAL

impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n°24, el 5 de julio del 2024, en la causa n°45815/2019. III- DECLARAR REINCIDENTE a ARTURO _____ -art. 50 del Código Penal de la Nación-”.

2. Contra esa decisión, la defensa interpuso un recurso de casación, que fue concedido por el *a quo*, en el cual cuestionó la constitucionalidad y la fundamentación de la declaración de reincidencia.

3. En la oportunidad prevista en el artículo 465, cuarto párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación, la asistencia técnica presentó un escrito en el cual introdujo un nuevo agravio.

4. Se corrió vista a las partes en los términos del artículo 465, quinto párrafo, del Código Procesal Penal, y no se efectuaron presentaciones.

5. Con fecha 13 de febrero de 2025, se llevó a cabo -de manera virtual- una audiencia de conocimiento personal del imputado, quien concurrió junto con su defensor, el Defensor Público Coadyuvante, doctor Andrés María Zelasco.

De este modo, las actuaciones quedaron en condiciones de ser
resueltas.

II

1. En la sentencia impugnada se tuvo por acreditado que el 16 de septiembre de 2023, a las 15.50 horas, sobre la avenida Leandro N. Alem y su intersección con Ricardo Rojas, el señor Fernández -junto a otras dos personas- se apoderó ilegítimamente de un teléfono celular propiedad de





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL

SALA 3 - UNIPERSONAL

_____González. En particular, en la decisión recurrida se consideró probado que Fernández forcejeó con la víctima e hizo un ademán simulando poseer algún elemento bajo su ropa cuando aquella pretendió resistirse, luego de lo cual los agresores tomaron el teléfono celular y corrieron, los dos consortes del imputado fueron finalmente detenidos en la intersección de San Martín y Madero, sin haber podido hallar el teléfono, y finalmente el acusado Fernández fue detenido a partir de las tareas desarrolladas por la Secretaría de Investigaciones Penales de la Procuración General de la Nación y la División Individualización Criminal de la PFA.

Esta plataforma fáctica fue calificada como robo en poblado y en banda (artículo 167, inciso 2º, del Código Penal).

2. En la oportunidad prevista en el cuarto párrafo del artículo 465 del Código Procesal Penal de la Nación, la defensa se agravió por la decisión del *a quo* de calificar el hecho probado como robo en poblado y en banda (artículo 167, inciso 2º, del Código Penal). Al respecto, el recurrente sostuvo que ese precepto quebranta el principio de legalidad (artículo 18 de la Constitución Nacional).

3. En razón de los argumentos formulados en la causa “**Rejala Rivas**” de la Sala 3 de esta Cámara (reg. n° 809/2016), a cuyas consideraciones *in extenso* me remito, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 167 inc. 2 del CP y, en consecuencia, excluir esa figura de su aplicación al caso.

En aquél precedente comencé por destacar que en la causa n° 5041 del Tribunal Oral de Menores n° 1 (“Belisone, _____”),





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL

SALA 3 - UNIPERSONAL

sentencia del

Fecha de firma: 14/02/2025

Firmado por: ALAN ROBERTO LIMARDO, PROSECRETARIO DE CÁMARA

Firmado por: PABLO JANTUS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION



#39085481#443959942#20250214110322436



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL

SALA 3 - UNIPERSONAL

29 de agosto de 2008), fijé mi posición sobre el problema de interpretación que genera esta norma, compartiendo en buena medida los argumentos expuestos por la Dra. Angela Ledesma en el caso “Duarte Castro” (CFCP, Sala III, causa n° 6137, del 3 de marzo de 2006 de la Cámara Federal de Casación), los que me llevaron a modificar la que había sostenido hasta ese momento, de aceptar la doctrina del fallo plenario de la Cámara de Apelaciones del fuero “Quiroz” (del 4 de septiembre de 1989).

Efectué luego una distinción entre las diversas posturas adoptadas en torno a la materia en cuestión –las tesis amplia y restrictiva mencionadas por López Casariego en el artículo citado por la Dra. Ledesma (López Casariego, Julio: Banda, no hay un concepto legal en la Argentina, La Ley, Suplemento de Derecho Penal del 8 de abril de 2002, p. 21)–; y otras posibilidades que se han dado con diferentes variantes tanto en lo que se refiere al número de integrantes necesarios para conformarla (2, 3, 4) como al modo en que deben estar agrupados (con organización o por reunión espontánea, para cometer delitos indeterminados o con delitos acordados previamente, con o sin estructura); para luego concluir que no existe en el código penal una definición de “banda”, omisión derivada del hecho de que, específicamente se decidió suprimir la que contenía el proyecto original del código, porque ya estaba descripta su noción en el art. 210 del CP.

Asimismo, puse de resalto que la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos se ha expedido al respecto al determinar que el principio de máxima taxatividad requiere una clara definición de la acción que fije sus





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL

SALA 3 - UNIPERSONAL

elementos para diferenciarla de los comportamientos no punibles, lo que no ocurre con el elemento normativo en cuestión porque el legislador no ha dado una definición de “banda” en la parte general y porque tampoco se ha aclarado, en la norma, cómo se conforma un grupo semejante para que se agrave el robo.

Sentado ello, entendí que, para aclarar el concepto es necesario emprender una tarea creadora que, sin ningún tipo de dudas, en el caso del art. 167 inc. 2° importa aplicar analógicamente la ley penal ya que, en verdad, se está creando un nuevo tipo penal sin respetar una tarea hermenéutica orientada a las consecuencias; y, lo que es más grave, esa tarea creadora se realiza para dar vida a una circunstancia agravante que, sin duda, perjudica al imputado, quebrándose, así, los principios de fragmentariedad del derecho penal y de máxima taxatividad.

En definitiva, conforme sostuve en el caso mencionado en primer término, considero que al no brindar la previsión legal de la que se trata una definición clara y precisa del sustantivo “banda” vulnera el principio de taxatividad, dado que no resulta posible determinarlo por vía hermenéutica ante las innumerables posibilidades que brinda la ley penal y por importar esa tarea, desde mi perspectiva, una violación a la prohibición de analogía que integra el citado principio de legalidad (art. 18 de la CN).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL

SALA 3 - UNIPERSONAL

Por ello, considero que debe declararse la inconstitucionalidad del art. 167, inciso 2, del CP y, en consecuencia, modificar la calificación legal del hecho, que será subsumido en la figura básica (artículo 164 del Código Penal).

4. En cuanto a la decisión sobre la punibilidad, debe resolverse en esta instancia, teniendo en cuenta la escala prevista en la norma de fondo aplicable al caso, como así también aquéllos que rigen el juicio de mensuración de la pena, expuestos, entre otros, en los casos “Fernández” (reg. n° 483/2016) y “Silva” (reg. n° 508/16), y sus citas (Patricia S. Ziffer, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad Hoc, Bs. As., 1996, p. 23 y ss., Carlos Creus, *Derecho penal, parte general*, 3ª ed., Astrea, Bs. As., 1992, p. 492 y ss. y Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1998, p. 155 y ss.), a los que me remito.

En consecuencia, para decidir el monto de la sanción, resultan relevantes en sentido agravante, las características del hecho, en particular, la violencia desplegada para llevar adelante el apoderamiento (que implicó, centralmente, forcejear con la víctima y hacer un ademán de poseer un elemento bajo las prendas de vestir) y que fue ejecutado por tres personas, es decir, el número de intervinientes, pues la declaración de inconstitucionalidad de la norma mencionada no impide valorar, a la hora de evaluar la sanción penal correspondiente, el mayor poder ofensivo determinado por la cantidad de sujetos que participaron.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL

SALA 3 - UNIPERSONAL

Ahora bien, como circunstancias atenuantes, debe ponderarse que el acusado es una persona joven (26 años de edad), con estudios secundarios incompletos -ya que tuvo que interrumpirlos para ayudar a su madre en la economía familiar-, que antes de ser detenido realizaba changas como ayudante de albañilería y además recolectaba cartones, que tiene una hija de muy corta edad (2 años). A su vez, corresponde valorar que, tal como informó en la audiencia de conocimiento personal llevada adelante en el día de ayer, posee un plan laboral para su egreso, pues planea trabajar como peluquero, oficio respecto del cual realizó cursos tanto antes de ser detenido como en el centro penitenciario.

En definitiva, todas estas circunstancias me conducen a fijar la sanción del imputado en dos años de prisión y costas, por resultar autor del delito de robo, y establecer la pena única en dos años y tres meses de prisión, comprensiva de la anterior y de la pena única de seis meses de prisión de cumplimiento efectivo y costas, impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n°24, el 5 de julio del 2024, en la causa n°45815/2019.

III

1. Ahora bien, respecto del instituto de la reincidencia, para resolver en el sentido indicado más arriba, el *a quo* consideró que “*el 23 de abril de 2019, en la causa no 40069/18, el TOCC 14 lo condenó a la pena única de un año y cinco meses de prisión y costas. Dicha pena venció el 18 de mayo de 2019, día en el que recuperó su libertad por agotamiento de la pena. Por*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL

SALA 3 - UNIPERSONAL

ello, tal como fuera acordado por las partes, y toda vez que agotó esa pena en prisión en calidad de condenado, sin que haya transcurrido el plazo legal de cinco años, corresponde declarar reincidente a Fernández-art. 50 del C.P.-”.

2. Contra esa decisión, la defensa se agravió por considerar, en primer término, que la declaración de reincidencia carecía de fundamentación y, en segundo lugar, que ese instituto resultaba inconstitucional por violar diversos principios constitucionales.

Respecto de la falta de fundamentación de la declaración del instituto, el recurrente sostuvo que no existían constancias de que el imputado hubiese cumplido parcialmente pena en calidad de condenado.

Ello era así, a su ver, toda vez que -tal como subrayó en la oportunidad prevista en el artículo 465, cuarto párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación-, *“en la causa que se tuvo en cuenta para efectuar la declaración de reincidencia, mi defendido Fernández obtuvo la libertad con anterioridad al dictado de la sentencia condenatoria, por medio de una excarcelación en términos de libertad condicional (art. 317 inc. 5to. del Código de forma). Así las cosas, no es cierto que haya agotado esa pena en prisión en calidad de condenado, como de modo equívoco afirmó el magistrado de grado. De hecho, en ese expediente ni siquiera cumplió pena de manera parcial, sino que, por el contrario, estuvo detenido únicamente como procesado”.*

3. Se advierte que, al momento del dictado de la sentencia condenatoria del TOCC 14, esto es, el 23 de abril de 2019, el señor Fernández se hallaba gozando de una excarcelación en términos de libertad condicional (artículo 317, inciso 5º, del Código Procesal Penal de la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL

SALA 3 - UNIPERSONAL

Nación), concedida por ese mismo tribunal el día 12 de abril de 2019 y que, en esa misma decisión, se estableció que “[a]l adquirir firmeza la sentencia condenatoria, esta excarcelación quedará convertirá de pleno de derecho en libertad condicional”.

Asimismo, en la sentencia condenatoria se estableció que la sanción impuesta al señor Fernández tenía como fecha de vencimiento el día 8 de diciembre de 2019 y que, en esa fecha, el imputado continuaba bajo el régimen de libertad condicional y agotó esa pena bajo ese instituto (conf. constancias del Lex100 del proceso n° 40069/2018 del TOCC 16).

En consecuencia, asiste razón a la defensa en punto a que no se ha configurado el requisito normativo de “cumplimiento parcial de pena” exigido por el artículo 50 del Código Penal (conf. precedente “Gómez”, reg. n° 1384/2024) y, en consecuencia, corresponde casar la resolución impugnada y dejar sin efecto la declaración de reincidencia del señor Fernández (artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación). Por esa razón, el planteo de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia ha devenido inoficioso.

En consecuencia, **RESUELVO**:

1. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas en esta instancia, **DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD** del artículo 167, inciso 2, del Código Penal de la Nación; y, en consecuencia, **MODIFICAR** la calificación del hecho por el que recayó condena en autos, que resulta constitutivo de delito de **ROBO SIMPLE** (art. 164 CP). En consecuencia, **FIJAR LA PENA en dos años de prisión y costas, por resultar autor del delito de robo, y establecer la pena única en dos años y tres meses de prisión,**





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL

SALA 3 - UNIPERSONAL

comprehensiva de la anterior y de la pena única de seis meses de prisión de cumplimiento efectivo y costas, impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n°24, el 5 de julio del 2024, en la causa n°45815/2019 (arts. 40, 41, 42 y 164 del Código Penal de la Nación, y arts. 470, 471 y 475 del Código Procesal Penal de la Nación).

2. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de la defensa, **CASAR PARCIALMENTE** la resolución impugnada y **DEJAR SIN EFECTO** la declaración de reincidencia del señor Fernández (artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación).

Todo se resuelve sin costas (artículos 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Esta resolución deberá registrarse, notificarse a las partes intervinientes, informarse mediante oficio electrónico al tribunal correspondiente de lo aquí decidido y comunicarse (Acordada 15/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

