



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

**Reg. n° 809/2016**

///nos Aires, 13 de octubre de 2016.

### **VISTOS:**

Para resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 367/376 y 378/397 de este proceso n° CCC 500000790/2010/TO1/CNC1, caratulado “R [REDACTED] R [REDACTED] M [REDACTED] E [REDACTED] y otros s/ arts. 41, 45, 167 CP”.

### **RESULTA:**

**I.** El 20 de abril de 2015, en el marco del debate desarrollado en esta causa, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 8 rechazó el pedido de suspensión del juicio a prueba formulado por la defensa de M [REDACTED] E [REDACTED] R [REDACTED] R [REDACTED] en la oportunidad prevista en el art. 393 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 355 vta.).

Luego, mediante veredicto pronunciado el mismo día –cuyos fundamentos fueron dados a conocer el día 24 siguiente–, el tribunal condenó a la imputada, como coautora del delito de robo agravado por haber sido cometido en lugar poblado y en banda, a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional, obligación por dos años de fijar domicilio y someterse a un patronato y costas (arts. 26, 27 *bis* inciso 1, 29 inciso 3, 45 y 167 inciso 2 del Código Penal, fs. 357 y 358/366).

**II.** Contra ambas resoluciones, el defensor público oficial *ad hoc*, doctor Rafael Pasmán, interpuso sendos recursos de casación (fs. 367/376 y 378/397), que fueron concedidos por el *a quo* (fs. 377 y 398). La impugnación deducida contra la condena dictada fue, además, mantenida en esta instancia (fs. 405).





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

**III.** El 26 de junio del mismo año se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara y sus integrantes otorgaron al caso el trámite previsto en el art. 465 CPPN (fs. 408).

**IV.** En el término de oficina, previsto en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del mismo código, se presentó la defensora pública coadyudante de la Unidad de Actuación n° 3 ante esta Cámara, doctora Gabriela N. Jugo (fs. 412/417).

**V.** El defensor público, doctor Maximiliano Espejo, compareció a la audiencia dispuesta en los términos de los artículos art. 465, último párrafo, y 468 del ritual (fs. 423).

Inmediatamente, el tribunal pasó a deliberar (arts. 396 y 469 CPPN) y arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

### **Y CONSIDERANDO:**

#### **El juez Pablo Jantus dijo:**

1) a) Se deben tratar en esta resolución, dos recursos interpuestos por la defensa de la imputada M [REDACTED] Es [REDACTED] R [REDACTED] R [REDACTED]. El primero de ellos está relacionado con el rechazo de la suspensión del juicio a prueba, decidido por el Tribunal durante el desarrollo del debate, por extemporáneo; el segundo recurso ha sido deducido por la defensa contra la sentencia por la que se impuso a la nombrada R [REDACTED] R [REDACTED] la pena de tres años de prisión en suspenso como coautora del delito de robo en poblado y en banda, con más la obligación de fijar domicilio y someterse durante dos años al control del patronato de liberados que corresponda a su domicilio.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

b) Durante el desarrollo del debate, en la oportunidad prevista por el art. 393 CPPN, la Sra. Fiscal General acusó a la nombrada como coautora del delito de robo en poblado y en banda en grado de tentativa, agravado por su comisión con menores de 18 años de edad y solicitó que se le imponga la pena de dos años y seis meses de prisión. Puesto que el cambio de calificación –con relación al efectuado en el requerimiento de elevación a juicio– permitía suspender el proceso a prueba, la defensa solicitó que se procediera conforme lo estipula el art. 293 CPPN, requerimiento que fue denegado por el tribunal por considerar que no resultaba el momento oportuno, sobre la base del precedente “Norverto, Jorge Braulio” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Con relación a esta decisión, la defensa sostuvo que carecía de motivación suficiente en la medida en que únicamente se hizo referencia a que el pedido no resultaba razonable, sin exponer los fundamentos de esa aseveración y, por otro lado, señaló que el precedente citado por el tribunal no resultaba aplicable al caso puesto que, si bien en el dictamen del Procurador Fiscal se refirió a que el pedido de suspensión del juicio se había efectuado en el propio debate, lo cierto es que luego, la Corte Suprema no hizo alusión a ese aspecto en su sentencia ni sentó una doctrina sobre el particular. Así las cosas, luego de recordar que la ley no establece un plazo para requerir la suspensión del juicio a prueba, recordó que las razones por las que se legisló el instituto estaban relacionadas con la necesidad de descongestionar a los tribunales de las causas más leves y procurar el tratamiento de una persona en libertad evitando los efectos estigmatizantes de una condena. Indicó que la tarea hermenéutica pertinente, debe realizarse con la orientación dada en el fallo “Acosta” de la Corte Suprema de Justicia y, en tal sentido, adujo que el primer objetivo no le es achacable a su asistida en el caso concreto, frente al principio “pro homine” como determinante de esta alternativa. Y en el





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

segundo aspecto, coligió que las condiciones personales de la imputada -que tiene dos hijas, no registra antecedentes y se le atribuye un suceso acaecido cinco años atrás- constituyen parámetros para aseverar la razonabilidad de su propuesta, puesto que la suspensión del juicio a prueba resultaba el modo más acertado de cumplir con el principio de resocialización.

Citó doctrina y jurisprudencia que admite que se pueda solicitar el instituto mencionado durante el debate y refirió que en el caso ese requerimiento estaba justificado porque la anterior calificación jurídica del hecho impedía que se echara mano a esa solución; por ende, consideró que había impetrado oportunamente la aplicación del art. 76 *bis* CP. Finalmente, entendió que también se violaba en el caso el principio de igualdad ante la ley, en la medida en que los menores involucrados en el caso, merced a la adecuación típica que se atribuyó a sus conductas, pudieron resolver la causa mediante la suspensión del juicio a prueba, extremo que, como hemos visto, se le denegó a la imputada.

Así las cosas, solicitó que se declare la invalidez de la decisión recurrida y que se ordene la realización de la audiencia prevista en el art. 293 CPPN.

c) En el recurso de casación dirigido contra la sentencia de condena la defensa criticó, en primer lugar, la valoración que el tribunal efectuó de la prueba rendida en el debate, asegurando que esa ponderación fue arbitraria y que se debió resolver la situación de la encartada por aplicación del art. 3 CPPN. En segundo lugar, el asistente técnico solicitó la nulidad de la sentencia por violación de la garantía de imparcialidad, al haberse apartado el tribunal de la base fáctica asentada por la fiscalía y no haber permitido el correcto ejercicio del derecho de defensa. Y, por último, requirió que se modifique la calificación legal del delito por la de robo simple tentado, por no haberse probado la efectiva participación de tres





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 50000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

personas en el hecho y porque el tipo penal adoptado –robo en poblado y en banda- no respeta los principios de máxima taxatividad.

2) En el requerimiento de elevación a juicio, se consideró que la conducta atribuida a M [REDACTED] E [REDACTED] R [REDACTED] R [REDACTED] constituía el delito de robo en poblado y en banda agravado por haber sido cometido con la intervención de menores de edad; esta calificación legal tiene un mínimo de cuatro años de prisión y por lo tanto la imputada no estaba habilitada para solicitar la suspensión del juicio a prueba, en los términos del art. 76 bis CP.

En su alegato, la fiscal general entendió que el hecho había quedado en grado de tentativa y solicitó que se condene a la imputada a la pena de dos años y seis de prisión. Como quedó expuesto, ante esa modificación, la defensa, como primera petición de su alegato, postuló la suspensión del juicio a prueba, que fue denegada en los siguientes términos: “el tribunal, conforme la doctrina establecida por el fallo ‘Norverto, Jorge Braulio’ (N. 326 XLI C.S.J.N.) entendió que no es este el momento oportuno para hacerlo, puesto que dicho planteo excede el límite de razonabilidad, por lo que no se hace lugar al tratamiento del pedido”.

Así planteadas las cosas, corresponde decidir si la decisión del tribunal de rechazar el planteo de suspensión de juicio a prueba, mediante escuetos fundamentos, por extemporáneo, ha sido adecuada. La ley no establece un término para postular la solución prevista en el art. 76 bis CP y han sido diversas las opiniones de la doctrina sobre el particular. En un artículo escrito en el 2000 (“Juicio abreviado y suspensión de juicio a prueba: una solución equitativa”, La Ley actualidad, del 17 de octubre de ese año), pasé revista a esa situación y recordé que Julio de Olazábal, en su obra “Suspensión del proceso a prueba” (Editorial Astrea, Bs. As., 1994, p. 65), explica que en el proyecto del Poder Ejecutivo se disponía que podía requerirse “hasta la resolución que fije la audiencia de debate o el cierre de la discusión





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

sobre la causa” aunque, a su criterio, es factible solicitar este instituto mientras no se haya dictado sentencia definitiva. Sin embargo, en ese trabajo no tomé posición sobre el particular porque excedía los propósitos de aquella exposición.

Alberto Bovino, Mauro Lopardo y Pablo Rovatti (*Suspensión del procedimiento a prueba*, Del Puerto, Avellaneda, Pcia. de Bs. As., 2013, pp. 257 y ss.) efectúan un completo relevamiento de las diferentes opiniones que existen sobre la oportunidad final para solicitar la suspensión del juicio a prueba. Entre ellas, mencionan la que estiman mayoritaria que es la que sostiene que puede solicitarse la suspensión del juicio a prueba hasta el día de la audiencia, en la medida en que no se haya iniciado el debate; entre numerosos precedentes, citan el voto del juez Luis García en la causa “Irurzun, Daniel Edmundo” de la Sala II de la CFCP, del 17 de julio de 2008, en la que el distinguido magistrado señaló, luego de resaltar que era necesaria una interpretación teleológica de la norma, que: “ ...Tomo como punto de partida que la introducción de la suspensión del proceso a prueba es un instrumento introducido por el legislador para evitar la realización del juicio cuando se satisfacen los presupuestos fijados en la ley, porque, bajo ciertas condiciones que deben cumplirse, la necesidad de realización del juicio y del pronunciamiento de una sentencia no subsiste. Si esto es correcto, a falta de disposición legal expresa en contrario, entiendo que *no hay razones que obsten a la posibilidad de promover la suspensión del proceso hasta el mismo día señalado para la realización de la audiencia, mientras no se haya abierto el debate*”.

“Según el art. 374 CPPN el presidente del tribunal declara abierto el debate una vez constatada la presencia de las partes y demás personas obligadas a comparecer, y después de leído el requerimiento de elevación. A partir de allí el juicio o debate ha comenzado; la suspensión del juicio no podrá ser promovida hasta ese momento.”





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

“Una interpretación más amplia resultaría incompatible con el espíritu de la ley 24.316, que ha creado un verdadero sistema de suspensión del juicio y no un sistema de suspensión de pronunciamiento de la sentencia. Si se considerase todavía admisible la promoción de una instancia de suspensión una vez abierto el debate, no sólo se incurre pretorianamente en un procedimiento no establecido por la ley, sino que además, se crean problemas adicionales que frustrarían los principios de unidad y continuidad del juicio, y, eventualmente, los de identidad física de los jueces, sentados en el art. 365 y concordantes CPPN”.

Cabe agregar, que los autores citados no comparten esta posición, ya que consideran que mientras la legislación procesal no prevea una solución expresa, se debe admitir el pedido de suspensión del juicio hasta cualquier momento anterior al pronunciamiento de la sentencia; sostienen que el art. 365 CPPN permite la suspensión del juicio aún con posterioridad a la oportunidad prevista en el art. 374 del mismo código y que podrían verificarse –como en el caso– situaciones durante el debate que habilitaran la posibilidad de solucionar el conflicto con el método previsto en el art. 76 *bis* CP (ver en la obra citada, nota n° 73, p. 264).

A mi modo de ver, la solución propuesta por el juez García es la que mejor se conforma con la estructura del Código Procesal Penal de la Nación. Si partimos de la base de que, efectivamente, la ley no ha prescripto cuál es la última oportunidad para solicitar la suspensión del juicio a prueba, es necesario fijar ese plazo teniendo en cuenta el modo como se deben cumplir los diferentes pasos del procedimiento. Es verdad que, como señalan Bovino, Lopardo y Rovatti, el art. 365 cit. permite la suspensión del debate, pero no lo es menos que esa misma norma establece que la suspensión no puede exceder de diez días, con lo que, claramente, la eventual interrupción a los fines previstos en el art. 76 *bis* CP, conllevará la nulidad del juicio, porque





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

si se otorga la suspensión a prueba será, como mínimo, por un año, conforme lo establece la norma citada en último término. En la nota n° 73, citada precedentemente, los autores mencionados indican que, en el caso hipotético de que se otorgara la suspensión del procedimiento y que más tarde fuera revocada, debería anularse el juicio realizado por exceso del plazo máximo de suspensión permitido. Esta circunstancia es la que me convence de que la posición del juez García es la correcta, puesto que, desde mi punto de vista (como he decidido en la causa n° 58.081/2014 de esta Sala, caratulada “Quinteros, Federico Nicolás s/robo con armas”, Rta. 8/3/16, -en la que adherí al voto de la Dra. Garrigós-, ver también causa n° 3431 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 23, caratulada “Héctor José Luzarreta”, del 4 de junio de 2013, y Mariano Bertelotti, *Nulidad, reenvío* y “ne bis in idem”, en “El debido proceso penal”, n° 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, pp. 163 y ss.) no es posible la realización de un nuevo debate después de declarada la nulidad del anterior, porque de ese modo se afectaría la garantía que prohíbe el doble juzgamiento. Y ello es, precisamente, lo que ocurriría en el supuesto que mencioné más arriba, con lo que la concesión de la suspensión del juicio a prueba después de iniciado el juicio, llevaría a una absolución en la instancia, porque se darían dos alternativas: o el imputado sería sobreseído por el cumplimiento de las condiciones del art. 76 *bis* CP, o sería absuelto porque ya ha sido juzgado, al haber sido sometido a un debate que se declaró nulo por exceso del plazo para suspenderlo.

En definitiva, entiendo que un análisis armónico de los diferentes institutos en juego permite sostener que la última oportunidad para solicitar la suspensión del juicio a prueba es el inicio del debate, con lo que coincido con la posición que ha esbozado el juez García en el precedente citado más arriba y, en consecuencia, entiendo que, en el caso el tribunal de juicio ha aplicado

---

Fecha de firma: 13/10/2016

Firmado por: MARIO MAGARIÑOS,

Firmado por: HORACIO L. DÍAS,

Firmado por: PABLO JANTUS

Firmado(ante mi) por: PAOLA DROPULICH, SECRETARIA DE CÁMARA



#2535931#150538087#20161014142523778



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

correctamente la ley penal y, por ende, corresponde rechazar el recurso presentado por la defensa, sin costas.

3) a) Sentado lo anterior, corresponde abordar los agravios desarrollados por la defensa respecto a la sentencia condenatoria emitida por el tribunal. En el primero de ellos se cuestiona la forma en que se valoraron los elementos de convicción reunidos en el debate, afirmando la defensa que el fallo carece de motivación suficiente pues efectuó una ponderación arbitraria de la prueba. Aclara que no fue controvertido en el juicio que el 9 de mayo de 2010 a la mañana, en la Avda. Rivadavia entre Baradero y Dolores de esta ciudad, la damnificada Mercedes Goycochea sufrió la sustracción de su cartera, mediante un tirón que le provocó la rotura de la correa; también admite la defensa que tal evento se atribuyó a un grupo de personas que fue detenido momentos después, entre los que se encontraba la imputada.

A partir de allí, y sobre la base de la defensa material ejercida por R [REDACTED] R [REDACTED] la parte recurrente señala que no se acreditó que la encausada hubiese actuado en acuerdo con las personas que decidieron sustraer la cartera a la víctima, sino que, al salir de un baile con su pareja, se encontraron con los jóvenes que eran del barrio y caminaron en la misma dirección para tomar el colectivo siendo dos de ellos los que llevaron a cabo la acción ilícita que, por otra parte, mereció una recriminación de la pareja de la encartada. Aseguró que no corrieron sino que caminaban –ella del brazo de su novio- hasta que apareció la policía y los detuvo. Recordó que R [REDACTED] R [REDACTED] dijo que la víctima estaba por subir a un taxi, cuya puerta había abierto cuando ocurrió el suceso.

Indicó la defensa las contradicciones en que incurrió la damnificada, la falta de memoria de uno de los policías que intervino posteriormente y la circunstancia de que los dichos del restante agente del orden fueron coincidentes con las manifestaciones de la imputada





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

en cuanto habría señalado que Goycochea le había dicho en el lugar del hecho que dos personas se habían separado del grupo y le habían arrancado la cartera.

Explicó la defensa que, a lo largo de la causa existieron tres hipótesis diferentes sobre lo que ocurrió, ya que en el requerimiento de elevación a juicio se afirmó que la encartada con cuatro hombres se aproximaron a la víctima, de modo intimidante y luego de rodearla le exigieron la entrega de la cartera y ante su negativa uno de ellos se la arrebató rompiendo la correa; la fiscal general, en su alegato, refirió que R [REDACTED] R [REDACTED] y sus acompañantes abordaron a la víctima por detrás y le sustrajeron el objeto mencionado, dándose a la fuga mientras revisaban el contenido y descartaban algunos elementos; y, la opinión del tribunal, que señaló que se había comprobado que R [REDACTED] R [REDACTED] interceptó junto a un grupo a la damnificada y un joven de un tirón le arrebató la cartera rompiendo la correa, y se dieron a la fuga. Aseveró que no se acreditó en el juicio que hubieran rodeado a la víctima, ni que la hubiesen intimidado ya que, según explicó, la damnificada refirió que uno del grupo se había acercado a ella y le había sustraído la cartera.

En consecuencia, entendió que no se había podido demostrar, con certeza, la participación de R [REDACTED] R [REDACTED] en el evento y, por ende, consideró que la sentencia carecía de motivación y que debía ser anulada y absuelta la imputada.

b) Ahora bien, 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 n° 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).





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

Allí se sostuvo 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 José I. Cafferata Nores (La prueba en el proceso penal, 3ª edición, 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.

Sobre la base de estas consideraciones debo señalar que, a mi modo de ver, el tribunal de juicio ha efectuado en la sentencia una correcta valoración de la prueba rendida en el debate, y la ha articulado de modo tal que, de su lectura, se puede comprender, sin dudas, que ha sido correcta la participación que le ha atribuido a la encartada en el delito investigado.

Como bien señaló la defensa en su recurso, no se discutió en el debate y no está controvertida la materialidad del hecho y en la pieza recurrida se mencionaron con toda claridad las pruebas reunidas para acreditarla. Por otro lado, las partes estuvieron de acuerdo en que no fue la imputada quien quitó la cartera a la damnificada, porque se comprobó que fue uno de los jóvenes que integraba el grupo en el que estaba la encartada. Con lo que el punto a dilucidar es si ésta fue ajena a la decisión de apoderarse de dicho objeto o si todo el grupo – incluida R [REDACTED] R [REDACTED] – actuó de común acuerdo, circunstancia que, como vimos, fue negada por la imputada.

Sobre el particular, el tribunal ponderó los dichos de la damnificada Goycochea y del sargento primero Gustavo Havlis, quien ante el requerimiento de aquella buscó y detuvo a los sospechosos, secuestrando los elementos sustraídos a la víctima. La defensa no adujo que la perjudicada haya declarado con falsedad, sino que afirmó que dio diferentes versiones a lo largo de su exposición, justificadas





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

por el tiempo que había transcurrido entre que ocurrió el suceso y el juicio y poniendo de relieve esas contradicciones para quitar peso a esa declaración.

Sin embargo, a mi criterio no es correcto el método seguido por la defensa para fundar ese cuestionamiento, pues importa tomar aspectos parciales del testimonio, en lugar de examinarlo –como correctamente ha hecho el tribunal – como un todo, comparándolo con el resto de los elementos de prueba. Puede apreciarse del acta de debate, que aquello que la asistencia técnica ha marcado como contradicciones, en realidad forman parte de un proceso en el que, inicialmente, la señora Goycochea expuso lo que recordaba de un acontecimiento ocurrido cinco años antes y, luego, a medida que le fueron leyendo su declaración anterior, fue completando aspectos que –con toda razón– pudo haber olvidado; y, se observa que luego recordó con mayor precisión lo que había ocurrido que era, justamente, aquello que había declarado. Corresponde destacar que se aprecia en la deposición de la víctima un hilo conductor que no modificó en toda su declaración, esto es, que el grupo que integraban los individuos que la atacaron estaba conformado por varios hombres y una mujer, que le arrancaron la cartera y se fueron todos juntos caminando, mientras revisaban sus pertenencias y las descartaban. Claramente tuvo dificultades para recordar la ubicación exacta de cada una de las personas o qué elementos había recuperado, pero ello fue despejado con el interrogatorio de las partes y el tribunal en el debate.

Lo mismo ocurre con la declaración del policía Havlis, respecto de la cual la defensa toma un único aspecto –que Goycochea habría dicho que el autor se había desprendido del grupo principal– dejando de lado el resto de las manifestaciones del policía, que señaló que la víctima le dijo que había sido asaltada por un grupo conformado por hombres y mujeres que se habían ido caminando, indicando la





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

dirección; siguió ese rumbo y encontró personas que respondían a las características dadas por la denunciante.

El Tribunal, en suma, consideró que estaba probada la participación de R [REDACTED] R [REDACTED] porque las circunstancias fácticas descriptas por ella no concuerdan con el relato de la víctima, en primer lugar porque dijo que cuando ocurrió el hecho se dirigía a la parada del colectivo de la línea 85 y no estaba por ascender a un taxi, como afirmó la imputada, aclarando que luego del hecho pasó un amigo de ella que trabaja en un coche de alquiler y le solicitó ayuda. Señaló el Tribunal que tampoco era cierto que caminaba detrás del grupo porque Goycochea había afirmado que las personas iban juntas y luego se marcharon del mismo modo con su cartera; a lo que cabe añadir que R [REDACTED] que su novio recriminó al joven que había protagonizado el hecho su accionar, circunstancia que no fue mencionada por la víctima. Finalmente, el Tribunal ponderó como indicio de cargo la actitud de irse caminando junto al grupo que le había arrebatado la cartera a Goycochea y que continuara unida a él aun después de ocurrido el hecho, pues así fueron detenidos por la policía.

A mi modo de ver, como quedó expuesto, todos estos elementos son más que suficientes para fundar un juicio de reproche, pues resultan razonamientos idóneos para refutar la defensa material ensayada por la encartada, por lo que no corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa en tal sentido.

**4) a)** Otro de los motivos de agravios introducidos por la defensa está relacionado con la calificación legal asignada al suceso. En su alegato, la asistencia técnica había señalado que la adecuación típica correcta del caso era la prevista en el art. 164 CP, considerando que la aplicación del art. 167 inciso 2° CP exigía la constatación de los requisitos del art. 210 del mismo cuerpo de leyes.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

En la sentencia, el tribunal indicó que para que se configurara el robo en poblado y en banda es suficiente la presencia de tres o más personas que aumentan el efecto intimidatorio y disuasorio sobre la víctima, siendo indiferente que la integración y decisión se haya concertado con anterioridad o en el momento del ilícito.

b) En la causa n° 5041 del Tribunal Oral de Menores n° 1, “Belisone, Héctor Oscar”, sentencia del 29 de agosto de 2008, fijé mi posición sobre el problema de interpretación que genera el art. 167 inciso 2° cit., 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 y que me llevaron a modificar la posición que había tenido hasta ese momento, de aceptar la doctrina del fallo plenario de la Cámara de Apelaciones del fuero “Quiroz” (Rto. 4/9/89).

Trascribiré a continuación el voto de la Dra. Ledesma porque, como señalé, constituyó un parámetro esencial en la fundamentación que realicé en aquel pronunciamiento.

Señala la distinguida magistrada en la causa “Duarte Castro citada que: *“Como es sabido el principio de legalidad sustantivo (nullum crimen sine lege) es una garantía a favor del acusado que determina la necesidad de una ley expresa y estricta (mandato de determinación) que posibilite la diferenciación de las distintas conductas contenidas en la ley penal (cfr., al respecto, entre otros, Schünemann, Bernd: Nulla Poena sine lege?, Walter de Gruyter, Berlín/New York, 1978, p. 4 y ss.; Roxin, Claus: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3° edición, Beck, Manchen, 1997, p. 98 y Mir Puig, Santiago: Derecho Penal, parte general, 5° edición, Reppertor, Barcelona, 2000, p. 78)”*.

*“De esta manera se receptan tanto, el axioma de mera legalidad que exige una ley como condición necesaria de la pena y*





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

*del delito, como “...el principio de estricta legalidad exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal... la simple legalidad de la forma y de la fuente es la condición de la vigencia o de la existencia de las normas que prevén penas y delitos, cualquiera sean sus contenidos; la estricta legalidad o taxatividad de los contenidos, tal y como resulta de su conformidad con las demás garantías, por hipótesis de rango constitucional, es en cambio una condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes (Ferrajoli, Luigi: Derecho y razón. Teoría del galantismo penal, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, et al, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 95) ”.*

*“De lo expuesto, se puede concluir que constituye, entonces, una garantía constitucional de primer grado. Ello así, en razón de que, desde esa perspectiva, se puede concluir en que se trata de la legitimación de la intervención de los derechos de los ciudadanos (Bacigalupo, Enrique: Principios constitucionales del derecho penal, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 48) ”.*

*“Es así que, cualquier interpretación que se pretenda de una norma penal debe ser la más fiel y estricta del texto legal pues, como señala Jäger, “cuando el resultado de una interpretación conlleva exceder el posible sentido del texto de la ley en perjuicio del autor, entonces podemos considerar que ha traspasado la frontera de la interpretación permitida y se ubica en los terrenos de la analogía prohibida” (Problemas fundamentales del derecho penal, traducido por Enrique Díaz-Aranda en “Problemas fundamentales de derecho penal y procesal penal”, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2003, p. 34) ”.*

*“Sentado ello y sobre esa base, el problema radica en determinar qué debe entenderse por “banda”. Tradicionalmente, dos han sido las corrientes que han buscado dar respuesta a esta cuestión”.*





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

*“La primera de ellas, sostenida por la doctrina mayoritaria (José Manuel Núñez, Ricardo Núñez, Sebastián Soler, Alfredo Molinario, Edgardo Alberto Donna, entre otros) exige para la configuración de la agravante los mismos requisitos que los de la asociación ilícita. La otra, postulada mayoritariamente por la jurisprudencia, requiere únicamente la intervención de tres o más personas en el delito, número mínimo que surgía, también, del artículo 210 del Código Penal. La discusión también se vio plasmada en la jurisprudencia plenaria de la Cámara Criminal y Correccional de la Ciudad de Buenos Aires. La primera de las posturas fue adoptada por dicho tribunal en el plenario “Mouzo, José” del 28 de julio de 1944, mientras que la otra fue receptada a partir del fallo “Coronel, Rogelio Aldube” del 7 de junio de 1963”.*

*“Estas dos posiciones, para poder justificarse, deben acudir – de alguna manera – 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”.*

*“Por ello, entiendo que se debe aplicar una tercera postura – sostenida desde la doctrina por Julio López Casariego – según la cual se puede afirmar que no existe una definición constitucionalmente válida del término “banda” como agravante del robo. Esto no significa que se encuentre prohibida la valoración o interpretación, sino que se exige que la norma contenida en la ley contenga los indicadores necesarios para ser entendida y prevista por sus destinatarios con anterioridad a su aplicación judicial (Jäger, Christian: op. cit., p. 33) ”.*

*“En nuestro ordenamiento estos indicadores no se encuentran presentes ni en el tipo del art. 167 inciso 2° (no establece un número*





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

*de personas que deben estar presentes para que el robo se agrave), ni con una remisión a la asociación ilícita (que en realidad define ese delito y no el término en estudio). Esto es, la normativa no determina, para que se configure el ilícito, que deba tratarse de una agrupación de tres o más personas que se reúnen para cometer un delito determinado o, como lo requiere la asociación ilícita, una planificación y cometer delitos indeterminados”.*

*“En consecuencia, la utilización de otro artículo para completar el significado “banda” excede el texto de la ley e ingresa en el campo prohibido de la analogía...De tal forma, si el legislador no ha determinado cuál es el significado del concepto, no es posible completar esa laguna acudiendo a otras normas. “Por aplicación del principio constitucional de legalidad, el rol del legislador en la definición de la infracción punible no puede ser suplido por interpretaciones doctrinarias y/o jurisprudenciales (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). Resulta necesario, entonces, una redefinición teórica rigurosa de los elementos constitutivos del delito, dotada de una extensión tan determinada como sea posible”.*

*“En esta dirección, el Tribunal Constitucional español, en la sentencia 159/86 sostuvo que “el principio de legalidad impone al legislador el deber de conformar los preceptos legales que condicionan la aplicación de sanciones criminales, de tal manera que de ello se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada”. Reitero aquí la conclusión: de la norma del art. 167 inciso 2º no se puede determinar con claridad cuántas personas deben estar presentes en el hecho para configurar la agravante”.*

c) En el artículo citado por la Dra. Ledesma, López Casariego recuerda que, más allá de la tesis amplia –adoptada por el criterio de





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

“Quiroz” que requiere la simple reunión de tres o más personas en los términos del art. 45 del Código Penal para que haya “banda”– o la restrictiva –que exige a ese efecto que se satisfagan los requisitos del art. 210 del Código Penal– se han elaborado otras posiciones para precisar el concepto, en lo que respecta al número de integrantes. Refiere que se han citado: “*el Código Italiano del 30: 3 personas (art. 305), el Código Español de 1870: 4 personas, el Código Uruguayo al definir la asonada: 4 personas (art. 145), el Código Italiano: 11 personas (339, II y 634 II) o el alemán que en § 244 requiere para la banda: dos personas...*” (op. cit., nota 32).

A mayor abundamiento, no puedo dejar de lado la opinión del Dr. Luis Fernando Niño, quien examinando la cuestión se refiere a “*la indebida construcción doctrinal y jurisprudencial de un concepto de “banda” que, extrayendo el dato numérico incluido en la descripción del art. 210 del ordenamiento penal sustantivo, prescinda de las notas de perdurabilidad, jefatura o liderazgo y organización propias de ese ilícito, para aplicar aquella denominación a la mera intervención de cualquier trío de individuos en la comisión de un delito de robo, encuadrando sus conductas en el marco del art. 167 del plexo normativo de mención (v. entre muchas otras, causas números 49, 108, 135, 265, 918 y 1143 del TOC 20, a cuyos fundamentos me remito en beneficio de la síntesis) ”.*

“*Vuelvo a exponerlo sucintamente, con apoyo en las siguientes premisas: a) no existe una definición legal de banda en el derecho argentino; b) en defecto de un concepto técnico-jurídico conserva plena validez el del lenguaje natural, alusivo a un grupo numeroso de personas que siguen a un jefe o, en otra acepción, a un tropel bullicioso; c) implica una interpretación analógica la extracción del dato numérico ‘tres’ del tipo legal del art. 210 del Código Penal para la construcción de un concepto legal, escindiéndolo de las referencias de permanencia y organización emergentes de la construcción de tal*





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 50000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

*precepto de la Parte Especial de nuestro ordenamiento. A partir de tales asertos, la mera reunión de tres personas en el acto de comisión de un hecho ilícito de robo no desplaza la calificación del mismo al tipo del art. 167, inciso 2º, del Código Penal”.*

Luego, recuerda que *“La Ley 23737, consagrada a la represión de conductas de tráfico ilícito y tenencia de estupefacientes, me provee de un argumento adicional. Mediante su artículo 11, inciso 3, el legislador ha resuelto agravar las escalas penales en ella previstas si “en los hechos intervinieron tres o más personas organizadas para cometerlos”. Tan luego en el sensible terreno político criminal de las drogas, se ha estimado necesario, para dar lugar a una agravación de la respuesta social ante el delito, que el dato aritmético de marras aparezca acompañado por el elemento de la organización, por asumir –sólo así- la relevancia de una circunstancia verdaderamente calificante del injusto”.* (ver voto del Dr. Luis Fernando Niño en la causa n° 3202 “Condorí Mamani, Miguel Angel” del 17 de mayo de 2005, del Tribunal de Menores n° 1).-

Carlos A. Tozzini, por su parte, en su –ya clásica- obra *Los delitos de hurto y robo* (Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 323) dice, sobre el particular que: *“Por mi parte, sostuve, en el plenario “Quiroz, Julio A.”...que la banda, empleada por el legislador en el art. 167 inc. 2, debe tener características diferenciadoras de la mera reunión accidental de tres o más personas, como parecía surgir de la convivencia, en la ley 21.338, de la banda con este tríptico delictivo, y de la estructurada y teleológica asociación ilícita, descrita en el art. 210 del C. Penal. Y tales características son: por un lado, un número mínimo de personas, **que fijé en tres, como para crear la mayor vulnerabilidad en que dicho grupo coloca al bien jurídico, y en que radica la razón de ser de la agravante** y, por otro lado, y como un corolario de lo anterior, que todos los integrantes tomen parte en la ejecución del hecho como*





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

*coautores, es decir, con un acuerdo previo de voluntades, siquiera para cometer ese hecho delictivo, con su división de tareas y su condominio del hecho final, que es lo que otorga a la banda su más grande temibilidad y eficacia frente al bien jurídico protegido. Por ello la banda obviamente no existe como tal cuando la participación de los diversos sujetos es individualmente ocasional, accidental, sin la trabazón orgánica que le da la coautoría, y por lo cual resulta más o menos fácilmente contrarrestable o desbaratable. En este último caso el robo sería simple y se aplicarían a su respecto las normas comunes del concurso de personas en el delito” (la negrita me pertenece).*

Alexis Simaz, en *El número mínimo de intervinientes y el tipo de participación criminal requeridos para configurar la “banda” como cualificante del robo* (“Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, LexisNexis, 11/2006, p. 2136 y ss.), comentando un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, concluye que *“para que la “banda” pueda configurarse es necesario el obrar de dos o más individuos, mediante un acuerdo o plan, los cuales deciden cometer, en poblado o despoblado, un delito determinado (robo o daño), con una mínima organización y/o distribución de funciones entre sus comitentes, no siendo imprescindible que todos ellos obren como coautores, y menos aún que, además, integren una asociación ilícita”*. Cabe aclarar que en el fallo que comenta Simaz, la minoría afirmaba que dos personas eran suficientes para integrar el concepto de banda contenido en la agravante que tratamos.

Corresponde agregar, a lo manifestado por el Dr. Niño con relación al tipo penal asimilable a “banda” descrito en la ley de drogas, que varias normas penales han descrito situaciones similares, aunque siempre con diferentes requisitos típicos, lo que impide construir, desde el derecho positivo vigente, un concepto único de “banda”.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 50000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

Así, el art. 865 del Código Aduanero agrava los ilícitos allí previstos si *intervinieren en el hecho tres (3) o más personas en calidad de autor, instigador o cómplice*; el art. 25 de la Ley n° 22.421 agrava cuando *el hecho se cometiese de modo organizado por el concurso de tres o más personas*; el art. 15 del Régimen Penal Tributario, (Ley n° 24.769 reformada por la n° 25.874): *el que a sabiendas...b) Concurriere con dos o más personas para la comisión de alguno de los delitos tipificados en esta ley, será reprimido con un mínimo de cuatro años de prisión*, con lo que parece captar las conductas de “banda” ya que el inciso c) sanciona al que *Formare parte de una organización o asociación compuesta por tres o más personas que habitualmente esté destinada a cometer cualquiera de los delitos tipificados en la presente ley*. Parece, aquí, tomarse la figura de la asociación ilícita, circunstancia que se ve confirmada porque el tipo penal agrava la figura del jefe u organizador.

Como puede observarse, las dificultades con que se encuentra el intérprete, a la hora de desentrañar los alcances del concepto utilizado por el codificador para agravar el robo por el número de personas intervinientes son insuperables, dadas las variadas opiniones – todas fundadas – que se han dado a lo largo del tiempo para colegir el significado de la “banda” que consigna el art. 167 inciso 2° del Código Penal; incluso, hay quienes opinan que ella sólo puede aplicarse en el caso de haber existido “violencia en las personas” y no cuando la acción importó “fuerza en las cosas” conforme las formas de comisión del robo previstas en el art. 164 de la ley de fondo.

Es destacable la variedad de posiciones que se han elaborado en torno a un mismo concepto, siendo relevante destacar que Tozzini menciona que el concepto que defiende fue creado por él (cuando explica por qué razón escogió ese número de integrantes de la banda) y que mi querido colega, Dr. Niño, admite algo que es obvio: que no existe una definición legal de banda en el derecho argentino, ya que a





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

la omisión del código de fondo se añaden las múltiples definiciones de conductas similares que se previeron en las leyes especiales.

Asimismo, conviene recordar los votos de los jueces Donna y Ouviaña en el citado plenario “Quiroz”. El primero señalaba –en una posición que luego en su obra de la parte especial de derecho penal publicado por Rubinzal Culzoni, y luego de citar la posición de la mayoría de la doctrina clásica-, que: *“Yo interpreto que esta mayoritaria opinión a favor de esta tesis, además del argumento histórico, que he de analizar aparece por la dificultar de definir qué es una banda. Si el intérprete no va al art. 210 del Cód. Penal; **no le queda otra que inventar qué es banda...**En términos más entendibles, si se desvincula el término banda del de asociación ilícita, la consecuencia a mi entender, es que se está violando el principio de legalidad, al dejar la comprensión del significado banda, al total arbitrio de los jueces, ya que en forma intencional el intérprete se separa de lo querido por el legislador cuando entendió qué era o qué se entendía por tal término. No hay forma a mi ver, para aceptar que banda tiene un determinado número mínimo, que ir al 210, y allí, por motivos de lógica, el intérprete queda atrapado”*.

El Dr. Ouviaña, por su parte, luego de adherir a la posición de Donna, indicaba: *“No encuentro, pues, ni la gestación histórica de la norma, ni en las explícitas referencias de la Comisión parlamentaria que decidió suprimir por innecesaria la definición de banda, ni en la interpretación sistemática del Código vigente, razones que permitan dejar de lado las reglas legales de la participación en el caso del delito de robo. Por lo tanto al llevarse el caso de la pluralidad de agentes fuera del específico ámbito de las aludidas reglas legales, estimo que se consuma una flagrante violación a la regla constitucional de legalidad (art. 18), toda vez que la pena más rigurosa que pueda llegar a aplicarse, se fundará en un injustificado paso argumental, carente de sustento jurídico...”*.

Fecha de firma: 13/10/2016

Firmado por: MARIO MAGARIÑOS,

Firmado por: HORACIO L. DÍAS,

Firmado por: PABLO JANTUS

Firmado(ante mi) por: PAOLA DROPULICH, SECRETARIA DE CÁMARA



#2535931#150538087#20161014142523778



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 50000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

Una posición similar a la del profesor Donna es la de Gustavo Vitale quien señala *“Por las razones aludidas, la tesis que, en la Argentina, adjudica un alcance amplio al concepto de banda (sin respetar la exigencia legal del art. 210 CP), resulta **inconstitucional** por transgredir el **principio de legalidad** en la medida en que permite acordar a la prohibición legal un contenido que, ante su imprecisión, no consulta la única descripción legal existente y, con ello, desconoce la necesaria **exhaustividad** en la descripción de la conducta prohibida (o como también suele denominarse, la estricta legalidad).”* (AAVV *Delitos contra la Propiedad*, Luis F. Niño, director, Ad Hoc, Bs. As., 2011, T. 1, p. 187).

d) Este panorama fue el que llevó a López Casariego, que también descarta que el significado aludido pueda hallarse en el lenguaje natural, como afirma Niño, a postular, ante esa evidencia, que en las distintas interpretaciones que se han expuesto: ...2) *Se han sobrevalorado los precedentes legislativos citados por cada una de las corrientes analizadas.* 3) *El significado del término "banda", sin tener en cuenta los antecedentes legislativos, no surge del art. 210 del Cód. Penal.* 4) *También debe ser descartada la conceptualización de la "banda" como la simple participación de tres o más personas en un delito.* 5) *No resulta factible conceptualizar la "banda" según el concepto aportado por la Real Academia Española, ya que provocaría inconsistencias en las figuras calificadas previstas en los arts. 166 y 167 del Cód. Penal.* 6) *Por aplicación del principio constitucional de legalidad, el rol del legislador en la definición de la infracción punible no puede ser suplido por interpretaciones doctrinarias y/o jurisprudenciales.* (op. cit.).

Ahora bien, para determinar si la conclusión a la que llega el autor citado en último término es correcta, corresponde que, aunque





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

sea someramente, mencione algunas de las exigencias del principio de taxatividad, como derivación del de legalidad.

Giovanni Fiandaca y Enzo Musco (*Derecho Penal, Parte General*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, con notas, prólogo y coordinación de la traducción de Luis Fernando Niño, pp. 95 y ss.) indican que “*el principio de taxatividad hace alusión a la técnica de redacción de los tipos penales y tiende, provechosamente, a proteger a los ciudadanos contra eventuales abusos de poder judicial. Si observamos bien, el principio de taxatividad de los tipos penales no representa solo un derivado del principio de legalidad, sino que constituye también el reflejo de otras características y exigencias internas de la tutela penal. En este sentido, el principio en cuestión funciona, ante todo, como pendant del criterio de la fragmentariedad examinado antes. En otras palabras: si la tutela penal está tendencialmente predisuelta solo contra ciertas formas de agresión a los bienes jurídicos, es necesario que el legislador especifique con suficiente precisión cuáles son los comportamientos que constituyen tales modalidades de agresión*”.

**“La importancia fundamental del principio de taxatividad es todavía más evidente allí donde está en juego la eficacia misma del sistema penal, en el sentido de que la determinación precisa de los tipos penales incriminantes representa condición indispensable para que la norma penal pueda servir de guía del comportamiento de los ciudadanos. Tal como bien hemos observado, una norma penal persigue el objetivo de ser obedecida, pero ello es imposible si su destinatario no tiene la posibilidad de conocer con suficiente claridad su contenido”** (la negrita me pertenece).

Añaden (p. 100) que el principio de taxatividad –que vincula al legislador para que describa lo más precisamente posible el hecho delictivo y al juez, para que realice una interpretación de las normas





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 50000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

que refleje el tipo penal tal como fue previsto legalmente— se garantiza mejor con los elementos descriptivos del tipo, porque su significado proviene directamente de la realidad, aunque con posibles dificultades que los autores de mención consignan.

Explican que: *“En cuanto a los **elementos normativos**, es decir, los elementos para cuya determinación es necesaria una **heterointegración** mediante la remisión a una norma distinta de la penal hay que distinguir entre los elementos normativos jurídicos, en los que la exigencia de la taxatividad en general se respeta al remitirse a una norma jurídica que permite identificar claramente la conducta indebida; de los elementos normativos extrajurídicos, es decir, referidos a normas sociales o consuetudinarias...(en las que) el patrón de referencia deviene inevitablemente incierto y surgen dudas graves acerca del límite entre el respeto de un nivel de determinación suficiente y el carácter indefinido del elemento del hecho delictivo”* (ver también Zaffaroni, Alagia, Slokar, *Derecho Penal, parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 220 y ss.).

En punto al problema de la interpretación, expresan (p. 130) que: *“Pese a que un legislador juicioso debe lograr un equilibrio aceptable entre “precisión” y “elasticidad” al momento de configurar la hipótesis delictiva, es un dato inobjetable que la técnica legislativa se encuentra con los límites objetivos inherentes al uso del lenguaje. En efecto, los signos lingüísticos no siempre alcanzan a reflejar todos los caracteres de los datos reales, por lo que es inevitable cierta distancia entre el lenguaje y la realidad...En consecuencia, el acto interpretativo resulta indispensable para seleccionar el significado más coherente con la voluntad legislativa dentro del **espacio semántico** (o área de significación) de determinada expresión lingüística. Por lo demás, la exigencia de una indagación hermenéutica que no se limite a una reproducción mecánica del texto normativo está impuesta por la naturaleza misma*





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

*del procedimiento de subsunción en la norma general y abstracta en el caso en concreto”.*

Indican que el criterio hermenéutico semántico tiende a *identificar el sentido de la norma haciendo hincapié en el significado literal de los términos utilizados en la fórmula legislativa.* Advierten que este sistema, por sí solo, no es suficiente para ofrecer una indicación unívoca y añaden que: *...en muchos casos el lenguaje legislativo adopta términos técnico-jurídicos que no pertenecen al lenguaje común, pero le dan vida a un lenguaje específico. Esto es muy evidente en el caso de las **definiciones estipulativas**, dado que el legislador penal, justamente porque es consciente de la generalidad y ambigüedad del léxico corriente, ha advertido, v.gr. la necesidad de definir expresamente en el art. 266 (se refieren al código italiano) el concepto de “carácter público” de un lugar y el de “obscenidad” en el art. 529. Ahora bien, huelga notar que el significado específico debe prevalecer sobre el uso común en presencia de conceptos técnico-jurídicos o, más genéricamente, técnicos.*

En cuanto al método teleológico, recuerdan que requiere que el intérprete actualice el sentido de la norma, *fundado en el fin tutelar más congruente que se le pueda asignar en el preciso momento en que se procede al acto interpretativo* (p. 138); no obstante, aunque reconocen los autores italianos que menciono que este criterio presenta la ventaja de permitir todas las potencialidades de la prescripción, se corre el riesgo de orientar la tarea según las preferencias ideológicas o visiones personales de los intérpretes. Por ello, recomiendan la interpretación orientada a los fines de la tutela, una de cuyas subespecie es la *denominada **interpretación orientada según las consecuencias, es decir, aquella que le sugiere al intérprete elegir la solución hermenéutica más favorable al reo o al ambiente al que se dirige la decisión.*** (la negrita me pertenece).





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 50000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

Por último, los citados autores aunque admiten que la tarea de interpretación presenta componentes inevitables de valoración y creatividad por parte del juez, *la exigencia de que el juez esté vinculado a la ley, todavía inderogable en el derecho penal, impone limitar lo más que se pueda la interpretación creativa de las normas incriminantes. Si por un lado es cierto que el procedimiento hermenéutico está abierto a las decisiones valorativas del juez, por el otro es necesario delimitar su espacio dentro de los límites correspondientes al significado literal del texto de la ley, aunque sean límites extendidos al máximo.* Consideran, en este sentido, que si estuviese prohibido ingresar con un vehículo a una plaza para no ocasionar molestias, sería una interpretación analógica y violaría manifiestamente la prohibición de analogía en materia penal, decidir que un automóvil de juguete estuviese comprendido en esa definición.

Pablo E. Navarro y Laura Manrique (*El desafío de la taxatividad*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. LVIII, 2005, pp. 805 y ss.), al analizar el problema de la taxatividad desde diferentes estrategias o enfoques, señalan: *“la Corte Suprema de Estados Unidos ha reiterado que una ley penal no supera la exigencia de determinación cuando ella no proporciona advertencia suficiente para que los individuos puedan conducirse de tal manera de que puedan evitar lo que está prohibido”.*

*“Es importante subrayar la diferencia entre la afirmación de que un concepto es impreciso y la afirmación de que un concepto no es suficientemente preciso. El primer enunciado es descriptivo y su verdad se basa tanto en los desacuerdos clasificatorios que generan su aplicación a casos concretos como así también a la imposibilidad de encontrar en las prácticas lingüísticas límites específicos para su aplicación. Por el contrario, la afirmación de que un concepto no es suficientemente preciso involucra un juicio de valor y, por ello, abre*





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

*dudas acerca del carácter objetivo del reproche al legislador...” Más adelante, se refieren a la estrategia de la revisabilidad de las decisiones que “pone el acento en el modo en que las formulaciones del legislador limitan la discreción judicial. Por ello, una formulación sería constitucionalmente admisible desde el punto de vista de la taxatividad si y sólo si impone una selección al conjunto de decisiones que pueden adoptar los jueces...Este énfasis en la limitación de la arbitrariedad marca un desplazamiento de los ideales que justifican a la taxatividad: desde la certeza a la revisabilidad. La certeza se identifica con la posibilidad que los individuos tienen de conocer las consecuencias normativas de sus acciones y ello es una condición necesaria de la autonomía individual ya que el diseño y desarrollo de planes racionales de vida depende de esta capacidad para determinar en qué circunstancias el Estado intervendrá sobre sus bienes básicos...”.*

e) Cabe dejar asentado, paralelamente, que Daniel O’Donnell señala que, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, se ha considerado que: *“El principio de legalidad es vulnerado no sólo cuando la legislación contiene tipos penales que no permiten distinguir entre conducta legal e ilegal, sino también cuando establece tipos penales que no permiten diferenciar entre un delito y otro, al menos cuando las consecuencias relativas a la naturaleza del foro competente a los procedimientos aplicables y a las penas son importantes”* (v. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Primera Edición, Bogotá, 2004, p. 450).

Y, en el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Kimel vs. Argentina”, del 2 de mayo de 2008, señaló que: *“Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos*





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

*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 el caso 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**” (párrafo 63).*

*Agrega: “La Corte resalta que en el presente caso el Estado indicó que “la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana” (supra párr. 18). 67. En razón de lo anterior y teniendo en cuenta las manifestaciones formuladas por el Estado acerca de la deficiente regulación penal de esta materia, la Corte considera que la tipificación penal*





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

***correspondiente contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma”.***

Concluye así, más adelante – siempre con relación a los delitos de calumnias e injurias previstos en nuestro Código Penal, que: *“Tomando en cuenta las consideraciones formuladas hasta ahora sobre la protección debida de la libertad de expresión, la razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel derecho, por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. 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.”*

f) De la reseña efectuada precedentemente, puede apreciarse con claridad 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. A partir de allí, hasta ahora la doctrina y la jurisprudencia, ha navegado entre prevalentemente dos aguas –las tesis amplia y restrictiva mencionadas por López Casariego –aunque también –como vimos- se han dado otras posibilidades con diferentes variantes tanto en lo que se refiere al número de integrantes necesarios para conformarla (2, 3, 4) como al modo como deben estar agrupados (con organización o por reunión espontánea, para cometer delitos indeterminados o con delitos acordados previamente, con o sin estructura).

En cada una de esas alternativas los intérpretes han procurado completar un tipo penal que adolece, indefectiblemente, de precisión





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 50000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

en su estructura, por carecer de todos los elementos necesarios para cumplir con el principio de legalidad. Es más, tanto Donna como Vitale específicamente refieren que la opción por asociar el art. 167 inciso 2° con el 210 es el modo de superar la falencia que el primer tipo ostenta con relación al principio de máxima taxatividad. Recordemos que Fiandaca y Musco explican que la única manera de exigir la obediencia a la ley es que ella sea conocida con suficiente claridad; de ello se deriva que el legislador diseñe el tipo penal de la manera más minuciosa posible que asegure que los jueces solo puedan captar las conductas que encastran perfectamente en ese diseño, respetándose, así, el principio de taxatividad. Claro está que, como señalan Navarro y Manrique, es difícil lograr tipos penales que cumplan a la perfección el principio de máxima taxatividad, aunque a mi modo de ver la remisión a una definición estipulativa es útil para cumplir con este principio, lo que permite limitar la discrecionalidad estatal.

En el caso se verifica un supuesto de imprecisión, según los criterios que aportan los autores citados en último término, puesto que la norma no ofrece ninguna línea que permita dilucidar su sentido, al limitarse la ley a enunciar el sustantivo banda, sin definiciones estipulativas ni elementos descriptivos que permitan extraer algún concepto que con certeza permita precisar sus alcances. Quizá un ejemplo sirva para que resulte más clara la diferencia entre los términos imprecisos y los que no son suficientemente precisos. En la sentencia del 4 de diciembre de 2015, causa CCC 9971/2015/TO1/CNC1, “Florentin, Higinio Hernán s/ robo de automotor o vehículo en la vía pública en tentativa” de esta Sala, se trató el problema de determinar si la bicicleta es uno de los vehículos comprendidos en la agravante del art. 163 inciso 6° CP y se llegó a la solución afirmativa, sobre la base de indagar en las prescripciones que la ley de tránsito contiene sobre el uso de ellas. Asimismo, también





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

fue posible realizar una interpretación teleológica del tipo penal, sobre la base de su reconocido valor social y la necesidad de protección que se deriva de las políticas de estado que fomentan su utilización. Aunque dicho tipo penal fue motivo de discusiones en la doctrina, lo cierto es que podemos afirmar que se trata de un tipo penal que no es lo suficientemente preciso, pero cuyo sentido es posible dilucidar; tal vez facilitado por el hecho de que la tarea, en ese caso, consiste únicamente en establecer si un determinado objeto es de los abarcados por el sustantivo mencionado en la ley. No ocurre lo mismo con el concepto de banda ya que, como vimos, su contenido es prácticamente inasible puesto que la ley no brinda guías para conducir a una definición que cumpla mínimamente con el mandato de certeza.

Como hemos visto, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos al expresado que el principio aludido requiere una clara definición de la acción que fije sus elementos para diferenciarla de los comportamientos no punibles. Ello es, precisamente, 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. No es posible, como vimos, bucear en otras normas jurídicas para encontrar alguna claridad dado que, como se vio, la escueta mención de la ley impide efectuar esa interpretación sin sobrepasar el límite lingüístico de ese sustantivo.

Es evidente que por tratarse un elemento normativo del tipo únicamente es posible saber a qué situaciones se ha querido referir el legislador con la definición del término insertado en la ley; como ello no ha ocurrido y puesto que la interpretación gramatical y la histórica llevan a conclusiones diversas, puede sostenerse que por esas vías no es posible colegir con certeza el sentido de la agravante.

Así las cosas, para aclarar el concepto es necesario emprender una tarea creadora que, sin ningún tipo de dudas, en el caso del art.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

167 inciso 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. Los ejemplos que he dado más arriba conducen sin esfuerzo a esa conclusión, puesto que, por caso, la discusión sobre la cantidad de integrantes se basa en argumentos que no se desprenden del texto interpretado.

g) Así las cosas, considero que no respeta el art. 167 inciso 2° CP el parámetro de legalidad que exige la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos con los alcances expuestos más arriba y, como bien proponen la Dra. Ledesma y el Dr. López Casariego, en que, al no existir una definición estipulativa legal, de la que se pueda inferir cuándo nos encontramos ante una banda, no es posible aplicar la agravante, sin violar los principios de legalidad, taxatividad y analogía, porque deja al arbitrio de los jueces llenar el vacío jurídico que la imprecisión del término contiene, con la consecuente incertidumbre para los destinatarios de la norma.

Sentado lo anterior, corresponde examinar la decisión que corresponde adoptar. En el fallo “Duarte Castro” la Dra. Ledesma ha optado por declarar que el tipo agravado no resulta aplicable en la medida que el legislador no lo modifique de un modo que satisfaga el principio de legalidad, y así decidí en el precedente “Belisone”; por otra parte, es el criterio que también ha llevado a cabo mi distinguida colega, Dra. Patricia Llerena (ver causa n° 2939, “Nievas, Santiago Antonio” del Tribunal Oral en lo Criminal n° 26, del 2 de junio de 2009).

Sin embargo, considero que, como del análisis efectuado precedentemente se desprende claramente que el tipo penal en





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

cuestión viola el principio de legalidad, lo que corresponde es, directamente, declarar su inconstitucionalidad.

El Tribunal Americano, en el caso “Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, del 26 de septiembre de 2006, ha señalado, con relación al cumplimiento de las normas de derecho interno desde la función jurisdiccional, que: *“124. 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 les 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.”*

*“125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno” . Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”.*

Con lo que ninguna duda cabe acerca de que, en la actual estructura de nuestra pirámide jurídica, adquieren especial relevancia las sentencias de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos y, en el caso como el estudiado, los jueces debemos velar por un





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 50000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

adecuado respeto de los principios de legalidad y máxima taxatividad, analizados por el tribunal mencionado en el caso “Kimel” antes citado.

La Corte Suprema de Justicia ha recogido la doctrina de “Almonacid Arellano” señalando que es obligación de los jueces efectuar un control de convencionalidad y constitucionalidad de las normas que aplican, en el caso “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, sentencia del 27 de noviembre de 2012, que a continuación transcribiré por la importancia que resulta para la solución del caso. Dijo el Tribunal superior que:

*“6°) Que cabe recordar que con arreglo al texto del artículo 100 (actual 116 de la Constitución Nacional), tal como fue sancionado por la Convención Constituyente ad hoc de 1860 -recogiendo a su vez el texto de 1853, tributario del propuesto por Alberdi en el artículo 97 de su proyecto constitucional-, corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión, entre otras, de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la Nación (con la reserva hecha en el arto 75 inc. 12) y por los tratados con las naciones extranjeras”.*

*“7°) Que en este marco constitucional, la ley 27 estableció en 1862 que uno de los objetos de la justicia nacional es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella (art. 3). Al año siguiente, el Congreso dictó la ley 48, que prevé que: "Los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los tratados con naciones extranjeras, las leyes particulares de las provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios*





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

*del derecho de gentes, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento, en el orden de prelación que va establecido” (artículo 21)”.*

*“8°) Que con estas bases normativas, la doctrina atinente al deber de los jueces de efectuar el examen comparativo de las leyes con la Constitución. Nacional fue aplicada por esta Corte desde sus primeros pronunciamientos cuando -contando entre sus miembros con un convencional constituyente de 1853, el Doctor José Benjamín Gorostiaga - delineó sus facultades para "aplicar las leyes y reglamentos tales como son, con tal que emanen de autoridad competente y no sean repugnantes a la Constitución” (Fallos: 23:37).”*

*“9°) Que en esta senda se expidió el-Tribunal en 1888 respecto de la facultad de los magistrados de examinar la compatibilidad entre las normas inferiores y la Constitución Nacional con una fórmula que resulta hoy ya clásica en su jurisprudencia: "es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta. atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de .las mayores garantías con que :se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos”. Tal atribución -concluyó la Corte- "es un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo ordinario" (Fallos: 33:162).”*

*“Como es bien sabido, un año antes, en el caso "Sojo", esta Corte ya había citado la autoridad del célebre precedente "Marbury vs. Madison" para establecer que "una ley del congreso repugnante a*





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

*la Constitución no es ley" y para afirmar que "cuando la Constitución y una ley del Congreso están en conflicto, la Constitución debe regir el caso a que ambas se refieren" (Fallos: 32:120). Tal atribución encontró fundamento en un principio fundacional del orden constitucional argentino que consiste en reconocer la supremacía de la Constitución Nacional (art. 31), pues como expresaba Sánchez Viamonte "no existe ningún argumento válido para que un juez deje de aplicar en primer término la Constitución Nacional" (Juicio de amparo, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XVII, pág. 197, citado en Fallos: 321:3620)".*

*"10) Que el requisito de que ese control fuera efectuado a petición de parte resulta un aditamento pretoriano que estableció formalmente este Tribunal en 1941 en el caso "Ganadera Los Lagos" (Fallos: 190: 142). Tal requerimiento se fundó en la advertencia de que el control de constitucionalidad sin pedido de parte implicaría que los jueces pueden fiscalizar por propia iniciativa los actos legislativos o los decretos de la administración, y que tal actividad afectaría el equilibrio de poderes. Sin embargo, frente a este argumento, se afirmó posteriormente que si se acepta la atribución judicial de control constitucional, carece de consistencia sostener que el avance sobre los dos poderes democráticos de la Constitución no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay (Fallos: 306:303, voto de los jueces Fayt y Belluscio; y 327:3117, considerando 4°)".*

*"Agregó el Tribunal que la declaración de inconstitucionalidad de oficio tampoco "se. opone a la presunción de validez de los actos administrativos o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior, lo que ocurre cuando las leyes se oponen a la Constitución. Ni ( ... ) puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese, debería también descalificarse toda*





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

*aplicación de oficio de. cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso" (Fallos: 327:3117, considerando 4° citado)."*

*"11) Que, sin perjuicio de estos argumentos, cabe agregar que tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos. En el precedente "Mazzeo" (Fallos": 330:3248), esta Corte enfatizó que "la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)" que importa "una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos" (considerando 20)".*

*"Se advirtió también en "Mazzeo" que la CIDH "ha señalado que es consciente de 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 les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". Concluyó que "[ e] n 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" (caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124, considerando 21)".*





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC.1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

*“12) Que en diversas ocasiones posteriores la CIDH ha profundizado el concepto fijado en el citado precedente "Almonacid". En efecto, en el caso "Trabajadores Cesados del Congreso" precisó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana ["Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", del 24 de noviembre de 2006, parágrafo 128]. Tal criterio fue reiterado algunos años más tarde, expresado en similares términos, en los casos "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia" (del 1º de septiembre de 2010, parágrafo 202); "Gomes Lund y otros ('Guerrilha do Raguaia') vs. Brasil" (del 24 de noviembre de 2010, parágrafo 176) y "Cabrera a y Montiel Flores vs. México" (del 26 de noviembre de 2010, parágrafo 225)”.*

*“Recientemente, el citado Tribunal ha insistido respecto del control de convencionalidad ex officio, añadiendo que en dicha tarea los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (conf. caso "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina" del 29 de noviembre de 2011)”.*

*“La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte*





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

*Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida,. por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango”.*

*“13) Que resulta preciso puntualizar, sin embargo, que el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes" (confr. casos "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña" y "Gómez Lund y otros", citados)”.*

*“Desde esta perspectiva, el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes. Es conveniente recordar, al respecto, que la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que debe poner de manifiesto tal situación”.*

*“En este sentido se impone subrayar que cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente*





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

*remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera”.*

*“Como puede apreciarse, el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el Tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control”.*

*“14) Que, en tal sentido, cabe recalcar la jurisprudencia de esta Corte según la cual la declaración de inconstitucionalidad al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio de última ratio que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas (Fallos: 14: 425; 147: 28 6). Además, cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de estas últimas para su resolución (Fallos: 300:1029; 305:1304)”.*

*“En suma, la revisión judicial en juego, por ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, solo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad”.*

Conviene recordar, por otra parte, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Acosta, Alejandro Esteban” del 23 de abril de 2008, había señalado en el párrafo sexto 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*





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

*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 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 ultima 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”.*

De acuerdo a todo lo expuesto, entonces, considero que, en la medida en que es claro, desde mi punto de vista, que el art. 167 inciso 2° CP no es constitucional porque no respeta el principio de legalidad corresponde declarar su inconstitucionalidad de oficio, por violación al art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 15.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 18 de la Constitución Nacional. En la medida en que la ley no da un contenido al concepto de banda que satisfaga el principio aludido, y ante la posibilidad de determinarlo por vía hermenéutica, no es posible aplicar la norma sin vulnerar los principios a los que hice referencia más arriba, pero –y en esto radica una modificación a mi posición anterior – tampoco es factible dejar de aplicar una norma vigente. Es cierto que una de las opciones es resolver directamente que no se han satisfecho los elementos del tipo, sin recurrir a la declaración de inconstitucionalidad, pero lo cierto es que es que esa decisión estaría sostenida en la indeterminación de la conducta que la figura legal





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

podría captar, y por lo tanto, el efecto sería dejar de aplicarla sin declarar su inconstitucionalidad.

Como entiendo que esa solución no es posible y que la tarea jurisdiccional exige determinar con la mayor precisión posible el sentido de las normas, es que considero que la decisión de declarar la inconstitucionalidad es la que mejor se compadece con un sistema en el que debe regir con la mayor amplitud el principio de legalidad.

**h)** Ante la solución propuesta, entiendo que la conducta atribuida a R [REDACTED] R [REDACTED] debe ser calificada como constitutiva del delito de robo simple (art. 164 CP), y como entiendo que asiste razón a la Sra. Fiscal en cuanto a las razones que brindó para considerar que el hecho no se había consumado, dada la declaración de la víctima y el hallazgo de las cosas poco tiempo después de su sustracción, debe modificarse la sentencia y condenarse a la imputada como coautora del delito de robo en grado de tentativa.

Ahora bien, en cuanto a la decisión sobre la punibilidad, entiendo que debe resolverse en esta instancia teniendo en cuenta los parámetros utilizados en la sentencia, a los que cabe añadir, como circunstancia agravante, el número de intervinientes. De acuerdo a ello, considero que la pena de un año de prisión en suspenso resulta ajustada a derecho.

Sobre la base de lo expuesto, en definitiva, voto por: I. Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa a fs. 367/376 y confirmar la resolución del 20 de abril de 2015, mediante la que el Tribunal Oral en lo Criminal n° 8 rechazó el pedido de suspensión del juicio a prueba formulado en favor de M [REDACTED] E [REDACTED] R [REDACTED] R [REDACTED] sin costas en esta instancia (arts. 76 *bis* del Código Penal y 456 inciso 1 y 470 a *contrario sensu*, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación) y II. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa a fs. 378/397, sin costas en esta instancia, declarar la inconstitucionalidad del art. 167 inciso 2 del Código Penal





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

y, en consecuencia, y confirmando la condena dictada respecto de M [REDACTED] E [REDACTED] R [REDACTED] R [REDACTED] calificar el hecho como constitutivo del delito de robo simple en grado de tentativa, por el que deberá responder como coautora, e imponerle la pena de un año de prisión de ejecución condicional –limitando a ese plazo las reglas de conducta impuestas– y costas (art. 18 de la Constitución Nacional, arts. 29 inciso 3°, 40, 41, 42, 45 y 164 del Código Penal y arts. 456, 457, 469, 470, 475, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

**El juez Mario Magariños dijo:**

**-I-**

En primer término, el agravio del recurrente encaminado a obtener la revocación de la sentencia, por haberse considerado en ella improcedente, por extemporánea, la solicitud de suspensión de juicio a prueba efectuada durante el debate, al momento de los alegatos finales de las partes, no puede merecer favorable acogida.

Ello pues, de aceptarse la pretensión de la defensa, se convalidaría un supuesto en el que el juicio oral y público finalizaría por una vía anormal, esto es, sin un pronunciamiento que resuelva de modo definitivo acerca de la acusación por el hecho que dio lugar a la apertura del juicio, y a su posterior sustanciación; por lo tanto, de haberse hecho lugar a esa pretensión de la defensa, se hubiera producido una situación de *non liquet*.

Precisamente, con el fin de evitar esa consecuencia, se afirma, sin controversia, que una vez iniciado el debate solo dos resoluciones alternativas son posibles, de modo tal que “la decisión se presenta como un dilema entre la absolución o la condena del imputado” (Maier, Julio, *Derecho procesal penal*, Tomo I, editores del Puerto, 2° edición, 1° reimpresión, Buenos Aires, 1999, p. 880). En idéntica línea, señala Jorge A. Clariá Olmedo, que la sentencia es “*definitoria* de la cuestión sustancial del proceso, por cuanto debe decidir y





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 50000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

declarar la voluntad de la ley de fondo con respecto al hecho imputado en la acusación, sin posibilidad de un pronunciamiento que no sea absolutorio o condenatorio”, y concluye, sin margen para la duda, que se encuentra prohibida “toda declaración extraña a estos dos extremos por cuanto ello significaría no resolver” (*Tratado de derecho procesal penal*, Tomo IV, Rubinzal-Culzoni, 1° edición, Santa Fé, 2008, p. 287 y 302).

Por consiguiente, el planteo formulado por el recurrente resulta manifiestamente improcedente, razón por la cual, con estos alcances, comparto la resolución propuesta sobre el punto en el voto del juez Jantus.

Por otra parte, en tanto en la sentencia recurrida se ha llevado adelante una correcta fijación del hecho materia de condena, de conformidad con las pautas establecidas por esta cámara en el precedente “Cajal” –proceso n° CCC 31507/2014/TO1/CNC1, registro n° 351/2015, sentencia del 14 de agosto de 2015- (ver voto del juez Magariños), corresponde también confirmar este aspecto de la decisión atacada.

### -II-

Tampoco puede progresar el agravio referido a la violación de la regla de congruencia fáctica entre acusación y sentencia, pues como he señalado en el precedente “Ullua” (proceso n° CCC 14999/2013/TO1/CNC3, registro n° 605/2016, sentencia del 12 de agosto de 2016) -ver el voto del juez Magariños- determinar si un cierto comportamiento posee o no sentido criminal y, en su caso, establecer su significado jurídico penal preciso es función propia del órgano jurisdiccional, dado el carácter público del derecho penal, con el único límite de la sujeción del pronunciamiento a los hechos que hayan constituido objeto del juicio y de la acusación.

Es claro que, en el caso, tanto en el requerimiento de elevación a juicio (fs. 152/156), como en el alegato final de la fiscalía (fs.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

355vta.) y en la sentencia (fs. 358/366vta.), la plataforma fáctica por la que se imputó a la señora R [REDACTED] se mantuvo inalterada, en tanto los hechos fueron descriptos en forma coincidente a lo largo del proceso.

Lo único que el tribunal *a quo* modificó, fue la calificación del hecho probado, en tanto consideró que poseía el significado de consumación y no de tentativa a diferencia del criterio sostenido sobre el punto por el representante del Ministerio Público Fiscal. Sin embargo, no existió alteración alguna de la base fáctica atribuida por el acusador, razón por la cual la congruencia entre la acusación y la sentencia se mantuvo incólume.

Para arribar a esa conclusión el tribunal oral tuvo correctamente por acreditada la circunstancia de que, luego de interceptar a la víctima y arrebatarle de un tirón la cartera con pertenencias en su interior, la condenada junto con los otros sujetos intervinientes se marcharon del lugar llevándose las cosas objeto del desapoderamiento. Razón por la cual los sentenciantes concluyeron que los autores lograron así sacar los objetos de la esfera de custodia de su tenedora y de ese modo obtuvieron una efectiva posibilidad de disposición sobre las cosas.

La decisión del *a quo* es acertada pues, en punto al apoderamiento, como acción típica en el delito de hurto y, por consiguiente, en el de robo, cabe señalar que la consumación es, en efecto, alcanzada en el preciso momento en que el autor logra la concreta posibilidad de disponer de los objetos sustraídos (Conf. Jorge Frías Caballero: *La acción material constitutiva del delito de hurto*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962, p.33).

En el caso, conforme los extremos fácticos que se tuvieron por probados en la sentencia, es claro que se logró alcanzar la posibilidad efectiva de disponer de las cosas sustraídas requerida en el tipo penal, dado que los autores, como se expresó más arriba, se marcharon del





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

lugar del hecho y fueron así perdidos de vista, llevando en su poder los objetos de apoderamiento; sin que resulte relevante para definir la consumación, si, posteriormente, la damnificada recuperó o no los objetos, ni el tiempo transcurrido hasta que esa circunstancia pudiera haberse concretado.

En consecuencia, también en este punto corresponde confirmar la sentencia impugnada.

### **-III-**

En relación con el restante agravio del recurrente, referido a la errónea calificación jurídica asignada en la sentencia al suceso que se tuvo por probado, el colega Jantus concluye en su voto que la calificante del delito de robo, cuando es cometido en “banda”, contenida en el artículo 167, inciso 2° del Código Penal, es inconstitucional, pues según afirma, la falta de una definición de ese término en el mismo texto del inciso 2° del artículo mencionado, importa una violación al mandato de taxatividad, establecido como consecuencia del principio de legalidad contenido en el artículo 18 de la Constitución Nacional; a su vez, se sostiene en el voto precedente que no es aceptable una hermenéutica consistente en integrar la definición de la agravante mediante un análisis intrasistemático del Código Penal, de modo que, a través de otro artículo de la misma ley, se logre alcanzar la definición del término empleado por el legislador, pues según afirma el colega esa sería una interpretación analógica y, por lo tanto, según entiende, prohibida por el principio constitucional citado.

En relación con la primera de esas líneas argumentales, dirigida a fundar la incoherencia normativa de la citada regla legal calificante con el artículo 18 de la Constitución Nacional, es preciso advertir que el mandato de taxatividad en la determinación de las conductas prohibidas, como corolario del principio de legalidad, no significa que el tenor literal de la ley, cualquiera sea éste, excluya la labor





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

interpretativa del juzgador. Aceptar esa clase de razonamiento importa un retorno a la pretensión de que los jueces solo deben actuar como si fueran “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, sin margen para la tarea hermenéutica.

Sin embargo, “Actualmente hay un acuerdo unánime en el sentido de que esa concepción mecanicista del juez es impracticable. Todos los conceptos que emplea la ley (con la excepción de las cifras, fechas, medidas y similares) admiten en mayor o menor medida varios significados. Y ello sucede no sólo en los conceptos normativos, es decir que predominantemente son sólo asequibles a la comprensión intelectual, [...] sino también en los conceptos legales ampliamente descriptivos, es decir, que por su objeto son perceptibles sensorialmente, como el de ‘hombre (ser humano)’” (Roxin, Claus, *Derecho Penal – Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de la 2º edición alemana de Diego Luzón Peña y otros, Edit. Civitas, Madrid, 1997, T. I, p. 148). Es que, “por muy perfeccionado que esté el sistema de garantías penales, la verificación jurídica de los presupuestos legales de la pena nunca puede ser absolutamente cierta y objetiva” (Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibañez y otros, Edit. Trotta, Madrid, 1995, p. 38/39; en igual sentido, puede verse, Edmund Mezger, *Derecho penal. Parte General*, trad. de la 6º edición alemana, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, p. 61).

Se trata de comprender que, como desde antiguo enseña la doctrina, no es posible “sostener que la interpretación de la norma jurídica sea superflua, porque es una ilusión creer que la voluntad contenida en la norma sea de aprehensión inmediata. Aun las leyes que parecen más claras requieren interpretación” (Giuseppe Bettiol, *Derecho penal. Parte general*, Rodamillans S.R.L., 4º edición, revisada y actualizada, Palermo, 1958, p. 109).





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 50000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

De ese modo también lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que, “los jueces tienen la misión de desentrañar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, delimitar los hechos punibles y los no punibles, conocer, en definitiva, qué es lo que la voluntad general expresada en la ley quiere castigar y cómo quiere hacerlo. En este sentido, **la interpretación judicial constituye una de las funciones primordiales de la actividad jurídica de un estado de derecho** con el fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas frente al poder del Estado, erigiéndose así, en conquista irreversible del pensamiento democrático. Para alcanzar acabadamente este objetivo, lo cual significa que la tarea interpretativa adquiere legitimidad, es requisito indispensable que ella permita la aplicación racional de las normas jurídico penales” (conf. considerando 13° del voto de los jueces Petracchi y Bacqué, Fallos:309:5, y sus citas; el resaltado se agrega).

Por consiguiente, la pretensión de que el principio de legalidad, contenido en el artículo 18 de la Constitución Nacional, impone al legislador acuñar la ley a través de términos que determinen la exclusión de la tarea interpretativa asignada al juzgador, carece de entidad suficiente para sustentar un pronunciamiento de inconstitucionalidad de una regla legal, tal como se propone.

Tampoco resulta plausible fundar la postulada ilegitimidad de la calificante contemplada en el inciso 2° del artículo 167 del Código Penal, con el argumento de que una interpretación interasistemática del citado cuerpo legal, esto es, orientada a establecer el alcance del término “banda” a través de la definición taxativa que de esa misma expresión el legislador otorga en otro artículo de la ley, al referir a “banda de tres o más personas” (conf. primer párrafo del artículo 210 del Código Penal), constituiría una analogía prohibida por el artículo 18 de la Constitución Nacional.





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

La base de ese erróneo criterio radica en asimilar interpretación y aplicación analógica de la ley (sólo ésta última prohibida por el principio constitucional de legalidad), en tanto “Analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos) [...] pues para un supuesto que sólo sea similar al regulado en la ley, no está fijada o determinada legalmente la punibilidad” (Claus Roxin, *ob. y vol. cit.*, p. 140). Esa equivocada asimilación entre interpretación y aplicación analógica olvida el acuerdo unánime, vigente en la actualidad, en punto a que: “el juez siempre tiene que elegir entre diversas posibilidades de significado, y esa actividad creadora que se realiza según determinadas reglas es lo que se denomina interpretación” (*ídem*, p. 148).

En otras palabras, “el aplicador de la ley no puede nunca aumentar el nivel de generalización de los elementos positivos del tipo delictivo, es decir, llegar a hacer más general, ampliando así el ámbito de aplicación. Esta *prohibición de generalización* -la doctrina dominante lo denomina (impropiamente) *prohibición de analogía*-” (Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, 2º edición, Madrid, 1997, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 3/33). Sin embargo, “El término resulta desafortunado, porque en la interpretación no se puede prescindir de deducciones analógicas (a partir de la suficiente semejanza, deducir la necesidad de igual tratamiento... En cada constatación de que un ámbito de supuestos aún está abarcado por una norma, la argumentación si se produce materialmente, se basa en afirmar la suficiente semejanza de lo aún abarcado y el ámbito central de la regulación” (*ídem*, 3/33 cit., nota 60, el resaltado se agrega).

Con palabras similares a las de Jakobs se expresaba su maestro, al afirmar que: “tampoco la analogía está de ninguna manera





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

prohibida totalmente en el Derecho Penal: pues donde se trata, no de una ampliación de la ley, sino sólo de una interpretación de la ley, también la comparación con otros tipos es admisible y en tal medida también la analogía” (Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, 2° edición castellana, Traducción de la 11° edición alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, 1976, p. 40).

También Luigi Ferrajoli admite que la interpretación de la ley “no es nunca una actividad solamente reconocitiva, sino que siempre es el fruto de una elección práctica respecto de hipótesis interpretativas alternativas. Y esta elección, más o menos opinable según el grado de indeterminación de la previsión legal, concluye inevitablemente en el ejercicio de un poder en la denotación o calificación jurídica de los hechos juzgados” (*ob. cit.*, p. 61).

En la misma dirección de reconocimiento a la legitimidad de la tarea interpretativa y a su diferenciación con la aplicación analógica de la ley penal, la Corte Suprema de Justicia de nuestro país ha afirmado con énfasis que: “por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente; sin que en esa tarea exista óbice alguno para que el juez pueda apartarse de las palabras de la ley, cuando su interpretación sistemática así lo requiera...” (Fallos:322:1699, considerando 6° y sus citas).

En cumplimiento de esa tarea, y sin necesidad de apartarse en absoluto de las palabras de la ley de fondo, el análisis intrasistemático del Código Penal aparece, sin dudas, como una correcta y razonable hermenéutica, pues la bondad de este método radica en que mediante su utilización: “el sentido de la Ley es deducido de la posición en la que se sitúa la norma a interpretar en relación con el conjunto del sistema” (Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, *Tratado de*





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

*derecho penal. Parte general*, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, editorial Comares, 5º edición, Granada, 2002, p. 166).

Es que, como ha destacado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “según el criterio sistemático, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen” (cfr. Caso González y otras vs. México, párr. 43, y Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, párr. 191).

Con lo expuesto, queda descartada toda posibilidad de predicar la ilegitimidad de una interpretación intrasistemática del Código Penal dirigida a fijar el alcance de la agravante contemplada en el inciso 2º del artículo 167 de ese cuerpo legal, en punto al número mínimo de personas intervinientes en un robo, necesario para configurar una “banda”, como el de “tres o más personas”, conforme la definición expresa y taxativa de idéntico término (“banda”) contenida en otro artículo de la misma ley (artículo 210, primer párrafo, del Código Penal).

Es indudable así, cuál es el número de integrantes necesario para configurar una “banda” según el propio Código Penal. Y tampoco los ejemplos de figuras contenidas en otras leyes en las cuales también se alude a una pluralidad de intervinientes, utilizadas de modo comparativo en el voto del colega Jantus, arroja una conclusión diversa en punto a cuál es el número exigido por el legislador, pues siempre se alude a tres o más personas. Así, en el inciso “a” del artículo 865 del Código Aduanero, se refiere a “cuando en el hecho intervinieren tres (3) o más personas”; también en el inciso 3º del artículo 11 de la ley n° 23.737, se alude a “si en los hechos intervinieren tres o más personas”; en el artículo 25 de la ley 22.421 se contempla como agravante “...el concurso de tres o más personas”; asimismo, en la ley 24.769 el legislador consagró como calificante el supuesto en que el autor concurriera con otras dos o más





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 50000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

personas a la comisión de los delitos tipificados en la ley citada (“el que... concurriere con dos o más personas”; conf. artículo 15, inciso “b”, de la norma mencionada).

A su vez, la intervención de ese número de “tres o más personas” en la ejecución de un robo explica el fundamento y la razón de ser de la agravante, en tanto lo que el legislador desvalora más severamente es la mayor eficiencia lograda mediante el reparto y la división de tareas entre varios intervinientes, para ejecutar y consumar una acción de apoderamiento, ya sea mediante fuerza en las cosas o violencia física en las personas.

Por consiguiente, ninguna relevancia poseen para la configuración de la agravante del delito de robo, los requisitos típicos de la figura contenida en el artículo 210 del Código Penal. Toda vez que lo prohibido por el delito de “asociación ilícita” es la mera reunión de una determinada cantidad de individuos (delito de pura actividad), configurándose la prohibición en relación con un acto preparatorio, lo cual importa un apartamiento de los principios generales de atribución de responsabilidad penal y, por esa misma razón, una débil o nula legitimidad de la norma que subyace al tipo penal del artículo 210 de la ley de fondo, frente al principio fundamental de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Es por ello que la punibilidad de ésta figura se condiciona fuertemente, exigiéndose, por un lado, una finalidad específica, la de cometer delitos indeterminados -aspecto éste que también pone en juego lo establecido por el citado artículo de la Constitución Nacional, en tanto esa norma consagra, además, la exigencia de exteriorización- y, por otra parte, una cierta permanencia en la asociación.

Por el contrario, en la agravante del robo por su comisión en “banda” (artículo 167, inciso 2º, de la ley de fondo) estos elementos, además de resultar totalmente innecesarios, por cuanto en la





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

legitimidad de la norma que le da fundamento no se observa aquella debilidad o carencia de legitimidad, resultan totalmente extraños al sentido de la previsión calificante.

Es claro entonces que la razón de ser de la agravante de un hecho de robo cometido en “banda” no se encuentra en que sus ejecutores formen parte de una asociación permanente o que tengan en mente la realización de delitos indeterminados, sino que radica en el mayor peligro que el bien jurídico protegido corre cuando existe pluralidad de intervinientes en el hecho, sin que resulte tampoco relevante cuál sea la calidad jurídica que posea la intervención. Por consiguiente, cuando esa pluralidad se da en un caso concreto, es del todo indiferente, a efectos de la aplicación de la agravante en examen, que los participantes en el suceso sean o no miembros de una asociación.

En definitiva, las condiciones de aplicación de la figura de la asociación ilícita, esto es, un delito de pura actividad, cuya acción típica es un mero “tomar parte” y que, por lo tanto, no exige para su consumación ni siquiera la actividad preparatoria de un delito determinado, no deben confundirse con una agravante que penaliza un modo especial de llevar a cabo un hecho de robo.

A mayor abundamiento, cabe señalar que los bienes jurídicos protegidos en ambos casos son diferentes, circunstancia ésta que también concurre a explicar por qué los requisitos exigidos para la punición de la “asociación ilícita” y la agravación del robo son distintos; pues, el bien jurídico “propiedad” no tiene por qué verse perjudicado o en situación de mayor peligro por la sola circunstancia de que los intervinientes en un robo sean, a su vez, miembros de una asociación con cierta permanencia o tengan la finalidad de cometer delitos indeterminados.

Antes bien, la razón de mayor vulnerabilidad para el bien jurídico “propiedad”, solo estará dada por una actuación conjunta de





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

tres o más personas, único aspecto éste (el del número de intervinientes), que corresponde extraer del artículo 210 de la ley de fondo, a partir de una interpretación intrasistemática del Código Penal.

En síntesis, el hecho que correctamente se ha tenido por acreditado en la sentencia recurrida, ha merecido también por parte del *a quo* la correcta aplicación de la norma calificante prevista en el artículo 167, inciso 2°, del Código Penal.

### **-IV-**

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar los recursos de casación interpuestos por la defensa y confirmar las resoluciones impugnadas; sin costas (artículos 444, segundo párrafo, 470 y 471 -éstos últimos *a contrario sensu*-, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

### **El juez Horacio Días dijo:**

**I.** En materia de suspensión del juicio a prueba, la ley aplicable (arts. 76 *bis*, *ter* y *quater* del CP y 293, CPPN), no fija un plazo fatal tras el cual ya no le es posible al imputado efectuar la solicitud. Por dicha razón, cabe interpretar la expresión “juicio”, en el sentido de proceso justo, y no únicamente como sinónimo de debate oral, público, continuo y contradictorio. Y si bien es cierto que los fines de descompresión de litigios para el sistema que fundan el instituto, válidamente propician con auspicio, que el tratamiento de esta forma alternativa de solución del proceso, no se demore más allá del abocamiento de las cuestiones preliminares del art. 376 del código de rito, no lo es menos que esa regla no rige cuando la primera oportunidad que tiene el acusado para hacerlo se presenta posteriormente.

En efecto, en supuestos como el presente, donde recién en el alegato final del fiscal de juicio, tras una moción de modificación de





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

la calificación legal del hecho atribuido, surge la posibilidad de que en caso de condena la pena a aplicar pueda ser dejada en suspenso, presupuesto ineludible para la procedencia de este instituto, es recién aquí la primera posibilidad material que tiene la defensa para la introducción del pedido, y mal se le puede dar como respuesta que el plazo estaba vencido, por la sencilla razón de que antes no estuvo corriendo ningún plazo, en tanto la *probation* no era viable.

Si algo no puede ser el derecho es irrazonable, y los intereses generales no pueden ir tan lejos, ni ser tan prioritarios, como para anular los subjetivos.

Por todo ello, tengo para mí que constituye una excepción, situaciones como la presente, donde la primera posibilidad material que tiene la defensa para introducir el planteo de suspensión del juicio a prueba, lo es tras el alegato fiscal en la etapa conclusiva del debate. Y aquí, la respuesta jurisdiccional no puede ser nunca la extemporaneidad del planteo, ya que fue la primera oportunidad que la defensa tuvo para presentarlo. Respuestas como esta, es lo mismo que negar una respuesta, o en otros términos, privar el acceso a la jurisdicción sobre el pedido, sin olvidar que se está introduciendo, pretorianamente, un plazo de cancelación que la ley explícitamente no tiene fijado.

Así las cosas, propongo al acuerdo casar la sentencia recurrida, disponer la anulación del fallo impugnado, remitiendo los actuados a otra sede jurisdiccional para que dé tratamiento al pedido de suspensión de juicio a prueba formulado por la defensa, sin costas (rigen los arts. 76 *bis* del CP y 173, 293, 456, 457, 459, 469, 471 y 530 del CPPN).

**II.** Ahora bien, en atención a la solución a que arribaron mis colegas sobre el aspecto tratado en el punto anterior, adversa a la que postulé allí, donde resulté vencido, he de señalar que, a fin de lograr una mayoría y por lo tanto un pronunciamiento judicial válido,





## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

coincido sustancialmente con lo expuesto por el juez Magariños en los puntos I, último párrafo, II y III de su voto, por lo que emito el mío en igual sentido.

Tal es mi voto.

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

**I. RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por la defensa a fs. 367/376 y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la resolución de fecha 20 de abril de 2015 –plasmada a fs. 355 vta–, mediante la cual se rechazó el pedido de suspensión del juicio a prueba formulado en favor de M [REDACTED] E [REDACTED] R [REDACTED] R [REDACTED] sin costas en esta instancia (art. 76 *bis* del Código Penal y arts. 456, 469, 470 *a contrario sensu*, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

**II. RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por la defensa a fs. 378/397 y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la sentencia dictada a fs. 357 y 358/366; sin costas en esta instancia (arts. 456, 469, 470, 471 –los dos últimos *a contrario sensu*–, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Se hace constar que el juez Pablo Jantus participó de la deliberación llevada a cabo luego de la audiencia celebrada en términos de los arts. 465, último párrafo, y 468 del Código Procesal Penal de la Nación y emitió su decisión en el sentido indicado, pero no firma la presente por encontrarse actualmente en uso de licencia (artículo 399 *in fine* del Código Procesal Penal de la Nación)

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y devuélvase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 500000790/2010/TO1/CNC1

*Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*

MARIO MAGARIÑOS

HORACIO L. DÍAS

-en disidencia parcial-

Ante mí:

PAOLA DROPULICH  
SECRETARIA DE CÁMARA

