



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 62406/2022/TO1/CNC1

Reg. n° 1728/23

Buenos Aires, 29 de septiembre de 2023.

VISTOS:

Para resolver el recurso de casación por la defensa de Ovidio René Mancuello Sosa en esta causa n° CCC 62406/2022/TO1/CNC1.

Y CONSIDERANDO:

El juez Pablo Jantus dijo:

I. El 18 de mayo de 2023 el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 16 de esta Ciudad, integrado de forma unipersonal por la jueza Inés Cantisani y mediante el trámite de juicio abreviado, resolvió “I- *CONDENAR a OVIDIO RENÉ MANCUELLO SOSA de las demás condiciones personales obrantes en el exordio, a la PENA de TRES AÑOS DE PRISIÓN de efectivo cumplimiento y costas, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda dejando expresa constancia que se imprimió al presente el trámite de JUICIO ABREVIADO previsto por el artículo 431 `bis` del código de rito (arts. 29 inc. 3ero, 40, 41, 45 y 167 inc. 2° del Código Penal de la Nación y 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). II- *DECLARAR REINCIDENTE a OVIDIO RENÉ MANCUELLO SOSA, de conformidad con lo establecido por el artículo 50 del Código Penal de la Nación. III- *FIJAR EL VENCIMIENTO de la pena de prisión impuesta a OVIDIO RENÉ MANCUELLO SOSA en el punto I del presente decisorio para el día catorce de noviembre de dos mil veinticinco (14/11/2025) a las 24 horas*”.**

Contra esa decisión se interpuso recurso de casación *in pauperis*, que fue fundado por la defensa y cuyo rechazo por parte del Tribunal de la anterior instancia dio lugar a una queja, a la que como integrante de la Sala de Turno de esta Cámara hice lugar (reg. n° S.T. 1006/2023). Se asignó a la impugnación, que fue mantenida, el trámite previsto en el art. art. 465 del Código Procesal Penal de la



Nación. En el plazo previsto en el cuarto párrafo de dicha norma, no se efectuaron presentaciones; y, superada la etapa prevista en el quinto párrafo, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

II. La parte recurrente desarrolló varios motivos de agravio:

En primer lugar, cuestionó la fundamentación de la prueba para tener por acreditada con certeza la intervención de otros dos sujetos activos en el hecho. Sostuvo que las declaraciones de las víctimas son insuficientes en ese sentido –en función del gran caudal de gente presente en el lugar del hecho, del estado de nervios de aquellas y de la influencia del personal policial–. Argumentó que en la medida en que no se confrontó esa prueba con otra, diversa –en particular, la declaración del conductor del transporte colectivo–, ese aspecto del fallo resulta arbitrario. En consecuencia, afirmó que por aplicación de los principios contenidos en los arts. 18 de la CN y 3 del CPPN, el suceso debió subsumirse en la figura básica.

Seguidamente, se agravio por errónea interpretación del art. 167, inc. 2, del CP, señalando que para una aplicación de la agravante de “*banda*” respetuosa del principio de legalidad, deben concurrir los requisitos previstos para la figura prevista en el art. 210 del mismo Código.

Reclamó una disminución del monto de la pena en función de ambos argumentos.

También cuestionó la aplicación del instituto contenido en el art. 50 del CP, argumentando que el déficit de fundamentación de este aspecto del fallo radica en la ausencia de análisis de las alternativas de la ejecución de la pena de prisión previa, invocada para aplicar el instituto; así como también acerca de los requisitos que demandan su correcta interpretación, esto es, haber alcanzado el período de prueba en el tratamiento penitenciario progresivo correspondiente –y no un corto plazo, como en el caso–. Añadió que las referencias a





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 62406/2022/TO1/CNC1

declaraciones de reincidencia anteriores resultan irrelevantes para motivar esa cuestión.

III. La resolución recurrida reconoce como antecedente el acuerdo presentado por el Ministerio Público Fiscal y el imputado, asistido por su defensa, en el que en términos del procedimiento citado se pactó la resolución del caso en los términos señalados.

IV. En la sentencia, se tuvo por acreditado *“...que Ovidio René Mancuello Sosa, tomó intervención, junto a al menos otros dos masculinos, en la sustracción mediante el empleo de violencia sobre las personas, de dos teléfonos celulares, ambos marca Iphone (uno de ellos modelo 11, color blanco con funda violeta y el restante, modelo 12pro MAX, de color azul con funda roja), propiedad de Beatriz Buri Sales Sa Barreto y de Milagros Leiva García, respectivamente.*

Dicho suceso tuvo lugar el día 15 de noviembre de 2022, promediando las 19:55 horas, en ocasión en que el colectivo de la línea 111 en que se trasladaban las damnificadas detuvo su marcha en la parada emplazada en la intersección de la Av. Santa Fe y Santa María de Oro de esta ciudad.

En efecto, en ese día y hora señalada, mientras Leiva y Barreto se encontraban sentadas en el colectivo (esta última particularmente cerca de la puerta), observaron que en la parada de colectivos antes mencionada, el chofer detuvo su marcha y ascendieron tres sujetos; siendo que uno de ellos (de tez trigueña, de 1,80 mts aproximadamente de altura, con remera color negro y pantalón largo), les arrebató el teléfono de entre sus manos, para luego descender y darse a la fuga los tres por la Av. Santa Fe en dirección al Jardín Botánico.

Las damnificadas descendieron prontamente del colectivo procurando seguir el rastreo satelital de los aparatos telefónicos, llegando hasta la Plaza Italia, ubicada a pocas cuadras del lugar, donde observaron a dos de los involucrados, por lo que comenzaron



a hacer señas con las manos a personal policial que se encontraba en la zona.

Así, se acercaron al lugar los Oficiales Martínez y Coolen, quienes alertados de la situación se aproximaron a los sujetos señalados por las víctimas (uno vistiendo remera color negra y mochila negra, y el restante, remera, pantalón y mochila azul), quienes como reacción comenzaron a darse a la fuga, uno de ellos en dirección al ingreso a la línea D de subte ubicada en la esquina del Jardín botánico, sobre la Av. Santa Fe, y el otro, perdiéndolo de vista, sin poder especificar hacia dónde se retiró. Por ello, Collen se dirigió en la misma dirección que el causante, mientras que Martínez lo hizo en dirección al siguiente ingreso de la línea de subte mencionada, ubicada sobre la misma arteria y la esquina de la Calle Gurruchaga, donde logró dar con el encausado, procediendo a la correcta identificación de MANCUELLO y posterior detención.

Finalmente, el personal policial revisó al nombrado, no hallando entre sus prendas los teléfonos de las víctimas, por lo que se realizó un relevamiento por la zona a través de la geolocalización pudiendo encontrar el modelo 12pro MAX detrás de unas rejas del Jardín Botánico y el modelo 11, ubicado en un tacho de basura ubicado en el interior de la línea de subte D”.

Sostuvo que lo anterior resultaba de la valoración de las pruebas, recabadas en la instrucción: las declaraciones testimoniales de las víctimas, Milagros Leiva García y Beatriz Buri Sales Sa Barreto; del testigo, el chofer del colectivo Jonathan Ariel Knackfuss; y de los oficiales de policía Fernando Ariel Martínez y Rodrigo Coolen. Así como también las constancias de detención y secuestro; y las fotografías y filmaciones.

Luego, para declarar reincidente al imputado, explicó que éste *“cumplió pena como detenido en calidad de condenado en el marco de ejecución de la condena que le fuera impuesta en la causa IPP Nro. 05-00-033543- 20/00 (registro interno N° 1957/20) del Tribunal*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 62406/2022/TO1/CNC1

Oral en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial de La Matanza
(...) *No debe perderse de vista que la calidad de reincidente constituye una situación jurídica del condenado cuya declaración es ordenada por el Código Penal siempre que se comprueben objetivamente dos circunstancias: el cumplimiento efectivo de al menos una parte de la condena anterior y que el nuevo delito (conminado también con pena privativa de libertad) se cometa antes de transcurrido el término indicado el último párrafo del artículo 50 del Código Penal. Extremos que se verifican en el caso sub-exámine”.*

V. En primer lugar, considero que en modo alguno se verifica el supuesto de arbitrariedad que invoca la defensa al sostener que la jueza de la instancia anterior analizó de modo insuficiente la prueba reunida durante la instrucción para tener por acreditada con el grado de certeza que requiere esta instancia del proceso la intervención de tres sujetos activos en el hecho; ni que las alternativas del caso debieron conducir a descartar ese extremo, al menos por aplicación del principio interpretativo que debe favorecer al imputado.

Cabe tener en cuenta que el mecanismo previsto en el art. 431 *bis* del CPPN no exime en modo al juez de dictar un fallo fundado en las circunstancias del caso y del autor, relacionando la prueba para una correcta reconstrucción histórica del hecho y determinación de la intervención del aquél, con su consecuencia jurídica –todo lo que permitirá a las partes conocer los motivos de la condena y, a su vez, habilitar su revisión, pues “*la motivación de la sentencia implica la apreciación crítica del material fáctico del pleito: cuestiones de hecho y prueba; y la relaciona con la legitimación de un acto de gobierno, con la posibilidad de cuestionarlo y controlarlo, entre otros argumentos*” (cf. N. P. Sagües, *Compendio de derecho penal constitucional*, Astrea, Bs. As., 1ª reimpresión, 2011, pp. 259 y ss.)–.

Motivar la sentencia no representa un requisito más del debido proceso, sino el fundamento mismo de la aplicación de la pena, su



fuerza de legitimación (art. 18 de la CN); paralelamente, la sentencia explica la decisión, cuál es la imputación, quién su responsable y qué consecuencias jurídicas depara (cf. Herbel, Gustavo A., *Derecho del imputado a revisar su condena. Motivación del fallo y derecho al recurso a través de las garantías constitucionales*; Hammurabi, Buenos Aires, 2013, pág. 377/378).

La *motivación* configura una *garantía de garantías*, pues ella debe contener las razones de cada afirmación, atender los planteos de las partes y explicar por qué la decisión es legalmente correcta. Por su intermedio el juez describe y valora la prueba, mediante la cual establece los hechos objeto del proceso y define el derecho aplicable; eventualmente, esos argumentos desplegados son cuestionables en el recurso (cf. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*; en Herbel, ob. cit., 378).

Néstor Pedro Sagües, al referirse a los supuestos de arbitrariedad fáctica, explica que “engloba a aquellos pronunciamientos que no evalúan idóneamente a los hechos y a las pruebas [falta de motivación adecuada en el fallo], sea porque prescindan de ellos, se basen en afirmaciones dogmáticas, incurran en contradicción con ellos, etcétera”. Además, señala que “más de una vez se ha distinguido, entre fundar una sentencia [esto es, referirla a normas de derecho, que servirían de apoyatura al fallo] y motivarla [apreciar críticamente el material fáctico del pleito: cuestiones de hecho y prueba]” (*Compendio...*, pp. 230/231 y citas: Sagües, *El recaudo de la fundamentación como condición de la sentencia constitucional*, ED, 97-943).

Agrega, más adelante, que “la doctrina de la sentencia arbitraria cubre también aquellos supuestos –no siempre escindibles de la arbitrariedad ‘normativa’– en los cuales el juzgador maneja con arbitrariedad el material existencial de la causa. La arbitrariedad fáctica es una significativa excepción –cada vez más pronunciada– a la tesis tradicional que excluía del recurso





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 62406/2022/TO1/CNC1

extraordinario el análisis de problemas de hecho y prueba. Alude principalmente a la falta de debida motivación del fallo objetado”. Y en cuanto a la incidencia de la arbitrariedad, precisa que “cuando versa sobre un elemento de prueba, tiene que aludir a un extremo conducente relevante, esencial o decisivo para la solución del caso” (ob. cit., pp. 259/260 y citas: CSJN Fallos: 286:330 y 302:418; 303:346; 316:1079 y 321:1019).

Luego, con relación a la arbitrariedad en el análisis y ponderación de los hechos y pruebas, sostiene que *“así como la doctrina de la arbitrariedad abarca los supuesto de exégesis inadecuada, injusta o inequitativa de una norma (...) también cubre los casos de análisis erróneo [cuando el error asume la condición de inexcusable], parcial, ilógico insuficiente o inequitativo del material fáctico y probatorio. En cualquiera de estas manifestaciones, y de darse una magnitud que lo justifique, el fallo pasa a tipificarse como arbitrario (...) Como pautas generales, la Corte señala que si media un evidente apartamiento de los hechos, del buen sentido o de las reglas de la sana crítica, la sentencia es arbitraria, como si abandona el correcto entendimiento judicial del material probatorios, o le da un tratamiento no adecuado. Si la interpretación del a quo se limita a un análisis parcial y aislado de los diversos elementos del juicio, pero no los integra ni armoniza debidamente en su conjunto, el fallo para a ser arbitrario. Tal sería una evaluación incompleta, fragmentaria y asistemática de las conductas a meritar en la sentencia” (ob. cit., pp. 262/264 y citas: CSJN Fallos: 301:574; 308:1825; 304:1510; 308:1825; 320:1683; 321:1909 y 2990; 322:1522; CSJN, 8/8/89, LL, 1990-E-433; Fallos: 323:1508, 2653 y 2821; 303:2080; 310:1903; 319:301; 321:3423 y 1404; 24/4/89, LL, 120-569; Fallos, 308:112 y 640; 322:1325; 323:198 y 2314; 324:1381, 26/6/90, JA, 1990-IV-221; Fallos, 316:796; 320:726; 316:1717; 318:500; 319:103 y 730; 320:1463; 321:1647; 323:212, etc.).*



Sin embargo, no debe perderse de vista que, frente a estos casos en los que se respetan los términos del acuerdo, la defensa debe aportar en su impugnación argumentos serios y contundentes para demostrar el error o la arbitrariedad; puesto que no puede pasarse por alto el esfuerzo de evaluación previo que realizaron las partes y que el Tribunal receptó al aceptar el acuerdo presentado.

Aquí, de la lectura de las pruebas reunidas se comprende sin lugar a dudas que la intervención de tres sujetos en el robo quedó cabalmente probada.

En efecto, Milagros Leiva García declaró sobre el aspecto controvertido que en las circunstancias de tiempo y lugar reseñadas abordaron el transporte colectivo en el que viajaba junto a una amiga “tres masculinos”, uno de los cuales era “de aproximadamente 1,80 mts de altura, tez trigueña, vistiendo remera negra y pantalón largo” (fs. 9). En el Juzgado de la instrucción añadió que “siento que suben muchas personas y se llena de gente en ese sector en que yo estaba; y ahí en ese instante me agarran el celular y quedo como tironeando con alguien para que no me lo saque”; que cuando ella descendió, “uno que se quedó parado con nosotros nos decía que se habían ido para otro lado, en un colectivo rojo. Yo no le di pelota, y busque a mi amiga que estaba con su celular aun en el colectivo”; y, más adelante, que “nos acercamos todos donde estaba el detenido, al que reconocí como el que iba con el que me sacó el teléfono a mí de la mano. Yo en ese momento recordaba que eran tres los que hicieron esto, pero podrían ser cuatro, porque el policía que nos hablaba nos mostró unas imágenes con un celular que yo ahí sí reconocí al que lo había hecho”. Los describió así: “el primero, el que me robo era de un 1,70 o 1,80 de altura, va era más alto que yo, de contextura robusta, tez trigueña, pelito corto parado como cresta color oscuro, con pantalón largo y remera o chomba negra, y tendría unos 35 años. El segundo, fue el detenido, que tenía una chomba azul, el pelo no era tan oscuro, más canoso, de estatura mediana, contextura también, normal y unos





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 62406/2022/TO1/CNC1

jeans claros, y de cara parecía mucho más grande, no tan joven como el otro. Y el tercero solo recuerdo que era más bajito, y joven como el primero”; y agregó, finalmente, que “ahora que pienso el hombre alto que trató de desorientarnos para donde ir, supongo estaba con ellos” (expte. LEX100 62406/2022, fs. 11).

Por su parte, Beatriz Buri Sales Sa Barreto manifestó que *“al llegar a una parada abordan el micro tres masculinos”, y describió a uno de ellos de igual modo (fs. 12 del sumario policial). En sede judicial dijo “creo que eran tres personas”, explicó que reconoció a uno de ellos en las inmediaciones y que la policía les exhibió las fotografías de tres personas, en un teléfono celular, y los reconoció, al igual que la otra víctima. Aclaró que “el que me robó tenía una remera y un morral de color negro. Era un poco gordo, y la piel oscura, de 1.70 mts de altura aproximadamente. Unos treinta y pocos años. El otro es al que detuvieron, y había otro más pero no podría describirlo” (expte. LEX100 62406/2022, fs. 11).*

Por lo demás, el oficial Martínez refirió que las víctimas hicieron alusión a la intervención de tres sujetos en el hecho (fs. 1); que luego señalaron a dos de ellos, describiendo su forma de vestir (uno con remera y mochila negra, y el otro con remera, pantalón y mochila azul y zapatos negros). Mientras que el oficial Coolen declaró que aquellas aportaron *“como dato de relevancia que se trataría de varios masculinos, no pudiendo afirmar la cantidad exacta de éstos” (fs. 4).*

Por último, el conductor del transporte, Jonatan Ariel Knacjfuss refirió que al llegar a la parada *“había cinco o seis chicos vestidos como si fuese con ropa de fábrica, más que nada tres o cuatro estaban con pantalones azules me pareció. En la parada había como diez personas más o menos y bajan otras 8 aproximadamente. Mientras yo seguía cobrando a la gente, ya había cerrado la puerta de atrás y en ese momento pasan estos chicos para el fondo e inmediatamente que pasan me vuelven a tocar el timbre, vuelvo a*



abrir y lo único que escucho son gritos y un hombre gritando 'agarralo agarralo'. Cuando miro por el retrovisor derecho mío, veo un chico medianamente joven corriendo para Plaza Italia, pero solo lo vi de espalda" (expte. LEX100 62406/2022, fs. 11).

De tal forma, es evidente que el rendimiento de la prueba analizada es suficiente para abastecer los parámetros de valoración de la prueba y certeza a los que he hechos referencia reiteradamente, con lo que no resulta de aplicación el principio contenido en el art. 3 CPPN, corolario a su vez del principio fundamental de inocencia (art. 18 CN) (cf. casos de esta Sala "Mansilla" (Reg. n° 252/2015) y "Aristimuño" (Reg. n° 1038/16), y sus citas (José I. Cafferata Nores, *La prueba en el proceso penal*, 3ª edición, Depalma, Bs. As., 1998, p. 8; Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, España, 1998, p. 105 y ss.; Jorge Clariá Olmedo, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Marcos Lerner, Cba., 1984, tomo I, p. 234; P. Andrés Ibáñez, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Bs. As., 2009, p. 91; art. 14.2 PIDCyP, conforme la Observación General n° 32 del Comité de Derechos Humanos de la ONU y CSJN, Fallos: 328:3399, "Casal").

En efecto, las dos testigos fueron muy precisas al dar cuenta de la intervención de al menos tres sujetos en el hecho, al describir sus características físicas y modo de vestir, y reconocerlo a Mancuello en forma personal. De hecho, Leiva García fue más allá, al señalar que sospechaba que un cuarto partícipe habría intentado confundirlas. A tal punto que así lo transmitieron a los oficiales de policía.

En consecuencia, de la armónica consideración de todos los elementos de prueba consignados, se arriba fácilmente a la conclusión a la que ha llegado el Tribunal de juicio sobre este aspecto, con el grado de conocimiento que requiere esta instancia.

La pretensión de la defensa, en tanto afirma que se trata de una prueba aislada y que no fue correctamente relacionada con la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 62406/2022/TO1/CNC1

declaración del chofer no puede prosperar, ya que en función de lo señalado en modo alguno puede predicarse que se trate de un caso de *testigo único* o de *dichos contra dichos*.

Esa cuestión ha sido abordada por el suscripto en los casos de esta Sala “Lazcano” (Reg. n° 446/2015); “Díaz” (Reg. n° 1390/2017); “Fuentes” (Reg. n° 56/2018); “Monzón” (Reg. n° 103/2018); “Spinelli” (Reg. n° 1052/2018) y “Sepúlveda” (Reg. n° 1549/2018), y sus citas: Pietro Ellero (*De la Certidumbre en los Juicios Criminales o Tratado de la Prueba en Materia Penal*, escrito en 1875, Editorial Librería “El Foro”, Bs. As., 1994, traducción de Adolfo Posada, pp. 51 y 149); Raúl Washington Abalos (*Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, 1993, tomo I, p. 245); Jorge Clariá Olmedo (ob. cit.); José I. Cafferata Nores (ob. cit., pp. 9 y 119); Luigi Ferrajoli (ob. cit.); Perfecto Andrés Ibáñez (ob. cit., p. 115); Julio B. Maier (*Derecho Procesal Penal Argentino*, Hammurabi, Bs. As., 1989, tomo I-B, p. 257 y ss.); Francois Gorphe (*La apreciación judicial de las pruebas*, La Ley, Bs. As., 1967, p. 38); Jorge Sobral y Ramón Arce (*La Psicología Social en la Sala de Justicia*, Paidós, España, 1990, p. 100); Gustavo Herbel (*Derecho del imputado a revisar su condena*, Hammurabi, Bs. As., 2013, p. 451) y fallo “Casal” citado.

Centralmente, allí sostuve que la sentencia de condena no puede sostenerse exclusivamente en la confianza que merezca al juez del caso la declaración de una sola persona, sin ningún otro elemento de prueba que la corrobore, pues ese mecanismo importa prescindir de todo razonamiento y afecta severamente, en consecuencia, el derecho de defensa en juicio.

Ello no ocurre en el caso porque, como se enunció, se cuenta con la declaración conteste de dos víctimas, con apoyo directo en el relato de los policías.



Por eso debe rechazarse el agravio en tratamiento, pues la conclusión del fallo se encuentra justificada mediante la relación de varias razones, y atiende a la vez a los interrogantes del recurrente, que no acredita la sustancia de la arbitrariedad que alega –esfuerzo de demostración que debe ser aún mayor en el marco en el marco del acotado marco de análisis del mecanismo al que recurrieron las partes–.

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

En aquél precedente comencé por destacar que en la causa n° 5041 del Tribunal Oral de Menores n° 1 (“Belisone, Héctor Oscar”, sentencia del 29 de agosto de 2008), fijé mi posición sobre el problema de interpretación que genera esta norma, compartiendo en buena medida los argumentos expuestos por la Dra. Angela Ledesma en el caso “Duarte Castro” (CFCP, Sala III, causa n° 6137, del 3 de marzo de 2006 de la Cámara Federal de Casación), los que me llevaron a modificar la que había sostenido hasta ese momento, de aceptar la doctrina del fallo plenario de la Cámara de Apelaciones del fuero “Quiroz” (del 4 de septiembre de 1989).

Efectué luego una distinción entre las diversas posturas adoptadas en torno a la materia en cuestión –las tesis amplia y restrictiva mencionadas por López Casariego en el artículo citado por la Dra. Ledesma (*López Casariego, Julio: Banda, no hay un concepto legal en la Argentina, La Ley, Suplemento de Derecho Penal del 8 de abril de 2002, p. 21*)–; y otras posibilidades que se han dado con diferentes variantes tanto en lo que se refiere al número de integrantes necesarios para conformarla (2, 3, 4) como al modo en que deben estar agrupados (con organización o por reunión espontánea, para





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 62406/2022/TO1/CNC1

cometer delitos indeterminados o con delitos acordados previamente, con o sin estructura); para luego concluir que no existe en el código penal una definición de “*banda*”, omisión derivada del hecho de que, específicamente se decidió suprimir la que contenía el proyecto original del código, porque ya estaba descripta su noción en el art. 210 del CP.

Asimismo, puse de resalto que la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos se ha expedido al respecto al determinar que el principio de máxima taxatividad requiere una clara definición de la acción que fije sus elementos para diferenciarla de los comportamientos no punibles, lo que no ocurre con el elemento normativo en cuestión porque el legislador no ha dado una definición de “*banda*” en la parte general y porque tampoco se ha aclarado, en la norma, cómo se conforma un grupo semejante para que se agrave el robo.

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

En definitiva, conforme sostuve en el caso mencionado en primer término, considero que al no brindar la previsión legal de la que se trata una definición clara y precisa del sustantivo “*banda*” vulnera el principio de taxatividad, dado que no resulta posible determinarlo por vía hermenéutica ante las innumerables posibilidades que brinda la ley penal y por importar esa tarea, desde mi perspectiva,



una violación a la prohibición de analogía que integra el citado principio de legalidad (art. 18 de la CN).

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

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

En ese sentido, corresponde recordar que, al dictar el fallo, la colega consideró *“como atenuante la confesión, en tanto ésta última ha contribuido a la total dilucidación del caso, tal como tiene decidido el Tribunal en casos análogos, con cita de la causa `De Cristóforo, Antonio´ del Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 de la Capital Federal, resuelta el 28 de agosto de 1997. A ello se agregan las circunstancias personales del causante, las que en detalle se desprenden de su informe social obrante en autos. Por el contrario, se reputa como agravante la naturaleza de las maniobras desplegadas y los daños causados”*.

En consecuencia, para decidir el monto de la sanción, resultan relevantes en sentido agravante las circunstancias objetivas atinentes a la naturaleza del hecho, entre las que se destacan su modalidad, pues fue cometido a bordo de un transporte público, y aprovechando el





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 62406/2022/TO1/CNC1

gran caudal de tráfico de personas en una zona densamente poblada; así como también que se procuró la sustracción de dispositivos de particularmente elevado valor.

A todo ello cabe añadir el número de intervinientes, pues la declaración de inconstitucionalidad de la norma mencionada no impide valorar, a la hora de evaluar la sanción penal correspondiente, el mayor poder ofensivo determinado por la cantidad de sujetos que participaron.

Como circunstancias atenuantes deben ponderarse las condiciones personales del imputado, en tanto es padre de tres hijos, uno de ellos de corta edad; su padre se distanció de él después de su nacimiento; sólo cursó estudios primarios e ingresó al mercado laboral a corta edad y cuenta con contención familiar.

A ello se agrega la impresión causada en la audiencia de conocimiento efectuada ayer, que cuenta con contención familiar y expuso un cuadro de enfermedad de su pareja.

En definitiva, todas estas circunstancias me conducen a fijar la sanción en un año y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo y costas, por resultar a mi modo de ver adecuada a las circunstancias del hecho y del autor.

VIII. Por último, en el caso “Ullua” de esta Sala (Reg. n° 605/2016), se estableció que la decisión acerca del alcance y significado del tiempo de cumplimiento de una pena anterior que requiere el art. 50 CP debe fundarse en la interpretación armónica de esa norma y del régimen de ejecución de la pena (Ley n° 24.660), lo que sólo puede conducir a la conclusión de que para ser reincidente es necesario haber cumplido al menos la mitad de la condena anterior y haber sido sometido al sistema de progresividad que prevé la citada ley.

Dicha norma dio sustento legal a la tesis en cuestión, modificó sustancialmente el panorama que se consideró al resolver el caso



“Guzmán” (Cámara Nacional de Apelaciones del fuero en pleno, Rto. 8/8/89, LL 1989E, p. 65 –en particular, voto de los jueces Elbert, Tozzini y Ouviaña–), y permite sostener esa interpretación como la más equitativa en tanto relaciona adecuadamente las pautas a considerar: la aplicación del art. 50 CP requiere que el imputado haya sido sometido previamente a un régimen progresivo que procure su reinserción social, puesto que conforme la interpretación del instituto formulada en el punto anterior, la declaración de reincidencia se hace efectiva ante el incumplimiento de las expectativas derivadas de ese proceso que el Estado debe haberle brindado –más allá de su avance o efectividad, que depende del comportamiento del imputado– y que establece, para las penas temporales, la mitad de la condena para acceder al primer beneficio (art. 15 Ley n° 24.660).

Ahora bien, en el marco de la causa n° 1957/20) del Tribunal Oral en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial de La Matanza, provincia de Buenos Aires, Mancuello fue detenido el 26 de agosto de 2020, condenado el 3 de diciembre del mismo año a la pena de un año de prisión, costas y declaración de reincidencia, y puesto en libertad por agotamiento de la sanción el 25 de agosto de 2021 (expte. 552-01 del Juzgado de Ejecución n° 3 del mismo Distrito).

Adicionalmente, se observa que registra declaraciones de reincidencia adoptadas mediante sentencias firmes comprendidas en el plazo previsto en el art. 50 del CP (la recién señalada y las dictadas en la causa n° 45.790/2019 del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nro. 14, del 27 de septiembre de 2019; e IPP n° 07-04-027495-19/00 del Juzgado de Garantías n° 11 del departamento Judicial de Lomas de Zamora, del 23 de diciembre de 2019 (Cf. certificados de antecedentes del Juzgado y del Tribunal de este caso)

Entonces, en la medida en la que, además, la declaración de reincidencia fue pactada libremente por el imputado y su defensa con





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 62406/2022/TO1/CNC1

el Ministerio Público Fiscal, la parte recurrente no explica por qué razón, en el caso particular, resulta incorrecta su aplicación al caso.

Por tales motivos corresponde rechazar también este agravio.

En función de lo expuesto, **RESUELVO**:

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas en esta instancia, **DECLARAR** la **INCONSTITUCIONALIDAD** del artículo 167, inciso 2, del Código Penal de la Nación; y, en consecuencia, **MODIFICAR** la calificación del hecho por el que recayó condena en autos, que resulta constitutivo de delito de robo simple (art. 164 *ídem*); y **FIJAR** la **PENA** en **UN AÑO** y **SEIS MESES** de **prisión** de efectivo cumplimiento y **costas** (arts. 40, 41, 55 y 164 del Código Penal de la Nación, y arts. 470, 471 y 475 del Código Procesal Penal de la Nación; cf. art. 21 del Reglamento de esta Cámara, según Acordada n° 11/2021).

II. RECHAZAR en lo restante la impugnación y confirmar el fallo; sin costas (arts. 50 del Código Penal y 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Por intermedio de la Oficina Judicial de esta Cámara, regístrese, infórmese mediante oficio electrónico al tribunal correspondiente de lo aquí decidido, notifíquese, comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; LEX 100), y remítase de acuerdo a las pautas sentadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. Acordada 27/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

PABLO JANTUS

Ante mí:



MARTIN PETRAZZINI
PROSECRETARIO DE CÁMARA

