

JURISPRUDENCIA
CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL
(CNCCC)

Sentencias de la CNCCC donde se determina el alcance del concepto “banda” en el Código Penal.

Esta nueva entrega tiene por objetivo exponer el resultado de una breve indagación sobre algunas decisiones de la CNCCC, en casos donde se ha discutido el alcance del concepto de “banda” previsto como agravante de algunas figuras del Código Penal (arts. 166 inc. 2º, 167 inc. 7º y 184 inc. 4º, CP). Se trata de siete precedentes de las tres Salas de este Tribunal, con diversa composición, donde todos los jueces ya han fijado su posición sobre este tema.

Como introducción, hemos realizado también un cuadro que sintetiza la postura de cada uno de los integrantes de la Cámara. El cuadro, como toda síntesis, contiene simplificaciones y pasa por alto los matices de los distintos votos. Sin embargo, puede ser de utilidad para tener un panorama general de las diferentes posturas.

Además, debajo de los resúmenes de cada fallo, encontrarán un hipervínculo con la carpeta de “jurisprudencia”, ubicada en [\\pasodoble](#), que les permitirá acceder al texto completo.

Esperamos que este material les sea de utilidad.

María Piqué – Marisa Tarantino – Marina Macri
Área de Asistencia al MPFN ante la CNCCC
areacnccc@mpf.gov.ar
marzo de 2017

SÍNTESIS DE LAS POSTURAS DE LOS INTEGRANTES DE LA CNCCC

	Inconst. de la agravante	Requisitos comunes con la asociación ilícita (art. 210, CPN)	Acuerdo entre tres o más personas con un mínimo de organización	Acuerdo entre tres o más personas
Bruzzone		X (“Giancarelli”)		
Díaz				X (“Juárez”, “Rejala, Rivas”)
García			X (“Canto Bordón”, “Juárez”)	
Garrigos				X (“Juárez”)
Jantus	X (“Rejala Rivas”, “Ribon” y “Armoha”)			
Magariños				X (Rejala Rivas, Armoha)
Mahiques				X (Armoha)
Morín		X (“Giancarelli”, “Ribon” y “Orona”)		
Niño			X (“Orona”)	
Sarrabayrouse		X (“Giancarelli”, “Ribon”, “Orona” y “Canto Bordón”)		

Jurisprudencia

CNCCC, Sala 2, CCC 69269/2013, Giancarelli, reg. n° 709/2015, 01/12/2015, jueces: Bruzzone, Morin, Sarrabayrouse.

Antecedentes: El imputado había sido acusado por el MPF del delito de robo doblemente agravado, por el uso de un arma y por haber sido cometido en poblado y en banda. El hecho que se tuvo por probado sucedió en la vía pública cuando la víctima fue abordada por el imputado y otros dos sujetos que le sustrajeron un morral y ciertas pertenencias que llevaba en sus bolsillos, mientras la amenazaron con un cuchillo.

La defensa interpuso un recurso de casación contra la sentencia condenatoria y, entre otros agravios, consideró que no correspondía la aplicación de la agravante prevista en el art. 167 inc. 2do. del CP.

Decisión: La Sala —por unanimidad— decidió hacer lugar al recurso en relación con este agravio.

El juez **Bruzzone** —en un voto al que adhirió el juez **Sarrabayrouse**— sostuvo que el simple acuerdo de voluntades no da lugar a la aplicación de la agravante sino que deben darse los mismos presupuestos que exige el delito de asociación ilícita¹, dado que nuestra legislación de fondo no contiene una definición de “banda” y la única cláusula penal a la que podemos recurrir para encontrarla es el art. 210 del CP. Sostuvo que esto se deriva de la regla de máxima taxatividad legal que exige el principio de legalidad (art. 18, CN). Afirmó, así, que el concepto “banda” implica algo más que el simple acuerdo de voluntades de tres o más personas para cometer un hecho delictivo; exige, entonces, una organización como estructura objetiva de carácter estable y permanente en el tiempo, cuyos miembros se unen con la finalidad de cometer delitos en general. Concluyó que, cuando no se verifiquen estos extremos, el concepto de “banda” no puede ser aplicado porque carece de la debida determinación legal.

El juez **Morin**, por su parte, adhirió a esta misma solución, aunque desarrolló sus propios argumentos. Sostuvo que esta cuestión había sido suficientemente debatida durante los últimos setenta años, y explicó el motivo por el cual se había abandonado la doctrina del plenario de la Cámara del Crimen dictado en la causa “Coronel” en 1963². Resaltó que este plenario había importado una modificación del criterio postulado aquí, y se fundó en razones de defensa social. Consideró que, por lo tanto, en un momento en que aparecen iguales razones de defensa social que las esgrimidas en 1963 para cambiar una interpretación restrictiva —en procura de penas mayores o en la búsqueda de reprimir conductas atípicas— es indispensable que los jueces se atengan al sentido originario de la norma y no se conviertan en legisladores, valiéndose de una interpretación distorsionada que apunte a responder los supuestos reclamos

¹ Al respecto, citó su voto en la causa nro. 8, “Riquelme”, de la Sala de FERIA A, de la CNACyC.

² Plenario “Coronel, R. A.”, de la CNACyC, rto. el 07/06/1963.

de mayor severidad. Agregó, finalmente, que la circunstancia de que los hechos no encuadren, por cuestiones de orden técnico, en el delito de robo cometido en banda, no implica que la actuación concertada de varias personas tenga que dejar de ser valorada a la hora de la determinación de la pena, en la medida en que refleje ilícitos de mayor gravedad.

[\\pasodoble\Jurisprudencia_CNCCC\Memo_banda_fallos_a_texto_completo\CNCCC Sala 2 Giancarelli reg. n° 709.2015.pdf](#)

CNCCC, Sala 2, CCC30752/2012, Ribon, reg. n° 813/2015, 23/12/2015, jueces: Jantus, Morin, Sarrabayrouse.

Antecedentes: El TO condenó al imputado por considerarlo partícipe necesario del delito de robo en poblado y en banda. El hecho que tuvo por probado ocurrió en horas de la mañana, en el interior de una sucursal bancaria. El imputado se hizo pasar por cliente de la entidad y transmitió las señas particulares de la que luego fue víctima del hecho, otras personas que no fueron identificadas pero que estaban aguardando en la vía pública cuando la víctima salió, lo abordaron con un arma de fuego, le sustrajeron el dinero que había extraído del Banco, y huyeron en una motocicleta. El TO aplicó la figura del art. 167 inc. 2do. del CP Esto fue cuestionado por la defensa en su recurso de casación.

Decisión: La Sala —por mayoría— decidió rechazar este planteo.

Los **jueces Morín y Sarrabayrouse** votaron en conjunto y se remitieron a lo dicho en el precedente “Giancarelli”. De acuerdo con ese criterio, sostuvieron que en este caso sí se encontraban reunidos los elementos propios del concepto de banda y, por lo tanto, optaron por rechazar el planteo.

El **juez Jantus**, por su parte, sostuvo que los fundamentos expuestos por la defensa eran adecuados para cuestionar la figura de “robo en poblado y en banda”, y resultaban similares a los que él había sostenido en el caso “Belisone”³, en cuanto a que la actual redacción del art. 167 inciso 2° del CP viola el principio de taxatividad, porque no brinda una definición clara y precisa del sustantivo “banda”.

No obstante, destacó que en el caso concreto esa discusión no era relevante porque la defensa no había cuestionado que la conducta haya sido calificada en función de otro agravante, que en definitiva prevé una escala similar a la figura cuestionada. Por lo tanto, votó por rechazar el recurso, aunque excluyendo la calificación del hecho como robo en poblado y en banda.

³ Causa n° 5041, caratulada “Belisone, Héctor Oscar”, del Tribunal Oral de Menores n° 1, resuelta el 29 de agosto de 2008.

CNCCC, Sala 2, CCC63685/2013, Orona, reg. n° 514/2016, 11/07/2016, jueces: Morin, Niño, Sarrabayrouse.

Antecedentes: El TO condenó al imputado por la figura prevista en el art. 167 inc. 2do. del CP. El hecho ocurrió en la vía pública cuando la víctima estaba en un vehículo y, tras haberse detenido, fue interceptado por otro automóvil en el que iba el imputado y otros dos sujetos. Uno de ellos se bajó, apuntó a la víctima con una escopeta y le exigió la entrega de su celular, le arrancó el reloj de su muñeca y le quitó la billetera. El imputado, que descendió también de ese auto, se acercó a la víctima y le exigió que le entregara las llaves del vehículo. Luego, ambos atacantes huyeron llevándose el automóvil de la víctima, mientras el tercero se fue con el vehículo usado para interceptarla.

El TO condenó al imputado por considerarlo coautor del delito de robo en poblado y en banda. La defensa interpuso recurso de casación contra la sentencia y, entre otros agravios, consideró que no correspondía la aplicación de esta agravante.

Decisión: La Sala —por unanimidad— decidió hacer lugar el recurso en relación con relación a este agravio.

El **juez Morín**, con remisión al precedente “Giancarelli”, consideró que en el caso concreto no se había dicho nada sobre que el acuerdo criminal hubiera excedido la intervención puntual en los sucesos, por lo que correspondía casar la sentencia impugnada en lo que a este punto se refiere, y descartar la agravante de “banda” prevista en el art. 167 inc. 2° del CP.

El **juez Niño**, con cita de su voto en el precedente “Chacón” del TO Nro. 20⁴, sostuvo que sólo existen dos vías para precisar el concepto de “banda” en el derecho penal positivo vigente en nuestro país. Una de ellas, la que considera que el sustantivo “banda” es un elemento normativo del tipo. La otra —a la que él adscribe— que entiende tal vocablo como un elemento descriptivo cuyo significado debe procurarse en el Diccionario de la Lengua Española. Así, luego de repasar el origen etimológico y las diferentes variantes del término, concluyó que “banda” es un concepto que refiere a un grupo de —al menos— cuatro personas que actúan armadas para la comisión de un delito o bien unidas, ligadas o confederadas para un cierto fin, especialmente para engañar o hacer daño a otros⁵.

Consideró que es constitucionalmente aceptable la interpretación que procura en la letra de la ley el esclarecimiento de las notas características la palabra banda, pero dijo

⁴ Causa nro. 3634, rta. 12/12/2011.

⁵ Sobre este criterio también citó su voto en “Kotz”(causa nro. 108 del TO NRO. 20, rta. 20/10/1994)

que es inadmisibles, por contrariar el principio de legalidad, la invención de un tercer concepto que sustrae solo el dato numérico “tres” del art. 210 el CP, al tiempo que descarta los demás requisitos que esa norma exige. Así, estimó que esa construcción rebasa, inclusive, los límites de la mera interpretación extensiva y se expresa como una creación judicial del derecho en contra del imputado. En este sentido, adhirió a la solución propuesta por el juez Morín en lo que hace a este agravio, por estos diferentes motivos, y descartó la agravante contenida en el art. 167 inc. 2º, CP.

El juez **Sarrabayrouse** adhirió al voto del juez Morín para lo cual se remitió a los precedentes “Giancarelli” y “Ribon”.

[\\pasodoble\Jurisprudencia_CNCCC\Memo_banda,_fallos_a_texto_completo\CNCCC_Sala_2_Orona_reg.nº_514.2016.pdf](#)

CNCCC, Sala 1, CCC41206/2010, Canto Bordon, reg. nº 662/2016, 30/08/2016, jueces: Días, García, Sarrabayrouse.

Antecedentes: El TO condenó al imputado por considerarlo coautor del delito de robo en poblado y en banda. El hecho había sucedido en la vía pública cuando la víctima fue abordada por el imputado y otros tres sujetos, y le sustrajeron las cadenas de oro que tenía colgadas de su cuello. El TO aplicó la agravante prevista en el art. 167 inc. 2do. del CP. La defensa interpuso recurso de casación y, entre otros agravios, cuestionó esta figura.

Decisión: La Sala —por mayoría— decidió rechazar el recurso de casación en relación con este agravio.

El juez **García** —a cuyo voto adhirió el juez **Días**— dijo que la cuestión había sido largamente debatida en fallos plenarios de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional⁶. También hizo mención a su opinión previamente emitida en el fallo “Prieto Cajamarca”⁷ de la Cámara Federal de Casación Penal aunque consideró necesario desarrollar los argumentos en extenso aquí, por ser la primera vez que emitía opinión al respecto. Así, comenzó por señalar que consideraba correcta la posición que interpreta que el concepto de banda el art. 167 inc. 2do. se satisface cuando tres o más personas han tomado parte en la ejecución del hecho y que no requiere que los partícipes integren una asociación en el sentido del art. 210 del CP. Sostuvo que no compartía ni la postura según la cual deben parificarse el concepto de “banda” del art. 167 inc. 2do. y el de asociación ilícita del art. 210 del CP; ni la que echa mano de un concepto difuso librado al exclusivo arbitrio de los jueces, con grave afectación del principio de legalidad. Dijo que, tal como aparece en el voto del juez

⁶ Menciona “Mouzo” (JA 1944-IV-423), “Casanova” (JA 1954-II-62), Coronel” (ja 1963-V-569 y “Quiroz” (ED 132-307)

⁷ CNCP, Sala 2, causa nro. 8512 “Prieto Cajamarca, Guido Angelino s/ recurso de casación, rta. 2811/2008, reg. 13.596.

Cabral en el plenario “Coronel”, el art. 210 no definía el concepto de banda sino el de asociación ilícita, que solo es conformada por una banda de tres o más personas destinadas a cometer delitos; esto implica que no toda banda constituye una asociación lícita sino aquella asociación que se proponga cometer delitos indeterminados. Así, cuando una asociación de tres o más personas se proponga cometer uno o varios delitos determinados no podrá ser considerada una asociación ilícita, pero no dejará de ser una banda.

Consideró que la interpretación que identifica la asociación ilícita con la banda es una especie de interpretación histórica, que se remonta a los antecedentes legislativos previos a la sanción del Código Penal. Sin embargo, a su juicio, no sería apropiada porque la evolución legislativa no permitiría afirmar una forma unívoca de concebir el concepto de banda y complot, y su funcionamiento como agravante del robo.

Para evidenciar esta afirmación realizó, entonces, un detallado repaso de los textos legales previos a la sanción del CP que suelen tomarse como fuente. Luego analizó los problemas que se producen a partir de aquella concepción, que a su modo de ver también implica considerar como delitos complejos aquellas figuras que están agravadas por el concepto banda; luego aludió a cómo esto trae aparejada una serie de inconsistencias lógicas respecto de cuestiones concursales, de proporcionalidad sistemática de las penas, y en relación con los bienes jurídicos en juego. Afirmó que estas inconsistencias no deben ser atribuidas al legislador y que entre todas las interpretaciones posibles, los jueces deben tender a aquellas que permitan la aplicación armónica de las disposiciones legales. Después de repasar otro tipo de inconsecuencias lógicas derivadas de aquella interpretación histórica, sostuvo que no era posible sostener la postura que entiende el concepto “banda” como elemento normativo y que, en cambio, era necesario darle un sentido autónomo. Agregó que esto no significaba que los jueces gocen de discrecionalidad para la determinación de su contenido sino que deberían proceder según el sentido aceptable por el ciudadano común, en el lenguaje usual que se le otorgan a las palabras. Dijo que esto no afectaba el principio de legalidad sino que se trataba de la determinación del alcance de un término legal, como ocurre con otros tales como codicia, alevosía, ánimo de lucro, veneno u otro medio insidioso, etc. En este sentido, aseguró que la inexistencia de una definición legal no constituye un incumplimiento del mandato de determinación, ya que de lo contrario sería necesario que toda ley penal viniera acompañada de un diccionario que definiera los términos legales.

Sentado lo anterior, sostuvo que la palabra “banda” designa, según el lenguaje usual, no solamente la asociación de varias personas, de manera organizada y con relativa permanencia, para la comisión de un número no determinado de delitos, sino también un acuerdo ocasional para cometer uno o varios delitos determinados, bajo un mínimo de organización. En este sentido, el lenguaje usual no distingue entre los casos de banda y complot que contenían los antecedentes legales. Por otra parte, afirmó que la agravante del art. 167 inc. 2do. del CP exige que al menos algunos de los miembros de la banda participen de la ejecución del robo.

Sin embargo, reconoció que todavía subsistía la dificultad de establecer el número mínimo de integrantes y que para despejar este asunto tampoco era pertinente acudir a los antecedentes legales. Argumentó, al respecto, que según el lenguaje vulgar, difícilmente sería calificado de “banda” un grupo de dos personas reunidas para cometer un delito, ya que se necesita de un número mayor. Pero, como el art. 210 admite la existencia de una asociación ilícita a partir de una banda de tres o más personas, puede concluirse que el acuerdo de por lo menos tres personas para cometer un delito determinado es una banda en los términos del art. 167 inc. 2do. del CP.

Yendo al análisis del caso concreto, entonces, estableció que el TO había aplicado correctamente la agravante y, por ende, votó por el rechazo del recurso en relación con este planteo.

El juez **Sarrabayrouse**, con cita del precedente “Giancarelli”, reprodujo en lo sustancial la postura argumentada allí y sostuvo que en el caso no se daban los requisitos del art. 210 del CP por lo que no correspondía la aplicación de esta agravante y debía casarse la sentencia en relación con este planteo.

[\\pasodoble\Jurisprudencia_CNCCC\Memo_banda_fallos_a_texto_completo\CNCCC Sala 2 Canto reg. n° 662.2016.pdf](#)

CNCCC, Sala 1, CCC16743/2015, Juárez, reg. n° 721/2016, 30/08/2016, jueces: Días, García, Garrigós.

Antecedentes: El imputado había sido condenado por el TO por considerarlo coautor del delito de robo agravado por haberse cometido en poblado y en banda. El hecho que se tuvo por probado sucedió en la vía pública, según la modalidad conocida como “piraña”: la víctima fue abordada por el imputado y otros cinco sujetos, que la empujaron y tiraron al piso y luego le sustrajeron dinero y un reloj.

El TO consideró que en el caso se daba la agravante prevista en el art. 167 inc. 2do. del CP. La defensa interpuso un recurso de casación contra la sentencia y, entre otros agravios, consideró que no correspondía la aplicación de esta agravante.

Decisión: La Sala —por unanimidad— decidió rechazar este planteo.

La **jueza Garrigós** —a cuyo voto adhirió el **juez Días**— opinó correcta la aplicación del art. 167, inciso 2° del CP. Consideró que no hay oscuridad alguna del término (banda) que implique que no pueda interpretarse. Siguiendo la línea de evaluación propuesta en la sentencia, afirmó que tampoco consideraba correcto exigir, como interpreta otra parte de la doctrina y jurisprudencia, que se comprueben además todas las pautas del artículo 210 del código sustantivo para tener por acreditada esta figura agravada. En primer término, porque significaría exigir un plus no previsto en la conducta, al amparo de otro tipo penal y a pesar de que se trata de una figura autónoma que protege un bien jurídico diferente de aquella. Agregó que esto no

responde a la voluntad del legislador, ya que de haber sido este el caso hubiera optado por otro tipo de redacción.

Dijo que si bien es cierto que el artículo 210 del CP hace referencia a “tres o más personas” a continuación del vocable “banda”, y brinda el número mínimo de sujetos que la componen, de esto no se sigue la conclusión de que en el delito de robo en poblado y en banda, necesariamente deban corroborarse el resto de los elementos de aquella figura. Caso contrario, carecería de todo sentido el artículo 167, inciso 2° del CP, pues el mayor injusto estaría presente a través del concurso entre las figuras de los artículos 164 y 210 del CP. Finalmente, consideró que en el caso concreto no encontraba razones que justificaran los agravios planteados por la defensa sobre este punto.

El juez **García**, por su parte, votó en el mismo sentido aunque remitiéndose a los argumentos desarrollados en el precedente “Canto Bordon”.

[\\pasodoble\Jurisprudencia_CNCCC\Memo_banda_fallos_a_texto_completo\CNCCC_Sala_1_Juarez_reg_nº_721.2016.pdf](#)

CNCCC, Sala 3, CCC 50000790/2010, *Rejala Rivas*, reg. n° 809/2016, 13/10/2016, jueces: Días, Jantus, Magariños.

Antecedentes: la imputada había sido condenada por un hecho sucedido en la vía pública, durante la mañana, cuando le sustrajo la cartera a la víctima, junto a un grupo de personas que luego fueron detenidas. El TO la consideró coautora del delito de robo en poblado y en banda. La defensa interpuso recurso de casación y, entre otros agravios, consideró que no correspondía la aplicación de esta agravante.

Decisión: La Sala —por mayoría— decidió rechazar el planteo.

El juez **Jantus** hizo alusión a su voto en el precedente “Belisone” del TOM Nro. 1⁸ donde ya había fijado posición acerca de los problemas de interpretación del art. 167 inc. 2° del CP. Allí había compartido los argumentos expuestos por la jueza de la CNCP, Dra. Angela Ledesma en el caso “Duarte Castro”⁹ que lo llevaron a modificar su posición en favor de la doctrina del plenario “Quiroz”. Al respecto, transcribió algunos pasajes de aquel voto, relativos al alcance del principio de legalidad y el mandato de determinación derivado de éste, así como un repaso sobre las diferentes posiciones doctrinarias que trataron de interpretar el concepto “banda”, finalizando con su conclusión, en el mismo sentido del autor López Casariego, de que los intentos de respuesta doctrinaria a los problemas de este agravante, son en definitiva formas de interpretación analógica o extensiva del tipo penal, y no existe una forma constitucional de definir el término.

⁸ causa n° 5041 rta. 29/8/2008.

⁹ CNCP, Sala III, causa n° 6137, rta. 3/3/2006.

Luego, con cita de otros autores, aludió a los diferentes intentos de encontrar alternativas a las tesis amplia o restringida que gobernaban la discusión, pero también las descarta todas, en función del principio de máxima taxatividad cuyo alcance desarrolla en extenso, apoyándose además en jurisprudencia de organismos internacionales de derechos humanos.

Finalmente, consideró que resultaba evidente que, por tratarse de un elemento normativo del tipo, únicamente era posible saber a qué situaciones se ha querido referir el legislador, a través de una definición del término insertado en la ley; y que como ello no ha ocurrido, y la interpretación gramatical y la histórica llevan a conclusiones diversas, por esas vías no es posible colegir con certeza el sentido de la agravante. De allí es que termina concluyendo que corresponde la declaración de inconstitucionalidad de este tipo penal.

Por su parte, el **juez Magariños** emitió un voto —que sobre este punto tuvo la adhesión del **juez Días**— en el cual sostuvo 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 interpretativa del juzgador. Aceptar esa clase de razonamiento, afirmó, 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.

Luego agregó que tampoco era plausible fundar la ilegitimidad de la calificante 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 el legislador otorga en otro artículo de la ley (artículo 210 del Código Penal), porque constituiría una analogía prohibida por el artículo 18 de la Constitución Nacional. Dijo que el error de esta posición proviene de la confusión entre la interpretación y la analogía, y que solo ésta última se encuentra prohibida. En este sentido, luego de un repaso por la opinión de diversos doctrinarios, concluyó que el análisis intrasistemático del CP aparece como una correcta y razonable hermenéutica. Así, avanzó sobre la interpretación del número de integrantes que configuran el término “banda” y consideró que esto surgía del propio Código Penal y de algunas leyes especiales, donde el legislador siempre alude a tres o más personas cuando tipifica delitos cometidos con pluralidad de intervinientes (dio como ejemplos el art. 865 del Código Aduanero, el art. 11 inc. 3ero. de la ley 23737, el art. 25 de la ley 22421 y el art. 15 de la ley 24769).

Dijo que en el caso de la figura en cuestión, 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, consideró que no tenían ninguna relevancia los requisitos típicos de la figura de asociación ilícita (art. 210 del CP). Sostuvo, 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. A estos argumentos se suma que los bienes jurídicos tutelados en las figuras del art. 167 inc. 2do. y 210 del CP son diversos.

En conclusión, sostuvo que el TO había calificado el caso correctamente en los términos del art. 167 inc. 2do. del CP.

[\\pasodoble\Jurisprudencia_CNCCC\Memo_banda_fallos_a_texto_completo\CNCCC Sala 3 Rejala Rivas reg. n° 809.2016.pdf](#)

CNCCC, Sala 3, CCC2340/2015, Armoha, reg. n° 921/2016, 14/11/2016, jueces: Jantus, Magariños, Mahiques.

Antecedentes: El TO rechazó un planteo de inconstitucionalidad formulado por la defensa del imputado y lo condenó como coautor del delito de robo en poblado y en banda. El hecho que se tuvo por probado ocurrió en la vía pública, en horas de la tarde, cuando el imputado junto a otros dos sujetos, abordaron a la víctima para arrebatarle el teléfono celular; ésta se resistió, uno de ellos la tomó del cuello y otro le quitó el aparato. El TO rechazó la inconstitucionalidad de la figura prevista en el art. 167 inc. 2do. y la aplicó al caso. La defensa recurrió en casación y planteó agravios, entre otros, con relación a este punto.

Decisión: La Sala —por mayoría— decidió rechazar el planteo.

El **juez Jantus** retomando su criterio ya expresado en el precedente “Rejala Rivas” concluyó que la previsión legal del art. 167 inc. 2do. es inconstitucional porque no brinda una definición clara y precisa del sustantivo “banda” con lo cual, vulnera el principio de taxatividad. Consideró que ni resulta posible determinarlo por vía hermenéutica ante las innumerables posibilidades que brinda la ley penal, ya que esa tarea importaría una violación a la prohibición de analogía que integra el principio de legalidad (art. 18 CN). Así, aseguró que correspondía hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto y declarar la inconstitucionalidad de la figura penal en cuestión.

Por su parte, el **juez Mahiques** sostuvo que correspondía confirmar la sentencia impugnada en este punto dado que las características particulares del caso denotaban que el robo había sido cometido por una banda, porque se verificó que el ataque a la propiedad fue perpetrado por tres sujetos, que actuaron en carácter de coautores, codominando el suceso ilícito. Hizo remisión a su voto en el caso “Pereyra” del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires¹⁰, donde sostuvo que para la aplicación del artículo 167 inciso 2° del CP, es suficiente que tres o más personas hubieren tomado parte en la ejecución del hecho, y que esta expresión debe ser

¹⁰ Sala II, causa Nro. 28.906

empleada en el sentido del artículo 45 del CP. Asimismo, afirmó que no era necesario que tales intervinientes integrasen a su vez una asociación ilícita de las que describe el artículo 210 del CP. Dijo que el especial fundamento de la agravante se halla en la mayor probabilidad de éxito de los agentes para superar los obstáculos “que se pudieran presentar en la consecución de su objetivo ilícito, el aumento de la audacia de los malhechores y el temor público que suscita la presencia de una banda cometiendo un robo, a diferencia del menor potencial delictivo que puede exhibir un delincuente solitario.” También afirmó, con apoyo de citas doctrinarias, que esa agravación punitiva encuentra, además, justificación en la “mayor indefensión provocada tanto a la propia víctima como a la cosa que es sustraída”. Propuso, así, que se rechazara el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Por último, el **juez Magariños** se remitió a lo dicho en el precedente “Rejala Rivas” donde afirmó que la figura no resultaba ilegítima a la luz del principio de legalidad, y que la razón de mayor vulnerabilidad para el bien jurídico “propiedad”, solo estará dada por una actuación conjunta de tres o más personas, único aspecto éste (el del número de intervinientes), que correspondía extraer del artículo 210 de la ley de fondo, a partir de una interpretación intrasistemática del Código Penal.

[\\pasodoble\Jurisprudencia_CNCCC\Memo_banda,_fallos_a_texto_completo\CNCCC Sala 3 Armoha reg. nº 921.2016.pdf](#)