

Cámara Nacional de Casación Penal

2010 - Año del Bicentenario

REGISTRO NRO. 17125

/n la ciudad de Buenos Aires, a los 14 días del mes de septiembre del año dos mil diez, reunidos los integrantes de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor W. Gustavo Mitchell como presidente, y los doctores Guillermo Yacobucci y Luis García como vocales, asistidos por el Prosecretario Letrado por resolución de la C.S.J.N., doctor Gustavo Alterini, con el objeto de resolver el recurso de casación contra la sentencia de fs. 271/282, en esta causa nro. 9465 del registro de esta Sala, caratulada: “**ARRI, Pablo Agustín y otro s/recurso de casación**”, estando representado el Ministerio Público por el Fiscal General doctor Ricardo Gustavo Wechsler, y la defensa de Pablo Agustín Arri y Leonardo David Arias por el Defensor Público Oficial, doctor Guillermo Lozano.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor W. Gustavo Mitchell, en segundo lugar el doctor Guillermo J. Yacobucci y, por último el doctor Luis García (fs. 503).

El señor juez doctor **W. Gustavo Mitchell** dijo:

I-

1º) El Tribunal Oral de Menores nº 3, a fs. 271/282, resolvió:

1) Declarar penalmente responsable a LEONARDO DAVID ARIAS, por considerarlo partícipe secundario del delito de robo en poblado y en banda - causa 2729-, en concurso real con robo agravado por el uso de arma en grado de tentativa, en calidad de autor, en concurso material con encubrimiento agravado el que concurre a su vez en forma ideal con el delito de portación de arma de uso civil sin la debida autorización legal, ambos, también en calidad de autor -causa 3533- (arts. 42, 44, 45, 46, 54, 55, 166 inc. 2º, 167 inc. 2º, 189 bis párrafo 3º, según ley 25.086, y 277 inc. 2º punto b, según ley 25.246, vigente al momento del

hecho).

2) CONDENAR a LEONARDO DAVID ARIAS, a la pena de tres (3) años y tres (3) meses de prisión, accesorias legales y costas, en orden a los delitos por los cuales fuera declarado responsable en el dispositivo anterior, sanción a la que se arribara, habiéndose practicado la reducción prevista en el art. 4º de la ley 22.278.

3) ABSOLVER a LEONARDO DAVID ARIAS en orden al delito de homicidio calificado para procurar la impunidad de un delito en grado de conato.

4) Diferir la unificación de la pena

5) CONDENAR a PABLO AGUSTÍN ARRI a la pena de tres (3) años de prisión, en suspenso y costas, por resultar coautor penalmente responsable en orden al delito de robo agravado por haberse perpetrado en lugar poblado y en banda (arts. 26, 45 y 167 inc. 2º del Código Penal).

2º) Contra ese pronunciamiento la doctora Diana María Yofre titular del Defensoría Pública Oficial, a fs. 302/305, dedujo recurso de casación, el que concedido a fs. 306, fue mantenido a fs. 311.

3º) En primer término la recurrente criticó la decisión del tribunal de calificar el hecho ocurrido el 30 de octubre de 2002. En ese sentido, expresó que sus asistidos fueron condenados por el delito de robo en poblado y en banda, sin embargo indicó que esa figura legal exige que quienes integren la banda deben actuar en todos los casos en la calidad dispuesta en el artículo 45 del C.P., y por ende dicho término no comprende a los partícipes secundarios, como es el caso de Leonardo David Arias.

En segundo lugar, alegó que en la sentencia no se probó que aquel delito se consumó, ello así “en razón del escaso tiempo que medió entre la salida de la finca sita en Helguera 3975, de esta ciudad y el momento de la detención. Si bien los objetos efectivamente salieron de la esfera de custodia del propietario, no han podido disponer de ellos. Resulta llamativo que en la huida, saltando por los techos de las casas vacías, con una gran bolsa, que contenía elementos sustraídos de la mencionada finca, hayan podido disponer de una computadora portátil y una

Cámara Nacional de Casación Penal

2010 - Año del Bicentenario

impresora”.

En razón de lo expuesto solicitó que se modifique la calificación legal, y como consecuencia de ello requirió que Arias y Arri sean condenados como partícipe secundario y coautor, respectivamente, del delitos de robo simple en grado de tentativa.

Hizo reserva del caso federal.

4º) En la etapa procesal prevista por el art. 465 del C.P.P.N. y en la oportunidad del art. 466 *ibidem*, las partes no efectuaron ninguna presentación.

5º) Que a fs. 503 se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 del C.P.P.N.

-II-

Llegadas las actuaciones a este Tribunal, encuentro que el recurso de casación en los que se invocaron concretamente los motivos prescriptos en los incisos 1º y 2º del art. 456 del C.P.P.N., es admisible toda vez que de la verificación sobre las cuestiones sometidas a inspección jurisdiccional surge que la impugnante fundamentó los agravios; además la sentencia es recurrible en virtud de lo dispuesto por el art. 457 *ibidem*.

-III-

El tribunal de *a quo* en primer lugar tuvo por probado que “*el día 30 de octubre de 2002, entre las 17 y las 17.30hs. el enjuiciado Pablo Agustín Arri ingresó junto a otro joven -que fuera oportunamente afectado a la causa y declarado no punible- a la finca sita en Helguera n°3975 -propiedad de Alejandro Luis Ballestero-, por una ventana de la vivienda, previo a levantar por la fuerza la persiana de esa abertura y correr la ventana propiamente dicha, logrando así introducirse en las dependencias internas de la casa, cargar bolsas con bienes y efectos, para finalmente huir por los techos de las fincas vecinas en dirección a la calle Nueva York hacia donde son perseguidos por personal policial que procede a la detención del enjuiciado Arri y su acompañante frente al n°3936 de la calle Argerich, en tanto el enjuiciado Leonardo David Arias, que había quedado en la intersección de Helguera y Nueva York donde permaneciera para facilitar el*

forzamiento de la finca en cuestión y el posterior ingreso a la misma de sus compañeros Arri y Carrizo, fue detenido en tal lugar, lográndose el secuestro de la mayoría de los efectos sustraídos con excepción de una computadora portátil y una impresora que no aparecieron entre los efectos secuestrados en poder de Arri y Carrizo”.

Ahora bien, la recurrente en primer término entendió que le resultaba “llamativo” que durante la huida sus defendidos hayan podido disponer de tales bienes; sin embargo, no formuló una crítica concreta, ni demostró que los argumentos que tuvo en cuenta el *a quo* para arribar a dicha conclusión resultaban contradictorios o arbitrarios. Tampoco descalificó el proceso lógico seguido por el tribunal, ni indicó que presentara fisura que ameritaran su anulación, por tanto lo sostenido por la recurrente no resulta un argumento suficiente que permita modificar el hecho atribuido.

No obstante lo expuesto, y luego de examinar este aspecto, no encuentro ningún motivo que avale la postura de la empeñosa defensa. En efecto, el Cabo 1° de la Policía Federal, Silvio Osmar Luque, quien se encontraba recorriendo la calle Helguera, narró que al llegar a la intersección de Nueva York advirtió la presencia de un sospechoso, refiriéndose a Arri, y que otros uniformados a pocos metros verificaron que una finca tenía la persiana rota y la ventana levantada, y además que había personas que caminaban por las azoteas en dirección a la calle Nueva York.

Por su parte, el Cabo de la Policía Federal Abel Alejandro Asi, señaló que fue convocado por su compañero Luque, y que al arribar a dicho lugar pudo interceptar la marcha de dos personas que corrían.

Alejandro Luis Ballester, propietario de la referida vivienda, señaló que cuando regresó a su domicilio un policía le informó lo que había acontecido, y que al revisar los ambientes advirtió que faltaban algunos objetos, los cuales pudo recuperar, con excepción de una computadora y una impresora. En

definitiva, a través de estos testimonios se permite concluir que el delito fue consumado, y ello así habida cuenta que los imputados tuvieron la libre disposición de los bienes, pues no fueron aprendidos “*in fraganti*”, sino recién

Cámara Nacional de Casación Penal

2010 - Año del Bicentenario

cuando corrían por los techos del vecindario. Así las cosas, desde el desapoderamiento hasta que fueron reducidos contaron con un lapso suficiente para disponer libremente de los bienes, como así también la de desprenderse de aquellos objetos que nunca fueron recuperados.

En cuanto a la calificación legal seleccionada por el tribunal entiendo que carece de la debida motivación.

En efecto, el tribunal sostuvo en el fallo que correspondía responsabilizar penalmente a Pablo Agustín Arri y al menor Leonardo David Arias, por el delito de robo en poblado y en banda, en carácter de autor respecto de Arri, y en carácter de partícipe secundario respecto del menor Arias, conforme los artículos 45, 46 y 167 inciso 2º del Código Penal.

Habida cuenta que el sentido de la agravante banda deviene de la mayor peligrosidad que implica que en la ejecución del ilícito tomen intervención tres o más personas, y la consiguiente merma defensiva por parte de la víctima, la colaboración que presta el partícipe secundario queda fuera de la agravante, pues aquélla no incide ni incrementa el poder ofensivo de los ejecutores.

Este criterio, es también compartido por las restantes Salas de esta Cámara: *in re*: Sala I, “Botto, Pablo Daniel s/recurso de casación”, reg. n° 1207, rta. el 29/10/1996; Sala II, “Sánchez, Luis A. S/recurso de casación”, rta. 28/03/1994, y Sala IV, “Heredia Dávila, Jorge L. S/recurso de casación”, reg. n° 10799, rta. el 03/09/2008, entre otras tantas).

La solución que propicio conlleva a que Arri y Arias, deberán responder en lo que respecta a la causa n° 2729, como coautor y partícipe secundario, respectivamente del delito de robo simple (art. 166 del C.P.); por lo que corresponde reenviar las actuaciones al *a quo* a fin de que fije la pena a imponer a los nombrados.

En orden a lo expuesto, propicio al Acuerdo: 1) Se haga parcialmente lugar al recurso de casación deducido por la defensa, y en consecuencia: a) se condene a **Leonardo David Arias** por considerarlo partícipe secundario del delito de robo simple -causa 2729-, en concurso real con robo agravado por el uso de

arma en grado de tentativa, en calidad de autor, en concurso material con encubrimiento agravado el que concurre a su vez en forma ideal con el delito de portación de arma de uso civil sin la debida autorización legal, ambos, también en calidad de autor -causa 3533- (arts. 42, 44, 45, 46, 54, 55, 165, 189 *bis* párrafo 3º, según ley 25.086, y 277 inc. 2º punto b, según ley 25.246, vigente al momento del hecho), accesorias legales y costas; b) se condene a **Pablo Agustín Arri**, por resultar coautor penalmente responsable del delito de robo simple (arts. 26, 45 y 165 del Código Penal), y costas; 2) sin las costas de esta Instancia; 3) Se remitan las actuaciones al *a quo* a efectos de que fije la nueva pena a imponer a los nombrados de conformidad con la calificación propuesta (470, 471 “*a contrario sensu*”, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

-I-

Que concuerdo con la admisibilidad formal del recurso presentado y con la determinación de los agravios que son su objeto. También coincido con las conclusiones a las que arriba el voto del juez Gustavo Mitchell que lidera el acuerdo y en lo sustancial con los argumentos y motivos que son sus fundamentos.

-II-

En efecto, el recurrente centra sus agravios en la supuesta “inobservancia de la ley sustantiva” por parte del tribunal oral al tener por acreditado en la sentencia, que la comisión del hecho de robo ocurrido en torno al inmueble de la calle Helguera 3975 -que no es motivo de discusión- resultara consumado y, además, agravado por serlo en poblado y en banda. Al respecto entiende por un lado que, en tanto el *a quo* le atribuyó al imputado Leonardo Arias una intervención meramente secundaria en el suceso -art.46 del CP- , la actuación de Pablo Agustín Arri y del menor inimputable -Carrizo- como

Cámara Nacional de Casación Penal

2010 - Año del Bicentenario

coautores no satisface los requerimientos materiales de la noción de banda. Por otra parte, consideró que en razón del escaso tiempo que medio entre la salida de la finca y la detención de los acusados, estos no han podido tener la disposición de los bienes faltantes -una computadora portátil y una impresora-, más allá del efectivo desapoderamiento respecto de la esfera de custodia del propietario.

Sobre el particular el tribunal tuvo por probado que Arias *“debía mantenerse a la expectativa en el exterior”* de la finca *“para observar el eventual paso de personas que pudieran frustrar el plan criminal urdido y, en todo caso, poder advertir a sus compañeros...mientras estos últimos acometían por la fuerza la defensa que oponía la persiana de la ventana por la que finalmente ingresaron a la finca”*. Superado ese tramo del suceso, el *a quo* interpretó que el menor Arias *“permaneció de modo ocioso en la intersección de Helguera y Nueva York”*. Sobre esos presupuestos entonces le imputó al nombrado una actuación secundaria.

De todos modos, la sentencia entendió que esa circunstancias no iba en desmedro de la calificante de banda pues, por la caracterización de la misma que desarrolló a fs.278 -*“incierto duración cohesiva en el tiempo”*, *“mínima organización estructura”*, *“embrionario”* reparto de funciones y *“cierto espontaneismo”*- concluyó que no resultaba necesario que los tres intervinientes lo fueran bajo alguno de los títulos de atribución del art.45 del CP.

Advierto sin embargo, que la significación teleológica del agravante en cuestión reside en la mayor capacidad de vulneración del bien jurídico contemplado en la norma primaria de acuerdo a las modalidades del apoderamiento. En esa línea, la relativa duración y consistencia del vínculo asociativo no releva de atender a la efectiva capacidad de afectación que está dentro del sentido que pretende alcanzar el agravante. Por eso, surge la exigencia de ponderar la concurrencia de aportes que, al menos normativamente expresen, a través de la remisión al art.45 del CP, la mayor aptitud lesiva sobre el ámbito de organización de la víctima. De lo contrario, el concepto de “banda” no podría diferenciarse del mero concurso de personas en la realización del hecho.

La intervención en los términos del art.45 del CP, no implica de todos modos, la asimilación de la noción de “banda” a la de “asociación ilícita” , pues la primera se concreta a través de la presencia activa, desarrollando actos de ejecución o de cooperación concomitante a los que alude la propia cita doctrinaria traída como fundamento por el *a quo* y que hubiera bastado para una inferencia diversa a la alcanzada, en tanto reconoce que Arias no ha actuado bajo ninguna de esas cualificaciones. Del desarrollo argumentativo del fallo se desprende que el nombrado no tuvo presencia activa, no exteriorizó actos ejecutivos, ni aportes en la instancia concomitante. Se mantuvo “*ocioso*” en ese momento, dice la propia sentencia.

Por eso he sostenido que corresponde distinguir desde la perspectiva normativa entre los conceptos de banda y asociación ilícita pues cada uno de ellos remite a funciones valorativas diversas y se vinculan con bienes jurídicos distintos. Mientras la banda responde a la lógica de la agravación por la pluralidad de sujetos que intervienen en un hecho particular, haciendo más vulnerable el objeto de protección específico o logrando una mayor capacidad intimidatoria -según sea el caso-, la asociación ilícita se refiere a la puesta en crisis o amenaza del orden público, la paz o la tranquilidad social, por la conformación de una estructura organizativa con fines ilícitos extendidos y futuros.

De esa forma, en la asociación ilícita si bien se puede hablar de un adelantamiento de la punibilidad si se razona en relación con esos delitos futuros, lo cierto es que su configuración típica se satisface de cara a las características asociativas y por la sola pertenencia a ésta. En el caso de la banda aquí analizada, de contrario, la ejecución de actos lesivos para la propiedad es una condición necesaria para su punición que adquiere mayor intensidad de injusto por el modo de ejecución -número de personas- en los términos del art.45 del CP. En virtud de ello, la concurrencia de las modalidades grupales con los delitos que ejecutan son diversas, pues resulta claro que en la asociación ilícita una vez conformada, los delitos fines han de vincularse materialmente, incluido el propio ilícito contra la propiedad.

La experiencia jurisprudencial y legislativa de los últimos años ha

Cámara Nacional de Casación Penal

2010 - Año del Bicentenario

demostrado que una interpretación basada en la supuesta intención del legislador o los antecedentes de los debates no resulta apta para definir la cuestión. En todo caso, la perspectiva sistemática y teleológica de las normas favorecen en términos político criminales la distinción entre ambos conceptos dejándolos operativos en sus funciones de adscripción de gravedad de injustos con referencia a bienes jurídicos diversos.

Esto resulta además congruente con lo sostenido por esta misma sala en anterior composición cuando se dijo que lo característico de la banda es que, si bien hay actuación conjunta o sucesiva, el ánimo asociativo puede resultar del hecho mismo de la actuación con prescindencia de si la asociación ilícita se materializó antes del hecho delictuoso. Por eso, en el concepto de banda resulta indiferente que las tres o más personas que la integran pertenezcan o no a una asociación ilícita (confr.: esta Sala in re: “Torlasco, Guillermo Esteban s/ recurso de revisión”, causa n° 64, reg. n° 80, rta. el 9 de febrero de 1994, entre muchas otras).

Ahora bien, esa capacidad a la que remite el sentido de la “banda” no se alcanza si entre los tres sujetos que han intervenido, uno de ellos, como es en este caso, solo ha hecho un aporte secundario, conforme su atribución de acuerdo al art.46 del C.P. Por lo tanto en este punto cabe dar razón a la crítica desenvuelta por el recurrente, conforme lo propone el voto que lidera el acuerdo ya que se trata de una simple concurrencia de sujetos y no una banda. El delito así entendido es el de robo.

Coincido también con el juez Mitchel en cuanto a que el *a quo* ha dado razones suficientes para interpretar que el suceso atribuido a los acusados lesionó efectivamente el bien jurídico integrado al tipo penal, consumando pues el injusto. La escueta crítica de la defensa no pone en cuestión los presupuestos dogmáticos que rigen el tema sino que intenta mostrar ciertas dudas sobre la posibilidad fáctica de los imputados para disponer de los dos objetos del delito que no fueron recuperados.

Sin embargo, falla en esa pretensión, pues el modo en que el tribunal

de juicio tuvo por demostrada la secuencia en la que Arri y el menor inimputable buscaron huir de la escena del hecho, es suficiente para evidenciar que en esas circunstancias los nombrados pudieron al menos deshacerse de los efectos. La noción de disponibilidad a la que atiende la cuestión, no requiere del uso o goce del bien por parte del sujeto activo del ilícito, sino que basta con que ejercite actos propios de dominio o control empírico sobre este. Desde esa perspectiva, por ejemplo, el haberse desprendido de los objetos con intenciones exculpatorias, exterioriza un verdadero acto de disposición y consuma el delito.

Estoy de acuerdo pues con la propuesta del primer voto. En consecuencia, entiendo con remisión a las conclusiones alcanzadas por el juez Mitchel, que cabe hacer lugar parcialmente al recurso presentado por la defensa - conforme lo antes señalado- y a fin de que se discierna la pena correspondiente al nuevo título de imputación por el hecho analizado más arriba, se devuelva la presente al tribunal *a quo* a tales efectos.

El señor juez doctor **Luis M. García** dijo:

-I-

Concuerdo con los votos que anteceden en punto a que no se ha incurrido en errónea aplicación de la ley sustantiva al calificar al hecho atribuido a Leonardo David Arias y Pablo David Arri como robo consumado, cuyas consideraciones coinciden en lo sustancial con las de mi voto en la causa n° 9305 “BARRIOS, José Andrés o Gómez, Roberto María de la Cruz s/recurso de casación” (Reg. N° 16491 de fecha 27/5/10).

-II-

Distinta es mi opinión en lo que viene propuesto acerca de la calificación legal de robo en poblado y en banda.

El recurrente pretende que el hecho probado en autos no debía ser calificado como lo hizo en tribunal oral, sino como robo simple. Afirma que toda vez que el *a quo* ha concluido en que la cooperación aportada a la ejecución del

Cámara Nacional de Casación Penal

2010 - Año del Bicentenario

hecho por Leonardo Arias ha sido calificada como participación secundaria, entonces se ha incurrido en error en la aplicación de la agravante del art. 167, inc. 2, C.P. en la medida en que el supuesto de hecho objetivo de la agravación se satisface sólo si se demuestra la participación de al menos tres personas en los términos del art. 45 del Código Penal. Pretende que si se trata de una cooperación a título del art. 46, no se satisface el supuesto de hecho del robo “en banda”.

He sostenido, antes de ahora, que debe entenderse que la palabra “banda” designa, en lenguaje usual, no solamente la asociación de varias personas, bajo forma organizada y relativamente permanente para la comisión de un número no determinado de delitos, sino también el acuerdo ocasional, para cometer uno o varios delitos determinados, bajo un mínimo de organización. Ésas deben obrar en base a un acuerdo previo, con una mínima organización y división de tareas propias del concepto de banda y sus aportes deben estar presentes durante la ejecución del hecho (confr. causa n° 8512 “Prieto Cajamarca, Guido Angelino s/recurso de casación”, Reg. N° 13.596 de fecha 28/11/08).

No es el mero concurso de personas, sino la existencia de una mínima organización y la división de tareas según un plan lo que satisface la agravante pues, como lo ha destacado el juez doctor Carlos Tozzini al emitir su voto en el fallo plenario “Quiroz” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, “*si el legislador utilizó, en el inc. 2° del art. 167 del cód. penal, el sustantivo ‘banda’, es porque entendió referirse a una institución diferente de la derogada calificante de ‘tres o más personas’ [...] En caso contrario, nada le hubiese impedido utilizar tales otras denominaciones y, así, suprimir desintelencias [...] la banda debe tener características diferenciadoras de la mera reunión accidental de tres o más personas [...]*” (E.D. 135-207).

Esta Sala no ha sido llamada a revisar la corrección de la sentencia en punto a que el aporte realizado por el imputado Arias, en el mismo lugar del hecho, y durante su ejecución, constituía participación secundaria y no otra forma de participación más grave, y tal cuestión no puede ser revisada de oficio por imperio de la prohibición de *reformatio in pejus* (art. 445 C.P.P.N.). Sólo ha sido

llamada a decidir si un aporte que no ha merecido calificación de coautoría o participación primaria, a tenor del art. 45 C.P., es sin embargo un aporte a la ejecución común del plan que califica al robo por su comisión “*en banda*”.

Ahora bien, a mi modo de ver aparece suficientemente esclarecida la razón que fundamenta la punición del robo cometido “*en banda*”.

Parte de la doctrina y la jurisprudencia entienden que se aplica la agravación sólo si en la ejecución del hecho han tomado parte tres o más personas, bajo las formas de participación definidas en el art. 45 C.P.

Esa inteligencia parece remontar su origen a la fórmula utilizada en la parte dispositiva del fallo plenario “Coronel” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Allí se concluyó que a los fines de la aplicación de la agravante “*es suficiente que tres o más personas hayan tomado parte activa en la ‘ejecución del hecho’ -empleada esta expresión en el sentido del art. 45 del mismo código-, sin necesidad que tales partícipes integran a su vez una asociación ilícita de las que describe el art. 210 del citado texto legal*” (J.A. 1963-V-569).

Por lo pronto, las conductas realizadas para determinar a otro a la ejecución de un hecho, o a tomar parte en la ejecución de un hecho (inducción o autoría) antes del comienzo de ejecución, aunque comprendidas en el art. 45, no tienen relevancia para la aplicación de la agravante que requiere la comisión del robo “*en banda*”.

El supuesto de hecho de la agravación se distingue por la comisión en banda, lo que distingue esta figura agravada de la asociación o banda del art. 210 C.P. en cuanto la participación de un miembro en ésta es punible con independencia de que el miembro tome o no parte en la ejecución del hecho de la asociación o banda. En el art. 167, inc. 2, C.P., se castiga una forma de participación en un hecho determinado, y no cualquier forma de participación sino una cooperación en su ejecución, de modo que los aportes deben pues concurrir en el momento de la ejecución misma. Quedan fuera de la circunstancia de agravación la instigación -aunque esté comprendida en el art. 45 C.P.-, los aportes anteriores al comienzo de ejecución, y los aportes posteriores a la consumación,

Cámara Nacional de Casación Penal

2010 - Año del Bicentenario

aunque éstos respondan a o tengan origen en un plan común previo. También quedan fuera, por otra razón, los aportes realizados en la ejecución, cuando el aporte no responde a un plan común previo, sino que es el fruto de una decisión del agente de sumarse cooperando a la ejecución, una vez que ésta se ha iniciado (coautoría y participación sucesivas) porque falta la organización previa y la distribución de aportes o roles, y los actos de ejecución individuales que aunque concomitantes no constituyen aporte a un plan de ejecución en común (coautoría accesoria).

Lo que aumenta el injusto del robo por su comisión “en banda” es en sustancia que la cooperación organizada a la ejecución del hecho configura un ataque más intensivo a los bienes objeto de protección, porque la ofensividad se organiza entre todos los que toman parte en la ejecución del robo. Así, en el caso del art. 167, inc. 2, C.P., están comprendidos los autores y todos los partícipes, sea que su cooperación sea necesaria o secundaria, sujeto siempre a que estos tomen parte en la ejecución del hecho. Esta concepción está en la base del voto emitido por el juez Luis Carlos Cabral en el plenario “Coronel, ya citado: *“La intervención de varias personas en ciertos delitos asume por sí sola una especial gravedad que la ley debe computar en contra del delincuente por el mayor peligro que entraña esa participación conjunta para los bienes jurídicos que se trata de tutelar”*. Agrego aquí que no corresponde distinguir según el carácter de los aportes individuales, y que *ceteris paribus* rigen las demás condiciones para calificar al concurso plural como banda.

A este respecto evoco que la idea de mayoritariamente aceptada de que la participación es accesoria al hecho del autor -más allá de las discusiones acerca de la extensión de esa accesoriedad- (*vide p. ej. WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, 3ª. Edic. castellana, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1987, ps. 161 y ss.; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, Tratado de Derecho Penal. Parte General, 5ª. Edic., Comares, Granada, 2002, ps. 705 y ss.; ROXIN, Claus, Strafrecht. Allgemeiner Teil - Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Ed. Beck, Munich, 2003, tomo II, ps. 128 y ss; RIGHI, Esteban, Derecho Penal, Parte*

General, 1a. Edic., Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 394), la punibilidad del partícipe tiene en su fundamento en que su cooperación también es causal a lesión al bien jurídico que acarrea el hecho del autor (WELZEL, op. cit., p. 165; JESCHECK, op. cit., p. 737; ROXIN, op. cit., p. 130). Se señala que la diferenciación que hace el Código Penal entre autores y cómplices secundarios es una diferenciación en cuanto a las consecuencias penales, pero que en todo caso, “es requisito necesario que el aporte que hace el cómplice sea causal para el resultado” o en otros términos que “la mediación de una relación causal entre el aporte y el resultado es requisito de cualquier forma de participación y, por consiguiente, también de la complicidad” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2a. Edic., EDIAR, Buenos Aires, 2003, p. 805). Esa cooperación causal a la lesión abarca todas las formas de participación. En el robo en banda, sin embargo, sólo son relevantes, a los fines de la figura agravada, los actos de cooperación *en su ejecución*, es decir todos los aportes concomitantes comprendidos entre el comienzo de ejecución y la consumación, o en su caso, la frustración. Que la cooperación secundaria conduzca a una escala penal menor no afecta el hecho de que en su ejecución el robo se hubiese cometido “en banda”.

De allí que lo relevante para la calificación del robo por su comisión en banda no es la calidad del aporte causal, sino el momento: que éste tenga lugar durante su ejecución.

Así concluyo que el recurrente no ha demostrado error en la interpretación de la ley sustantiva, refutando los argumentos de la sentencia en la que el *a quo* ha declarado que exigir que todos los que tomen parte de un hecho delictivo lo hagan como coautores o partícipes primarios para que se configure la agravante, “*parece contradecir las características inestables de un grupo así conformado, en el que es posible destacar su incierta duración cohesiva en el tiempo, mínima organización estructural, embrionario reparto funcional en pos de la acción delictiva, y cierto espontaneísmo que parece conculcar la idean de un reparto primario y secundario de funciones como determinantes y fundamentales para lograr el éxito de la empresa delictiva: por el contrario,*

Cámara Nacional de Casación Penal

2010 - Año del Bicentenario

todos, tomen parte de modo directo o de alguna forma cooperen en la empresa delictiva, constituyen y son miembros de ese grupo llamado banda.”

Sentadas las bases conceptuales sobre la extensión del supuesto de hecho de la agravación del art. 167, inc. 2, C.P., observo que en el hecho que el tribunal de juicio ha tenido por probado Leonardo David Arias realizó un aporte a la ejecución del hecho durante su ejecución, que permite sostener que el robo ha sido cometido “en banda”.

-III-

Por ello concuerdo con los jueces que me han precedido en la votación en punto que corresponde rechazar el recurso de casación en cuanto concierne a la calificación del robo cometido por Leonardo David Arias y Pablo Agustín Arri como robo consumado, y disiento en lo demás, pues entiendo que también corresponde rechazar el remedio en cuanto concierne a la aplicación de la agravante del art. 167, inc. 2, C.P. El rechazo debería conducir a la confirmación de la sentencia de fs. 271/282 en todo en cuanto ha sido objeto de recurso, con costas (arts. 470, 530 y 531, C.P.P.N.).

Tal es mi voto.-

Por ello, en mérito al resultado habido en la votación que antecede la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal por mayoría **RESUELVE:**
1) Hacer parcialmente lugar al recurso de casación deducido por la defensa, y en consecuencia: a) condenar a **Leonardo David Arias** como partícipe secundario del delito de robo simple -causa 2729-, en concurso real con robo agravado por el uso de arma en grado de tentativa, en calidad de autor, en concurso material con encubrimiento agravado el que concurre a su vez en forma ideal con el delito de portación de arma de uso civil sin la debida autorización legal, ambos, también en calidad de autor -causa 3533- (arts. 42, 44, 45, 46, 54, 55, 165, 189 *bis* párrafo 3º, según ley 25.086, y 277 inc. 2º punto b, según ley 25.246, vigente al momento del hecho), accesorias legales y costas; b) condenar a **Pablo Agustín Arri**, como

coautor penalmente responsable del delito de robo simple (arts. 26, 45 y 165 del Código Penal), y costas; 2) sin las costas de esta Instancia; 3) Remitir las actuaciones al *a quo* a efectos de que fije la nueva pena a imponer a los nombrados de conformidad con la calificación propuesta (470, 471 “*a contrario sensu*”, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese y notifíquese en la audiencia designada a los fines del art. 400, primera parte del Código Procesal Penal de la Nación en función del art. 469, tercer párrafo del mismo ordenamiento legal, y remítase el expediente al Tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Fdo. W. Gustavo Mitchell, Guillermo J. Yacobucci, Luis M. García. Ante mi:
Gustavo J. Alterini.