

Jurisprudencia penal*

Por Raúl González Garrido

1. Bien jurídico

a. Caso de la mano en el bolsillo vacío

Efectivamente, si por ejemplo un ladrón pone su mano en el bolsillo vacío de la víctima, sin duda es una conducta injusta, pero como el bolsillo estaba vacío, es un caso de atipicidad por inidoneidad en el objeto y resulta impune penalmente, dado que el Derecho Penal defiende bienes jurídicos y el bien jurídico “propiedad” no fue afectado. En esta inteligencia se dijo en el caso (CCC, 23/10/03, Sala 5, “Saavedra, Héctor Alberto”, causa 22.893) que constituye una tentativa de delito imposible la conducta de quien quiso robar bienes de una casa que estaba vacía y deshabitada.

Se dijo en ese fallo que “ha sostenido Jescheck en una de sus obras, que existe tentativa inidónea cuando la acción del autor dirigida a la realización de un tipo penal no puede llegar a la consumación en las circunstancias dadas, sea por razones fácticas, sea por razones jurídicas; tales son los casos de inidoneidad del objeto, del medio o del sujeto (Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed., trad. por José Luis Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 1994, p. 480). Entre ellos, y aquí lo importante, se incluyen los supuestos en los que el objeto de la acción previsto por el autor no se encuentra en el lugar del hecho –los denomina inidoneidad del medio—... Más adelante, como ejemplo aplicable al suceso bajo análisis, hace referencia a aquel caso en que el ladrón mete la mano en un bolsillo vacío”.

b. Caso de la trompada al aire

Otro caso interesante es el del imputado que arroja una trompada a la víctima, pero no logra tocarla (sea por qué calculó mal la distancia, sea por qué la víctima pudo esquivarla) y entonces su conducta es atípica, porque el delito de lesiones es un delito de resultado y no le produjo lesión física alguna. Se dijo en el caso (CCC, 24/4/18, Sala 4ª, “M. C. C. N. s/procesamiento”, causa 18.306) que “distinta solución habremos de adoptar respecto de las lesiones atribuidas, pues de conformidad con lo señalado por la defensa y al tratarse de un delito de resultado, deviene indispensable acreditar tal extremo –situación que no se verifica en el caso– conforme las exigencias típicas de la figura penal. Por estas razones, habrá de modificarse la subsunción legal asignada”. En esta misma senda se dijo en el caso (CCCFed, 11/5/06, Sala 2, “E.A.G.”) que “es habitual que a los recién nacidos que se encuentran internados se les saque sangre para la realización de diferentes análisis y que esa conducta no puede producirles lesión alguna por el sólo hecho de la extracción en sí, lo que en todo caso excluye del ámbito de tipicidad del delito mencionado la situación analizada”.

* [Bibliografía recomendada.](#)

2. Graduación de la pena. Pena máxima posible en Argentina

Se dijo en el caso (SCJBA, 27/4/11, “R., C. E. y R., N. B. s/Recurso de casación”, *LLOnline*, AR/JUR/15864/2011) que “la agravante genérica contemplada en el art. 41 bis del Cód. Penal no resulta aplicable en el caso del delito de homicidio simple, al menos para hechos cometidos antes de la reforma del art. 55 del Cód. Penal por la ley 25.928, atento la limitación prevista en el art. 41 bis, referida a que el aumento en la escala no puede exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda y teniendo en cuenta que el máximo de la escala para el tipo del art. 79 del ordenamiento de fondo es de 25 años de pena privativa de la libertad (del voto en disidencia del doctor Hitters)”. El tema de la pena máxima posible en Argentina, está estrechamente vinculado con el tema del principio de oportunidad y con el principio de legalidad procesal y se sostuvo en el caso (CNCrimCorr, 26/5/04, Sala 1ª, “Bava, Fernando”, causa 22.210) que se necesita “establecer criterios de *oportunidad*, o excepciones regladas al principio de legalidad procesal, que le permitan a los órganos de administración de justicia penal descartar, frente a casos similares, algunos de ellos, para concentrar los esfuerzos en el esclarecimiento y juzgamiento de unos pocos que, por la regla prevista en la última parte del art. 55, CP, no pueden superar el monto máximo de la especie de pena de que se trata.

Independientemente de la discusión generada en punto a la interpretación de esa regla por las reformas introducidas al Código Penal en 1984 (ver en ese sentido el excelente trabajo de Mariano G. Álvarez, *¿Se puede ir más allá de los veinticinco años? El antes y el después de las decisiones de la Cámara Nacional de Casación Penal respecto del límite máximo de las penas privativas de la libertad, casos “Manfredi” y “Franco”, “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Casación”, t. 3, p. 471 y ss.*), si ya con el resultante de una condena respecto de cuatro hechos subsumidos en el tipo penal de la estafa del art. 172, CP, se puede, hipotéticamente, conformar una pena de *1 mes a 24 años de prisión*, desde el punto de vista material, como concreción del derecho penal en la efectiva actuación y aplicación de la ley penal, las disposiciones procesales no pueden representar un obstáculo, cuando no se encuentran en juego otras cuestiones. En cierta medida, la resolución que aquí se revisa, podría ser enmarcada en esta misma línea de razonamiento, pero el principio de legalidad procesal impide poder desentendernos respecto de la investigación de algunos hechos por los motivos apuntados; no obstante, la regla concursal de aplicación al caso permite salvar los condicionamientos indicados para que prosiga la investigación de los restantes, permitiendo el arribo a la etapa de juicio de los ya definidos.

Este criterio, por otra parte, reconoce un precedente de extrema importancia en la historia judicial argentina; se trata del proceso llevado a cabo en contra de las Juntas Militares que ocuparon el poder en el período 1976/1983, conocido como causa n° 13 de la Cámara Federal Penal porteña y que fuera fallado en 1985. Nos interesa señalar de ese caso que frente a las denuncias/casos que la Co.Na.Dep. remitiera a la Fiscalía de Cámara (órgano encargado de la acusación en ese asunto), y que integraban el objeto del decreto 153/83 del PEN, sólo fueron presentados en el juicio una porción de ellos representativa de un 8% del total. Como dice críticamente Marcelo Sancinetti al destacar esa decisión: “En todo caso, es seguro que si es que existían razones de oportunidad para reducir el número de casos a introducir en la audiencia, entonces, era un imperativo inexcusable comenzar luego de este juicio, contra los mismos

imputados, otro proceso por todos los casos... que no hubieran integrado la primera selección; puesto que el derecho penal argentino es claro en el sentido de que no queda cabida para el *principio de oportunidad* (*Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial*, Bs. As., Lerner, 1988, p. 17 y ss.). La consecuencia, en esa ocasión, fue que los restantes casos que integraban el objeto del decreto que dio punto de partida a aquel juicio, fueron absueltos por el tribunal” (CNCrimCorr, 26/5/04, Sala 1ª, “Bava, Fernando”, causa 22.210). Cabe aclarar que el principio de oportunidad, poco a poco, ha ido ganando terreno en el Derecho Penal argentino pues resulta una fantasía absurda el pretender juzgar en forma implacable absolutamente todos, pero todos los hechos ilícitos que se suscitan en la vida diaria.

En el libro de Leonardo Pitlevnik, *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Bs. As., Hammurabi, compuesto de varios tomos que se publican periódicamente, se trata el tema en el tomo 12, p. 77, donde se comenta el fallo CSJN, 8/6/10, “Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel s/robo calificado por el uso de armas”, causa 1669/1687, que versa sobre el tema del máximo de pena divisible de prisión, con particular referencia al diseño de la escala penal y la determinación del máximo legal, como así también las dificultades para la determinación de la pena máxima, las normas involucradas y las consecuencias de la ley 26.200, la unificación de penas y su diferencia con la unificación de condenas, el famoso fallo de la CNCP, Sala IV, 4/8/05, causa 4863, como así también la disidencia del ministro Zaffaroni en el comentado caso CSJN “Estévez” y la cuestión federal, el principio de legalidad, el principio *pro homine*, el principio de proporcionalidad, y la prohibición de aplicar penas o tratos crueles inhumanos o degradantes, como así también lo relativo a la injusticia de la ley penal, todo ello agrupado bajo el título *Control constitucional e interpretación del viejo art. 55 del Código Penal, notas sobre el fallo Estévez*, por Emilio A. Capuccio). Asimismo, en (Pitlevnik, t. 13, p. 15, fallo CSJN, 4/7/06, “Giménez Ibañez, Antonio F. s/libertad condicional”, se trata el tema de la inconstitucionalidad de las penas realmente perpetuas, con particular referencia a la doctrina del precedente CSJN, 7/9/99, “Trusso”, Fallos, 322:2080, la postura restrictiva y la postura amplia, todo ello agrupado bajo el título *La paradoja de la libertad condicional y la pena a perpetuidad*, por Santiago Viola Villanueva).

Asimismo, en el caso (CNCP, Sala 2ª, 18/12/12, “Rubir Olmedo, Héctor Fabián s/rec. de casación”, causa 13.505, registro 20.998) se dijo que “las escalas del CP –hasta la reforma introducida por ley 25.928– y de las leyes especiales, incorporadas o no, no habían excedido, en concreto, el tope de 25 años y, en los casos en que ha previsto la pena privativa de libertad más grave en forma alternativa con la perpetua –art. 214 CP– no ha excedido los 25 años. De tal modo, el máximo de la especie en 25 años es el más adecuado atento las escalas previstas para la libertad condicional, la tentativa y complicidad secundaria en delitos reprimidos con pena perpetua, así como se refleja en la prescripción de la acción y la pena. La disidencia sostuvo que el plazo máximo de la pena impuesta en estas actuaciones debe fijarse en 30 años de prisión en tanto el vencimiento de la pena de prisión perpetua, con declaración de reincidencia, se debe efectuar con remisión a los plazos del art. 53 del CP, por ello, siendo el momento en que comienza el cumplimiento de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado en caso de condena a reclusión perpetua después de haber cumplido 20 años de pena privativa de libertad (conforme redacción anterior del art. 13, CP), en la medida que el acceso a la libertad condicional a los condenados a

prisión o reclusión perpetua es el haber cumplido 20 años de condena, recién ahí deben computarse los plazos previstos por el art. 53 del CP, y entendió que fijar el límite temporal máximo, para un condenado a prisión perpetua con declaración de reincidencia, en 25 años, que es la pena prevista para el homicidio simple sin reincidencia, resultaría violatoria del principio de igualdad” (David, Slokar, Figueroa –en disidencia–).

3. Encubrimiento

a. Delito precedente denunciado o no

Respecto del delito de encubrimiento y la necesidad o no de que se encuentre denunciado el delito precedente, la jurisprudencia se ha expedido en ambos sentidos.

En el caso (CNCP, Sala 2ª, 10/2/95, “Coriolano, Francisco”) se dijo que en el caso del delito encubierto no basta con la denuncia de un robo, sino que es necesario establecer la relación directa entre el robo y el objeto cuyo origen ilícito se pretende.

En el caso (CCC, Sala 5ª, 26/9/19, “Lannutti, Mariano”) se ventiló el caso donde el imputado mediante una maniobra estafatoria desapoderó de dos celulares a las dos víctimas, y se dijo allí que “la circunstancia de que López y García Sosa no hubieran realizado ese día una denuncia policial por el suceso del que resultaron víctimas, no es un dato determinante, frente a las pruebas reseñadas anteriormente, para poner en duda la ocurrencia de los hechos.

En el caso (CCC, Sala 1ª, 26/10/11, “A. A. M.”) se adoptó un criterio desincriminatorio ante la falta de denuncia anterior del arma sustraída y luego hallada, y se dijo que “además de lo expuesto, se tiene en cuenta que respecto al arma que se secuestró en poder de Trigo, no se pudo obtener dato alguno que permita determinar si existía algún pedido de incautación lo que nos impide, junto a lo expuesto en el párrafo anterior, individualizar, e incluso, acreditar, el hecho delictivo preexistente al ilícito que se pretende reprochar al nombrado en estos autos y, claro está que para poder atribuirle el delito de encubrimiento previsto en art. 277, Cód. Penal es necesario determinar la existencia del anterior, como presupuesto imprescindible para tenerlo por configurado, por lo que en este aspecto habremos de homologar el pronunciamiento dictado por la señora juez *a quo*”.

En el caso (CCC, Sala 4ª, 16/4/91, “Ferrari, José”, causa 38.954) se dijo que “si bien la acreditación de la existencia del delito anterior es un elemento objetivo del delito de encubrimiento, no se requiere la individualización de la denuncia, acreditación de propiedad o condena de alguien por el ilícito proceder anterior, sino la presunción más que válida y razonable, de que el objeto por su valor –pasacasete–, no puede considerárselo abandonado, por lo que quien lo vendió, sin papeles y en condiciones más que sospechosas, se tuvo por lo menos, que haber apropiado indebidamente de él (art. 175, inc. 1º, CP)”.

En el caso (TOC 20 Cap. Fed., 12/4/99, “Genovese, Cayetano”, LL, 1999-E-371) se dijo que “a pesar de que el ilícito anterior, que debe ser preexistente, no se encuentra denunciado, corresponde condenar al imputado por encubrimiento si aquél

aparece filmado por una cámara de televisión y resulta indudable que constituye el delito de corrupción de menores”.

En el caso (CCC, Sala 7ª, 21/8/14, “M. T. C.”, *LL*, 2015-A-114) se dijo que “respecto del presente tema la jurisprudencia se ha mostrado dispar. Por una parte, se ha señalado que la inexistencia o el sobreseimiento del delito previo debe derivar en el sobreseimiento del encubrimiento, puesto que si no se estaría violando el principio del *ne bis in ídem*... Por otra parte, se ha indicado que ello resulta indiferente, llegando al extremo de establecer que el encubrimiento se configura aun cuando el delito anterior haya sido denunciado con posterioridad o se presuma su existencia”. En dicha publicación de *LL*, 2015-A-114, también se citó (CNCrimCorr, Sala I, 19/12/89, “Focco, Enrique W.”, *LL*, 1990-C-28; *DJ*, 1990-2-589 donde se dijo que “no obsta a la configuración del delito de encubrimiento por receptación, el hecho de haberse formalizado la denuncia de sustracción de las cosas con posterioridad a su secuestro en manos del receptor”, Trib. Oral Criminal 20, 12/4/99, “Genovese, Cayetano A.”, *LL*, 1999-E-371.

Efectivamente, en el caso (CCC, Sala 1, 19/12/89, “Focco, Enrique”, *LL*, 1990-C-28) recién aludido se dijo que se tipifica el encubrimiento, aunque la denuncia sea posterior inclusive a la incautación del bien en poder del sospechoso. En el caso (CCC, Sala 6ª, 25/7/08, “Sánchez, Sebastián Darío”) el doctor Filozof dijo que “me adhiero a la conclusión del doctor Gustavo A. Bruzzone, toda vez que nada pudo acreditarse en autos respecto del delito anterior, requisito indispensable para configurar el encubrimiento”. En el caso (CCC, Sala 5, 30/9/10, “Alvarez, José Luis”, causa 40.053) se dijo que “en relación al encubrimiento ...al no estar demostrado que el arma provino de un delito anterior, requisito indispensable para configurar ese tipo penal, no cabe responsabilizarlo por tal hecho”. En el caso (CCC, Sala 4ª, 12/9/19, “Montoya Díaz, Nelson Andres”, causa 38.832) se dijo que “en efecto, la figura tipificada en el inc. 1, ap. c del art. 277 del Cód. Penal exige que la receptación de la cosa provenga de un ‘delito’, lo cual implica sólo acreditar su existencia objetiva, sin necesidad de contar con una denuncia previa ante autoridad competente”.

En el caso (CCC, Sala 7ª, 15/2/18, “L.T.N.”, causa 63.207) se confirmó el procesamiento por encubrimiento del imputado y se dijo que “no neutraliza lo expuesto el hecho de que B. no hubiera formalizado una denuncia previa por la sustracción de la aludida tarjeta, pues en su declaración precisó que la desapoderaron de su billetera con su documentación (fs. 75) y no se advierte razón alguna para dudar de lo que narró”. Quiero mencionar finalmente el caso (CCC, Sala 7ª, 27/11/12, “Alvarez Miguez, Gredy”, causa 1779) donde el doctor Pociello Argerich dijo que “la inexistencia de una denuncia previa en la que cuanto menos se hubiese descrito el bien que se denuncia como sustraído, me llevan a coincidir con el voto del juez Divito al que adhiero” y dispusieron la falta de mérito del imputado.

b. Amistad íntima

Respecto de la amistad íntima que actúa como excusa absolutoria del delito de encubrimiento (art. 277, inc. 4, Cód. Penal) hubo diversos pronunciamientos en diferentes sentidos.

Así por ejemplo en el caso (STJ Río Negro, Sala Penal, 25/3/15, “BJG y CRA”, *LLOnline*, AR/JUR/4414/2015) se dijo que “la situación de la imputada por el delito de

encubrimiento agravado respecto del homicidio cometido por su novio, no encuadra en la excusa absolutoria prevista en el art. 277, cuarto párrafo, del Código Penal, si se trata de un noviazgo de breve data entre adolescentes que tampoco encuadra en el supuesto de ‘amistad íntima’, porque la prueba colectada no evidencia que esa relación entre aquella y el homicida, contuviera una amistad de esas características, es decir, con un trato familiar constante”.

En el caso (CCC, Sala de FERIA C, 26/7/13, “Mazzaro, Maximiliano y otros”) se dijo, por mayoría de dos votos contra uno, que “por otra parte, al menos de momento, no puede aplicarse sin más la excusa absolutoria aludida en el art. 277, inc. 4, del Cód. Penal, en razón de la alegada relación entre la encausada R. y su consorte de causa Maximiliano Mazzaro. En efecto y más allá de que la intervención de las líneas telefónicas de la imputada se ordenara a partir de la información obtenida por la División Homicidios de la Policía Federal Argentina, referida a la relación de pareja que mantendrían los nombrados, quienes incluso realizaron juntos viajes al exterior, lo cierto es que siquiera del descargo formulado por R. puede extraerse nítidamente el vínculo que los unía. En tal sentido, cabe recordar que no cualquier amistad da lugar a la aplicación de la eximente de responsabilidad, sino sólo aquella que de acuerdo a las constancias objetivas de la causa pueda calificarse de ‘íntima’, ya que siquiera una ‘estrecha relación’ alcanza la categoría que exige la norma aludida” (CFedCasPen, Sala IV, 13/7/12, “Vilallonga, Martín”, causa 14.119, voto del juez Hornos). Como se dice en el apuntado pronunciamiento, “dicha causal expresada en la ley configura categoría conceptual que integra el tipo objetivo, y por tanto, esa circunstancia debe ser probada en el proceso judicial” (voto del juez Geminiani), de suerte tal que, de momento y sin perjuicio de que la defensa pudiere acreditar los extremos que evoca a fin de tornar procedente la excusa absolutoria contenida en el art. 277, inc. 4, del Código Penal, voto para homologar la decisión puesta en crisis”.

En el caso (CCC, Sala 7ª, 5/4/13, “Petrinelli, Gustavo”, causa 35.539) por mayoría se confirmó el procesamiento del imputado Levy en orden al delito de encubrimiento agravado por tratarse de un delito precedente especialmente grave, y se dijo allí que “a Maximiliano Levy se le atribuye haber colaborado con Maximiliano Mazzaro para evadir las diligencias destinadas a concretar la detención de este último, cuya captura dispusiera el juez de grado el 9 de enero pasado, con motivo del homicidio del aludido Cirino. Concretamente, su comportamiento quedó evidenciado en la llamada que recibió el 16 de febrero de 2013 en la línea..., registrada a su nombre. La interlocutora resultó ser M. B., ex pareja de Mazzaro y titular de la línea telefónica... quien en un momento hizo participar de la conversación a su hija ‘F’, deseosa de transmitir a ‘M. L.’ la intención de encontrarse con su padre, el prófugo Mazzaro. El requerimiento determinó un diálogo entre Levy y otro hombre que lo acompañaba –Mazzaro–respondiéndose posteriormente a la menor que ‘vamos a hacer unas cosas que lo tengo que llevar a papá y después, quedate tranquila, que después nos vemos, mañana seguro pasamos el día juntos’. La relación clandestina que mantenían Levy y Mazzaro surge palmaria con el secuestro en el domicilio de Levy, de documentación personal del evadido –pasaporte, DNI y carnet del club Boca Juniors– (fs. 1388/1389), destacándose en el teléfono marca ‘Apple Iphone’, que pertenece al primero de los nombrados, un mensaje del día 10 de enero de 2013, que reza ‘me negaron la eximición’ y puede atribuirse sin ambages a Mazzaro, a quien se denegó la exención de prisión el 9 de enero del año en curso (fs. 1160). Por otro lado, al menos de momento,

no puede aplicarse sin más la excusa absolutoria aludida en el art. 277, inc. 4, del Código Penal, en razón de la alegada relación entre el encausado Levy y su consorte de causa Maximiliano Mazzaro. En efecto y más allá de las fotografías con las que cuenta la defensa, según lo exhibido en la audiencia oral celebrada en esta alzada, cabe recordar que no cualquier amistad da lugar a la aplicación de la eximente de responsabilidad, sino sólo aquella que de acuerdo a las constancias objetivas de la causa pueda calificarse de 'íntima', marco en el cual, inclusive, la asiduidad de visitas, el hecho de frecuentarse socialmente o un vínculo que reconoce el hecho de pertenecer a una misma parcialidad deportiva no necesariamente resultan indicadores de una amistad íntima, pues puede deberse a otros factores, ya que siquiera una 'estrecha relación' alcanza la categoría que exige la norma aludida" (CFedCasPen, Sala IV, 13/7/12, "Vilallonga, Martín", causa 14.119, del voto del juez Hornos).

No obstante, en dicho caso, el juez Divito sostuvo en su voto en disidencia que "advértase –en particular– que, más allá de que Levy ha expresado que considera a Mazzaro como su hermano, el diálogo que aquél habría mantenido con la hija de éste, transcrito en párrafos anteriores, demuestra una confianza y un trato cercano que, en principio, avala la invocada amistad íntima, expresamente prevista en el art. 277, inc. 4, del CP como eximente de la responsabilidad criminal por los hechos típicos de favorecimiento personal como el aquí atribuido. Conforme a lo expresado, entiendo que, en relación con Maximiliano Levy, correspondería revocar el auto apelado y declarar que no existe mérito para decretar su procesamiento ni para sobreseerlo (CPPN, art. 309). Así voto".

En el caso (CCCFed, Sala 2ª, 15/12/03, "P. L. A.", *LLOnline*, 20040531) se concluyó que encuadra prima facie en el delito de encubrimiento por favorecimiento personal –art. 277 del CP– la conducta desplegada por el imputado que ayudó a eludir la captura conocida que pesaba sobre un tercero que se encontraba en situación de prófugo. Se dijo allí que "tampoco se han acompañado pruebas que avalen la existencia de una amistad íntima que pudiera tornar de aplicación la excusa absolutoria prevista por el art. 277, inc. 3 del CP. De hecho, las referencias que formula el imputado en su declaración indagatoria relativizan esa posibilidad, en la medida en que señala que 'se podría decir que somos amigos'" (ver fs. 53 vta. del principal).

En el caso (STJ Corrientes, 17/12/97, "Benítez, Héctor", *LLOnline*, AR/JUR/1451/1997) se dijo por minoría que "si bien es cierto que la relación concubinaria es equiparable a la amistad íntima prevista por el art. 279 del Cód. Penal como causa de eximición de pena al encubridor y que las excepciones contenidas en la citada normativa no se determinan teniendo en cuenta la relación que exista entre el encubridor y la víctima, razones ético morales hacen intolerable que no se sancione con rigor la conducta desplegada por la coimputada madre de la víctima que encubrió el homicidio perpetrado por su concubino" (del voto en disidencia del doctor Titievsky).

En el caso (CCC, Sala 1ª, 8/11/91, "Sapena, Sonia") se absolvió a la imputada que había recibido de regalo un reloj marca Rolex por parte de su concubino, el cual era robado, y se dijo allí que "de este modo, el juicio de atipicidad cubriría la recepción tanto del reloj 'Rolex', de parte de su concubinario, como las que le hicieron Rossi y Rosas, si bien la juzgadora de grado también hace la salvedad de que, además, la aceptación del reloj que le diera Assad estaba amparada por la excusa absolutoria del art. 278 del CP, que libera de pena al encubrimiento del amigo íntimo, en caso de

delito contra las personas, y al cual estaría íntima y teleológicamente ligado el robo previamente perpetrado contra la familia Arata por parte de quienes, en un momento ulterior, los mataron para procurarse impunidad”.

Finalmente cuadra mencionar el artículo doctrinario de María Celeste López Woites, *La figura de encubrimiento por favorecimiento personal. Reflexiones sobre su tipicidad*, RDP, 2021-9-67, donde se dijo que con relación a la excusa absolutoria (art. 277, inc. 4, Cód. Penal) “Aquí la norma prevé un catálogo de personas que se encuentran exentas de responsabilidad por este delito en virtud de vínculos de sangre, de familia, de amistad o gratitud con el sujeto encubierto. Consideramos que no puede aplicarse en el presente caso la eximente en cuestión, por cuanto la imputada era la concubina del sujeto encubierto, y dicho vínculo no se encuentra dentro del catálogo previsto en la ley. Es nuestra convicción que cuando el legislador ha tenido la intención de equiparar al concubino o pareja conviviente o no, con la figura del cónyuge, lo ha hecho en forma expresa. Véase por ejemplo el art. 80, inc. 1° cuando reza: ‘A su ascendiente, descendiente, cónyuge, excónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediere o no convivencia’... Por tal motivo, si el legislador hubiera querido eximir de responsabilidad a la pareja conviviente, así lo hubiera aclarado, no habiéndolo hecho, y no resultando aceptable extender dicha excusa absolutoria fuera del marco legalmente establecido para ello. No desconocemos que esta norma puede resultar de aplicación desde la lógica interpretativa de que si se encuentra alcanzado el ‘amigo íntimo’ nada impediría que la pareja también lo esté, como sostiene un sector de la doctrina... no obstante por los motivos expresados precedentemente, y considerando que, en el caso en particular, el vínculo que une a la imputada con la víctima del abuso –su hija–, resulta más estrecho que el que mantenía con el sujeto encubierto –concubino– propiciamos la aplicación de las excusas absolutorias en su máxima taxatividad” (RDP, 2021-9-67).

c. Desvinculación del acompañante del rodado

A continuación, detallaremos una serie de casos donde fue desinclinado (o no) por ejemplo el acompañante de un rodado que aparentemente ignoraba que el coche era robado o con patente falsa o que había un arma en el piso del automóvil, etcétera.

En el caso (CCC, Sala 6ª, 8/2/19, “Carlos, Erik Iván”) en dirección incriminante, se dijo que “en ese sentido, sostuvimos que en cuanto hace al elemento subjetivo del tipo invocado, el Tribunal entiende que no es necesario que el encubridor por recepción conozca el hecho concreto que originó la condición ilícita de la cosa adquirida, sino lo único que se requiere es que tenga conciencia de que, de algún modo, fue mal habida”.

En el caso (CCC, Sala 1ª, 2/6/20, “Ledesma, Mario Alberto”, causa 20.996) los dos imputados a bordo de la motocicleta con cables cortados propios de una sustracción previa, se dieron a la fuga cuando la policía trató de identificarlos en un control vehicular, de donde se infiere conocían ambos la procedencia ilícita del rodado.

En el caso (CCC, Sala 7ª, 28/9/11, “Torres, Maximiliano”, causa 41.731) en su voto en disidencia, el doctor Divito, propuso sobreseer a los dos acompañantes de un

rodado sustraído, en el entendimiento de que ignoraban la procedencia ilícita del rodado, no así su conductor.

En el caso (CNCP, Sala 2ª, 18/6/13, “Slame, José Miguel”) se adoptó por mayoría un criterio desincriminatorio de los acompañantes de un rodado sustraído conducido por otro imputado. Se dijo allí, por mayoría, que “no es admisible presumir la receptación punible por la mera circunstancia de que los tres encausados se encontraban en el interior del rodado al momento de la aprehensión. El establecimiento de la imputación en los términos asumidos en el fallo en crisis parte de una presunción ajena a la determinación probatoria de los hechos y deriva en la denunciada atribución de responsabilidad objetiva, lo que constituye un supuesto de arbitrariedad de sentencia. No aparece como criterio válido para establecer responsabilidad por la receptación del vehículo el mero hecho de encontrarse viajando en su interior, toda vez que no resulta frecuente que cualquier persona que es transportada en un automóvil indague acerca de la procedencia y la legitimidad de la posesión que detenta el conductor. El dolo de encubrimiento por receptación parte del conocimiento sobre la adquisición de la tenencia de un objeto de manos de otro sujeto que lo ha obtenido mediante la comisión de un delito”.

En el caso (CCC, Sala 1ª, 30/5/12, “Ponsico, Tomás Ariel”, causa 42.483) en un sentido incriminatorio se dijo que “las explicaciones vertidas por los imputados en cuanto a que se dirigieron a bordo del automóvil en calidad de acompañantes de una pareja que habían conocido momentos antes en un bar de la zona céntrica carece de respaldo, no sólo porque no han aportado dato alguno que permita corroborar tal extremo, sino porque ello se contrapone con las pruebas acumuladas, fundamentalmente, el testimonio de C. A. G. que observó que el rodado merodeaba por la zona”.

En el caso (CCC, Sala 6ª, 15/7/15, “Salinas, Julio David”, causa 42.312) se sobreseyó al acompañante del rodado sustraído con el argumento de que “el único elemento incriminante es que circulaba como acompañante. Nada indica que supiera sobre el origen espurio del bien, o fuera su receptor. Por lo tanto, asiste razón a la defensa en cuanto a que Mora Palacios al someterse al requerimiento policial y no pretender eludirlo (ver fs. 14) mostró un comportamiento que impide tener por configurado el elemento subjetivo del delito que se le atribuyó y al no advertirse diligencias que pudieran esclarecer lo realmente sucedido, corresponde desvincular al nombrado de la presente causa y así poner fin a su situación de incertidumbre procesal”.

En el caso (CCC, Sala 4ª, 13/9/13, “Román, Raúl”, causa 45.737) se confirmó el sobreseimiento de la persona imputada del delito de lesiones que en realidad fueron provocadas por el accionar de otro imputado ajeno a ella. Se dijo allí que “en estas condiciones, no se estima posible otorgar características de coautoría a lo que, en rigor, fue un emprendimiento de Ignacio David Román y ejecutado de manera individual, no habiendo el aquí imputado intervenido de modo alguno en el hecho ajeno”.

En el caso (CCC, Sala 1ª, 30/10/18, “Bufanio, Ignacio”, causa 55.151) se dijo que los elementos de prueba eran insuficientes como para afirmar que la acompañante del rodado conocía el origen espurio del mismo.

En el caso (CCC, Sala 6ª, 21/11/14, “Medina, José Enrique”, causa 59.066) se adoptó un criterio desincriminatorio del acompañante. Se dijo allí que “por otro lado, Medina debe ser sobreseyó, por cuanto no es dable considerar una portación compartida dadas las características de este ilícito, a lo cual se agregan las características

de este episodio que dan cuenta que el portador era Tofolón (ver, en este sentido, mi voto en la causa 19.682, 13/6/13, 'Rouchy, Tyron Brian s/procesamiento') (del voto del doctor Ricardo Pinto)".

En el caso (CCC, Sala 4ª, 22/9/16, "Bulacio, Oscar Jesús") con criterio desincriminatorio del acompañante se dijo que "por otro lado, no ha sido posible desvirtuar el descargo brindado por Bulacio, quien sostuvo que no sabía que La Pena llevaba la pistola entre sus pertenencias. Debe subrayarse, en este caso, que aquélla se encontraba dentro de una riñonera que, cuando lo pasó a buscar, su compañero habría apoyado en el asiento trasero del automóvil que el primero conducía (cfr. fs. 1/2 y 300). Además, en este análisis no pueden soslayarse las circunstancias valoradas al tratar la situación procesal del coimputado, por lo que se impone su definitiva desvinculación".

En el caso (CNCP, Sala 4ª, 11/6/08, "Dalto, Sebastián Alfredo") se dijo que sólo a uno de ellos se le endilgó la tenencia ilegítima del arma de guerra utilizada para cometer el robo agravado, y en el fallo se omitió cualquier análisis que permita sustentar la responsabilidad del restante en relación a las amenazas proferidas por su consorte.

En el caso (CCC, Sala 7ª, 23/10/03, "Almonte de León", causa 22.586) en un sentido incriminatorio se dijo que la conducta de quien lleva un revólver calibre 32 cargado y en condiciones de disparo debajo del asiento del automóvil que conduce, resulta típica del delito de portación arma de uso civil y no de la simple tenencia de ésta –art. 189 bis, párrafo tercero, del CP–. Agregaron allí que la condición de acompañante en el vehículo no permite descartar que la acción sea compartida por ambos ocupantes, con igual grado de responsabilidad criminal.

Finalmente quiero mencionar que el fallo de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal "R. S., J. A. s/sobreseimiento" (causa 7769/2018) resuelto el 17 de abril de 2019 donde los vocales Ignacio Rodríguez Varela y Rodolfo Pociello Argerich, por mayoría, revocaron el sobreseimiento y dispusieron el procesamiento en calidad de coautor del delito de portación de arma de uso civil condicional (art. 189 bis, apartado 2, 4to párrafo, CP) respecto del conductor de una motocicleta en la cual viajaba también otro tripulante que con un arma de fuego mató a la víctima. El vocal Ignacio Rodríguez Varela explicó, entre otros aspectos, que existió un designio común encaminado, tanto a la portación del arma, como a su utilización en el hecho por el que ya ambos fueron procesados como coautores, resultando irrelevante desde la perspectiva del conductor de la motocicleta que la pistola fuera trasladada en su bolsillo o en el de su cómplice. Que en cualquiera de los dos casos se hubiera encontrado en condiciones inmediatas para su uso, incluso por cualquiera de ellos. El vocal Rodolfo Pociello Argerich compartió los argumentos de Rodríguez Varela y señaló que ya ha sostenido en casos similares que para la configuración del tipo penal discernido no se requiere el constante contacto físico entre el portador y el arma detentada, sino la inmediata disposición que cada uno de los sujetos involucrados pudiera tener sobre ella (Sala V, 15/8/03, "Ramírez", causa 22.345; 9/11/16, "Herrera", causa 30.936, y Sala VI, 23/12/09, "Zayas", causa 38.390; 23/5/17, "Astorga", causa 23.074). Agregó que existe una diferencia entre aprehender un arma y portar un arma, pues es imposible que dos personas aprehendan un arma corta al mismo tiempo, mas tratándose de un delito de peligro abstracto,

la acción de arribar juntos al lugar, actuar en clara división de tareas y escapar en la misma dirección, no permite descartar la posibilidad de encontrarse ambos en condiciones de su uso inmediato. El vocal Carlos Alberto González, en disidencia, votó en pos de confirmar el sobreseimiento apelado, precisando que la circunstancia de que el arma fuera utilizada tan sólo por el acompañante de la motocicleta obsta a reprochar esa misma conducta al conductor del rodado pues lo obrado no da cuenta de que él hubiera tenido tal disponibilidad de uso inmediato del arma, puesto que dicho elemento siempre estuvo en poder del restante imputado (Sala IV, 19/4/10, “B. C.”, causa 432, entre otras) (Colección de Fallos de Interés General de la CCC, n° 89/2019).

4. Tenencia y portación de armas de fuego. Diferencias

Se dijo, por mayoría, y respecto de la tenencia de arma de fuego, en el fallo de la Sala de FERIA A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal “L. B. D. s/procesamiento” (causa 93.249/2019) resuelta el 14/1/20 que “la circunstancia de que carezca de municiones no elimina la afectación al bien jurídico, ya que por tratarse de un delito de peligro abstracto es suficiente con probar su operatividad. Precisamente, que el arma no estuviera cargada es donde radica la diferencia con la figura de portación, en cuyo caso se halla en condiciones inmediatas de ser utilizada (Sala VI, 17/8/17, “F., S. F. s/procesamiento”, causa 24.118 y 12/4/18, “M., D. E. M. s/sobreseimiento”, causa 44.532 –ambas con una conformación parcialmente diferente–; Sala VII, 30/8/13, “Coman, Hugo L.”, causa 37.666/2013/CA2, entre otras) (Colección de Fallos de Interés General CCC n° 3/2020).

Se dijo asimismo en el caso (CCCFed, Sala 2ª, 23/4/14, “Huerta González, Julián”, causa 34.400) que en lo que atañe a la portación de arma imputada, cabe referir que “el diccionario define la portación como ‘llevar de una parte a otra’ y ‘llevar sobre sí’. Por eso se ha dicho que portar es aquella facultad por la cual el interesado se encuentra autorizado a mantener en su poder al arma, de manera que la portación implica la posibilidad de trasladar el arma de un lugar a otro” (Donna, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II-C, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2002, p. 115). En este mismo sentido, se ha sostenido que la acción típica: “consiste en portar –sin la debida autorización– un arma de fuego de uso civil o de guerra. Se entiende por ‘portación’ el traslado del arma en condiciones de ser utilizada efectivamente como tal. Esto implica que el agente ha de llevar el arma de fuego consigo –o a su alcance– de modo tal que le permita un uso inmediato” [D’Alessio, Andrés J. (dir.), *Código Penal de la Nación comentado y anotado*, t. II, Bs. As., La Ley, 2009, p. 901]. Asimismo corresponde recordar que “si bien es indudable que la portación resulta claramente abarcativa de la tenencia, ya que no podría portar quien antes no tiene el arma, se desprende que la acción de portar, importa un plus a la simple tenencia, que puede ser definido como la acción de llevar, sin la debida autorización legal, el arma de fuego cargada en la vía pública (o sea en condiciones de uso inmediato)” (Donna, Edgardo A., *Derecho Penal*, t. II-C, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2002, p. 117 y 118).

Leemos con toda claridad en la *Cuarta entrega temática de jurisprudencia y bibliografía de interés para la práctica judicial* elaborada por la Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en agosto de 2007, en su punto 3, la definición de tenencia

y portación de arma de fuego “Portar un arma de fuego consiste en llevarla en condiciones inmediatas de uso en lugares públicos” (res. 17/1991 del Registro Nacional de Armas –Renar–). Es decir que porta un arma de fuego quien la mantiene corporalmente en su poder, en lugares públicos y en condiciones inmediatas de uso (CNCas Pen, Sala 1ª, 26/2/03, “Aguirre, Horacio”, JPBA, 120-233; CCC, Sala 4ª, 18/9/03, “Benedettelli, Juan”; CCC, Sala 6ª, 19/7/04, “Juárez, Rubén”; CCC, Sala 7ª, 28/2/01, “Toranza, Ricardo J.”; SCJ Mendoza, Sala 2ª, 3/3/03, “Fiscal vs. Breesi Escalante, Raúl”; CCCFed, Sala 1ª, 13/11/00, “Villalba, Ricardo”).

En el caso (CContravencional de la Ciudad de Buenos Aires, Sala 2ª, 8/7/04, “PJM y PDM”) se hace cita de una autoridad del Renar cuando define claramente que “portar un arma de fuego es el hecho de disponer en un lugar público o de acceso público de un arma de fuego cargada y en condiciones de uso inmediato”. Porta quien tiene la facultad o autorización de mantener corporalmente el arma en su poder, y es un concepto más amplio que la tenencia (CCC, Sala 4ª, 18/9/03, “Benedettelli, Juan”). El clásico caso de portación de arma de fuego es cuando el imputado la lleva a la cintura (CCC, Sala 1ª, 24/9/02, “Rodríguez Mirandas, César Javier”). Vale decir que “la portación requiere llevarla corporalmente y en condiciones inmediatas de uso” (CCC, Sala 4ª, 5/9/06, “Piñeiro Perez, Gustavo R.”, causa 30.216). “Tenencia” es por la que el individuo tiene el arma en un lugar físico que se encuentra a su disposición y no requiere la detención corporal sino que es sólo necesario que se encuentre dentro del ámbito de custodia, que tenga un poder de hecho tal que le permita por su sola voluntad y sin necesidad de intervención de terceros disponerla (CCC, Sala 4ª, 18/9/03, “Benedettelli, Juan” –en este caso fue hallada el arma en el domicilio del individuo–; CCC, Sala 4ª, 9/5/02, “Chariff, Sergio”, causa 18.542). En base a estos claros conceptos legales podemos concluir que porta un arma quien la lleva entre sus ropas en condiciones inmediatas de uso y en lugares públicos. En tanto que la mera tenencia de un arma de fuego se refiere a casos donde el arma fue hallada por ejemplo en el domicilio o en el rodado del imputado. Solamente puede llamar a dudas el caso donde el arma se encuentra muy cerca del imputado, como en la guantera del coche o un bolso, que en general, aplicando el principio (*favor rei*) se tratan tanto casos de mera tenencia y no de portación. Con toda claridad se dijo que “la portación de un arma define la acción de disponer en un lugar público o de acceso público, de un arma de fuego cargada o en condiciones de uso inmediato. Debe distinguirse la tenencia de la portación. El Estado otorga la autorización de tenencia de armas a determinadas personas, mas de ninguna manera equivale a la necesaria para la portación, con un riesgo mayor para la seguridad pública” (CCC, Sala 6ª, 19/4/02, “Sánchez, Arturo”, causa 18.040), y que “el concepto de portación abarca la acción de llevar el arma con la munición en el cargador, recámara o alvéolos, en otras palabras cargada y con la posibilidad de usarla en forma inmediata sin la necesidad de cargarla previamente” (Creus, Carlos, *Tenencia de armas*) (CCC, Sala 4ª, 6/9/04, “Chico, Ariel”, LL, 2005-C-546; Sala 5ª, 8/6/00, “Flores, Héctor”, causa 13.745).

También se dijo que “respecto del delito de portación ilegal de arma de guerra, si el objeto no era llevado por el encausado en su poder, debe descartarse tal figura y endilgarle la simple tenencia... la portación requiere llevarla corporalmente y en condiciones inmediatas de uso” (CCC, Sala 4ª, 5/9/06, “Piñeiro Perez, Gustavo R.”, causa 30.216)” (*Cuarta entrega temática de jurisprudencia y bibliografía de interés para la práctica judicial*, elaborada por la Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en agosto de 2007).

5. Delito culposo

a. Diferencia entre negligencia, imprudencia e impericia

Se dijo en el caso (CCC, Sala 4ª, 21/3/03, “Schierloh, Mariel”, causa 19.832) que “omite quien tiene el concreto deber de evitar el resultado descrito en un tipo penal y no lo realiza por alguna de las causales de la culpa (imprudencia, negligencia o impericia). Únicamente a quien reúne los requisitos especiales es posible formularle la imputación objetiva y lo convierte en sujeto activo del delito de omisión impropia el hecho de que él tiene la responsabilidad jurídicamente impuesta, de hacer lo posible para evitar la consecuencia. Esta persona es la que se halla en posición de garante.

La falta de observancia del cuidado objetivo es determinante para saber hasta que punto es posible reprochar al autor la realización de un hecho y para ello debe analizarse si se actuó con imprudencia, negligencia o inexperticia. Se ha definido al imprudente como la persona que realiza acciones que no ha meditado previamente o quien realiza acciones arriesgadas, más allá de lo que no es dable admitir para que no se causen daño. La negligencia aparece en principio, como una actitud omisiva, como un defecto de la atención y de la voluntad; como la carencia de las cualidades necesarias para obrar según lo quiere el orden jurídico. La omisión debe estar vinculada al deber jurídico de actuar positivamente para evitar el resultado.

Asimismo, la impericia es la actuación inexperta o inidónea en una tarea que requiere una especial destreza. La omisión de las maestras del jardín de infantes que se hallaban al cuidado del niño damnificado se presenta en forma evidente si se identificaron en su cuerpo más de 13 mordidas, lo cual hace presumir que no se debió a un hecho repentino, sino que para lograr la entidad de las lesiones el agresor debió realizarlas en un tiempo prolongado. Aun cuando las imputadas afirmen que, al momento del hecho, estaban desarrollando tareas relacionadas con su trabajo, debieron prevenirlo, máxime si se tiene en cuenta que resulta casi inaceptable que un bebé de cuatro meses no llore y siga durmiendo al recibir tamaño dolor. Las maestras obraron con negligencia e impericia en la actividad que desarrollaban, máxime tenido en cuenta que, conforme la directora de la institución, su función es la asistir, alimentar, procurar la higiene y tareas pedagógicas adecuadas a la edad de los niños, más aún debido a su condición de bebés, se debieron extremar los cuidados y en tal caso hubiese sido posible evitar el desenlace. Con ello, el procesamiento decretado en orden al delito de lesiones culposas (art. 94, CP), debe ser confirmado”.

b. No existe la participación en delitos culposos. Todos responden a título de coautor

Sabido es que no existe la participación criminal en delitos culposos, pues son delitos cuyo resultado no es querido por quien lo provoca, y se considera coautores a

todos los que de un modo u otro hayan participado en la causación del resultado lucrativo. La jurisprudencia se ha expedido en diversas oportunidades sobre el tema.

En el caso (CCC, Sala 1, 14/8/06, “Apestegui, Carlos”, causa 28.976) se responsabilizó penalmente al médico que aconsejó la operación de la víctima si bien fue otro médico quien la llevo a cabo y terminó en lesiones. Se dijo allí que “desde el punto de vista de la teoría de la intervención en el hecho criminal, y sin perjuicio de que se trata de un tipo imprudente, se lo podría considerar tanto como instigador como autor mediato; las diferencias en uno y otro caso se deben establecer en relación a la representación que tuvieron los que llevaron a cabo la operación con el método indicado por Apestegui; pero, sin perjuicio de la subsunción que en definitiva tenga mejor derecho a ser aplicada, la de autor, como nos propone la resolución atacada, resulta absolutamente plausible”.

En el caso (CCC, Sala 3ª, 15/3/88, “Hortiguera”) se dijo que “que en materia de delitos culposos por violación de un deber de ciudadano no puede haber participación o instigación, porque estas conductas están dirigidas a un fin coincidente con el del autor, con el que colaboran o al que impulsan en su propio propósito, mientras que en los delitos culposos éste no está encaminado al resultado que se produce”. En tal fallo “Hortiguera” se consideró autor de lesiones culposas a quien iba conduciendo un rodado y por una discusión de tránsito le aconsejó a su acompañante que le dispare el arma a un colectivero, quien resultó lesionado por los vidrios fragmentados por el disparo. Este caso “Hortiguera”, más allá de lo resuelto, me deja pensando si no hubo desde el vamos una intención dolosa en el accionar suscitado a partir del incidente de tránsito.

En el caso (CCC, Sala 7ª, 30/8/13, “Piolo, Pablo”, causa 44.427) se dijo que “así, mientras que en los delitos dolosos se distinguen las formas de participación –en sentido amplio: coautoría, participación necesaria y secundaria e instigación–, en los tipos imprudentes cada uno de los involucrados es responsable sólo de sus acciones u omisiones y el resultado perjudicial que ocasionen.

Por ello ha señalado la doctrina que “todo grado de concausación respecto del resultado típico producido no dolosamente, mediante una acción que no observa el cuidado requerido en el ámbito de relación, fundamenta la autoría del respectivo delito culposo. Por esta razón no existe, en el ámbito de los delitos culposos, la diferencia entre autoría y participación. Ello, porque toda clase de concausación en la producción no dolosa de un resultado mediante una acción que lesiona el cuidado conforme al ámbito de relación, es ya autoría”. En similar sentido se ha sostenido que “la necesidad de establecer diferencias entre autoría y participación existe solamente en los delitos dolosos; en los delitos culposos, estructurados de otro modo, no tiene ninguna significación” y que “por su peculiaridad, no hay, en los delitos culposos, ni ‘tentativa’ ni ‘participación’”.

En el caso (CFCP, Sala 3ª, 2/5/16, “Arano”, causa 28.893, registro 514/16) se ventiló el caso del aporte de un tercero al delito culposo y se dijo que “el límite del principio de confianza se aplica en este caso como consecuencia del deber de observación que pesaba sobre los arquitectos, ya que es violatorio del deber de mantener la confianza cuando, en el propio ámbito de observación, han entrado indicios de que el otro no se comportaba conforme a lo esperado: el cirujano observa cómo el instrumentista quirúrgico le pasa un bisturí que no se encuentra en debido estado de

asepsia, no puede ampararse luego en el principio de confianza frente a la lesión que se produce por el uso de dicho elemento”.

En el caso (CCC, Sala 4ª, 7/5/14, “Velez, Mathias”, causa 76.007) se dijo que “en este punto cabe señalar que en el ámbito penal no excusa la culpa concurrente, en tanto no siempre es responsable una sola persona de un riesgo”. “En la distribución de incumbencias no tiene por qué verificarse precisamente entre un autor (infractor al deber) y una víctima (vulneración de incumbencia); puede que tomen parte varios autores unos junto a otros”, sin perjuicio de que ello “pueda atenuar la responsabilidad del acusado al examinar la participación culposa del [coautor] para considerar la medida de la pena”. Tampoco puede ser atendido el argumento basado en la presunta autopuesta en peligro de la víctima al no llevar colocado el casco reglamentario, pues tal extremo no neutraliza per se la responsabilidad del justiciable, pues “la concurrencia de culpa de la víctima carece de relevancia para determinar la responsabilidad penal del encausado porque en el ámbito penal no se admite la compensación de culpas. La culpa de la víctima no compensa la imprudencia o negligencia determinante del hecho por parte del autor”.

En el caso (CNCasCrimCorr, Sala 2ª, 28/11/17, “Usqueda, Leandro Ezequiel”, causa 63.194) se dijo que así, al decir de Roxin, “es correcta la posición de la jurisprudencia más reciente cuando no imputa la cooperación en una autopuesta en peligro responsable sólo si el sujeto que se pone en peligro a sí mismo es consciente del riesgo en la misma medida que el cooperador. Si el incitador o promotor se da cuenta de que la víctima no es consciente plenamente del alcance de su decisión (BGH NStZ 1986, 266), crea un riesgo que ya no está cubierto por la voluntad de la víctima y cuya realización debe imputársele por tanto al cooperador” (Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Madrid, Civitas, 1997, p. 391).

El tema también fue tratado por ejemplo en el artículo doctrinario *Consideraciones acerca de la admisibilidad de la participación en delitos culposos* de Tobías Schleider, publicado en *LL*, 1994-E-893. Asimismo, también fue tratada la cuestión en el artículo doctrinario *Algunas consideraciones sobre la participación culposa* de Adolfo Campos, publicado en *LL*, 1981-C-1125. En el famoso caso del incendio del local bailable “República de Cromañon” sustanciado también en una de sus aristas en el caso (CNContAdmFed, Sala 4, 11/7/17, “Ricciardi Yakin, Magalí y otro c/Estado Nacional”) se dijo que “fue acreditado que la decisión acerca del lugar en donde desarrollar el recital del 30 de diciembre de 2004 fue tomada en forma democrática por la totalidad de los integrantes del grupo: músicos, escenógrafo y manager. Así pues, todas las decisiones y aportes ulteriores (lícitos e ilícitos) que se concatenaron para que el incendio tuviera lugar –tanto las de los anfitriones del espectáculo, como las de los asistentes– dependieron de aquel acuerdo primigenio... Finalmente fueron condenados por la figura de incendio culposo agravado, en concurso real con la de cohecho activo en calidad de partícipes necesarios (arts. 55, 189, último párrafo, y 258, Cód. Penal)”.

En el caso (CCrimCorr San Martín, Sala 1ª, 15/4/94, “Tigua, Nery y otro”, *LLBA*, 1994-750) se dijo que “participar no sólo es producir y no toda condición implica participación criminal. Sin embargo, cuando la conducta, aunque no dirigida directamente a la producción de un resultado típico (dolo directo), o aceptado como probable (dolo eventual), implica una violación al deber de cuidado que no sólo constituye causa del resultado, sino que ha sido determinante del mismo o causa eficiente para otros, se

dan todos los requisitos de la tipicidad culposa y es autor quien realizó dicha conducta sin que para nada jueguen los principios de la participación”.

En el caso (CFedApel Mar del Plata, 17/8/11, “Landriel, Dora Martha c/Proficio, Raúl y otros s/daños y perjuicios”, *LLOnline*, AR/JUR/44768/2011) y ya desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial por el delito culposo, se ventiló el caso donde un particular encendió el motor de su embarcación en el agua sin subirse a ella. Al estar amarrada comenzó a girar, traspasó el boyado que delimita el corredor náutico con la zona de bañistas, y embistió a una mujer causándole graves heridas en un brazo. A raíz de ello la víctima demandó por daños y perjuicios al propietario de la barca, al municipio, a la Prefectura Naval, y a la Asociación de Guardavidas. La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda. Las partes interpusieron recursos de apelación. La Cámara incrementó el monto de condena. Se dijo allí que “es impropio discriminar el grado de participación de los distintos intervinientes en el accidente del bañista que fue embestido por una embarcación, pues si *existe la responsabilidad solidaria frente a la víctima en caso de participación culposa con prescindencia de cuánta culpa aportaron al resultado*, con mayor fundamento debe entronizarse la solidaridad cuando la responsabilidad está fundada en el riesgo de la cosa o de la actividad y en la obligación del Estado de mantener indemnes a sus ciudadanos por la prestación de un servicio público (del voto del doctor Hooft)” (*LLOnline*, AR/JUR/44768/2011).

En el caso (CCC, Sala 7ª, 30/12/14, “Y, J. y otros”, causa 35.475) se dijo que “y si bien es sabido que no resulta admisible la participación en el ámbito de los delitos culposos, ello no obsta a que las distintas conductas que han contribuido a la causación del resultado respectivo sean consideradas, en definitiva, como hipótesis de autoría culposa (cfr. Welzel, Hans, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Depalma, 1956, p. 104)”.

En el caso (CCC, Sala 4ª, 9/10/12, “Manoukian, Alejandro Luciano y otros”, causa 1251/12) se dictó el procesamiento de los responsables del estrago, sin perjuicio de que en el hecho intervino también una tercera persona no identificada. En el caso (CCC, Sala 7ª, 2/12/13, “Rodríguez, Eduardo Vicente”, causa 47.550) se dijo, en un caso de homicidio culposo, que “considera el Tribunal que la circunstancia de que la realización de la canaleta en el muro medianero de la obra en construcción emplazada en... de esta ciudad, fuera encomendada a la empresa”, “no diluye la imputación dirigida al causante, pues, efectivamente, en su condición de director de obra... éste conservaba el deber de control de las tareas ejecutadas por terceras personas”.

En el caso (CCC, Sala 1ª, 25/4/95, “Darnotti, Pedro y otro”) se dijo que “en los tipos culposos es dable consignar la existencia de la coautoría, según las circunstancias del caso, más no por la división de funciones, ya que ella es incompatible con esta clase de delito, caracterizado por la ausencia de voluntad criminal, sino que proviene de la situación denominada de la ‘autoría concomitante o conjunta’ caracterizada por la ausencia del ‘*plan sceleris*’”.

En el caso (CCC, Sala 1ª, 16/10/02, “Cofano, Ángela María”, causa 18.769) se atribuyó a las imputadas haber causado la muerte del damnificado por intoxicación con monóxido de carbono, para lo cual, una de ellas –la administradora del consorcio de copropietarios– habría habilitado el uso del calefón ubicado en el departamento de la víctima, pese a la clausura que sobre éste había impuesto la empresa de gas, sin

que previamente se hubieran realizado los arreglos necesarios; y a la otra –propietaria del inmueble– se le imputó haber concausado dicho resultado, al haber locado al damnificado la finca que poseía un calefón antirreglamentario para el tipo de vivienda, con deficiencias en su instalación y funcionamiento, así como por no haber contado el inmueble con una rejilla fija inferior dirigida al exterior para la reposición del aire de combustión, y por encontrarse desconectado el conducto de evacuación de gases quemados del calefón, todo lo cual habría provocado la concentración de monóxido de carbono en el ambiente y, en consecuencia, la muerte de la víctima mientras se estaba bañando. Se dijo en dicho caso “Cofano” que “si autor de un delito culposo es todo aquel que mediante una acción lesiona el deber de cuidado requerido en el ámbito de relación, y que todo grado de concausación respecto del resultado típico, producido no dolosamente, mediante una acción que no observa dicho cuidado, es el fundamento de los delitos culposos, no existe, en este tipo de delitos, la diferencia entre autoría y participación, ello por cuanto toda clase de concausación en la producción no dolosa de un resultado, mediante una acción que lesiona el cuidado conforme al ámbito de relación, es ya autoría; corresponde, en la especie, que las imputadas deben responder como coautoras”.

En prieta síntesis puedo decir que solamente existe la participación dolosa en delito doloso. En este sendero y con toda claridad se dijo en el artículo doctrinario de Adrián Tenca, *El tipo previsto en el artículo 165 del Código Penal (homicidio con motivo u ocasión de robo) a la luz de un reciente fallo del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires*, publicado en LLBA, 1999-887, que “En ambos casos la responsabilidad de la acusada debe ser descartada, en el primero porque no se puede ser partícipe en un delito culposo y, en el segundo porque no puede haber participación culposa en un delito doloso. Méndez no fue la autora de la muerte de su compañero, y ésta fue colocada en cabeza de un integrante de la comisión policial que participara en el enfrentamiento, y dicho evento dañoso –muerte– resultó, por otra parte, justificado por el ordenamiento jurídico vigente, pues se causó por el funcionario policial en cumplimiento de su deber”.

6. Flagrancia (ley 27.272). Delito o concurso de delitos que supera el tope de 15 o 20 años de prisión del artículo 353 bis del CPPN

Dado que el art. 353 bis del CPPN (conforme ley 27.272, BO, 1/12/16) reza que “el procedimiento para los casos de flagrancia que se establece en este título es de aplicación a todos los hechos dolosos en los que se verificasen las circunstancias del art. 285 y cuya pena máxima no supere los quince años de prisión o veinte años de prisión en los supuestos del art. 119, cuarto párrafo, y del art. 166, penúltimo párrafo, del Código Penal, o tratándose de un concurso de delitos, ninguno de ellos supere dicho monto”, esta norma ha suscitado algunos planteos que hasta ahora han sido resueltos a favor de aplicar el régimen de flagrancia inclusive en el caso de que concurren en concurso real dos hechos de robo con armas, pues se considera individualmente a cada delito, más allá de la forma en que concurren (sea concurso real o ideal). El delito de robo con armas, tipificado en el art. 166, inc. 2° del CP (según ley 25.882, BO, 26/4/04) se encuentra reprimido con reclusión o prisión de cinco a quince años.

En esta inteligencia, en el caso (CCC, Sala 1ª, 22/4/22, “Martínez Florentín, Pedro Luis”, causa 17.787) se dijo que en función del art. 353 bis del CPPN (conforme

ley 27.272 de flagrancia) tiene razón el fiscal apelante, pues no se advierte perjuicio alguno para la defensa y la causa debe continuar bajo el régimen de flagrancia. Se dijo allí que “no se observa que los episodios atribuidos al encausado excedan el monto máximo de pena al que hace alusión el art. 353 bis, tal como concluyó el juez de grado. La fiscalía los calificó como constitutivos del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego, en concurso real entre sí –dos hechos–, tipificado en el art. 166, penúltimo párrafo, del CP. Es decir, se trata de uno de los dos supuestos específicos que menciona aquel artículo para habilitar el procedimiento de flagrancia, otorgándole un tope de veinte años. Si bien en la presente pesquisa nos encontramos ante un concurso material, cuya sanción podría extenderse hasta los cuarenta años, es clara la norma cuando expresa ‘o tratándose de un concurso de delitos, ninguno de ellos supere dicho monto’. Por lo tanto, la decisión impugnada será revocada, debiendo continuar la presente bajo el procedimiento de flagrancia”.

En similar sentido se había expedido la Sala 7 de la CCC en el caso (CCC, Sala 7, 24/8/20, “Groppa, Carlos Gastón Maximiliano y otro”, causa 35.694) donde también se convalidó proseguir la pesquisa bajo el régimen de flagrancia pese a que el delito investigado era de robo calificado por el uso de arma y la provocación de lesiones graves a la víctima.

7. La víctima (ley 27.372 de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos)

a. Obligación de notificar a la víctima del dictamen fiscal desincriminatorio

La nueva ley 27.372 de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos, publicada en el Boletín Oficial el 13 de julio de 2017, ha ampliado los derechos procesales de la víctima y ha suscitado diversas interpretaciones en los temas puntuales en los cuales incide.

Así por ejemplo en el caso (CCC, Sala 6ª, 28/5/20, “Cadavid, Mirta Nélida”, causa 67.400) se dijo que “el fiscal por aplicación del art. 196 bis y art. 196 quater del Código Procesal Penal de la Nación postuló el sobreseimiento de Mirta Nélida Cadavid puesto que, a su criterio, la denuncia no configuraba delito. Ello no fue notificado a la víctima para que pudiera ejercer la revisión contemplada en el art. 80 del Código Procesal Penal Federal (en sus incs. h y j) que, expresamente, tras su incorporación a nuestro ordenamiento por medio de la resolución 2/19 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación y cuyos términos y alcances, surgen de su art. 270, pese a no estar vigente. Recordamos que esa norma contempla poner la decisión en conocimiento de las partes y de aquella para que, en el plazo de tres días, ella pueda objetar el pedido de desvinculación ante el superior del fiscal, o constituirse como querellante ejerciendo las facultades previstas en el inc. b del art. 336 del catálogo nacional, ante el juez. En ese sentido ‘la notificación formal a la víctima, mediante la que se ponga en conocimiento de lo decidido asegura aquellos derechos fundamentales establecidos en el art. 80’ [Daray, Roberto R. (dir.), *Código Procesal Penal Federal. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 2019, 2ª ed., t. 2, p. 282]. La jueza ese mismo día, tras compartir la postura del fiscal, dictó el sobreseimiento (fs. 87/88) que fue notificado por cédula electrónica el 8 de enero de 2020 y,

recurrido el día 15 siguiente por derecho propio por el abogado Mario Juan Podolsky que, además, solicitó ser tenido como acusador privado (fs. 96/97). A fs. 98 se rechazó tal legitimación con el argumento de que no podía serlo solo para impugnar, pero de conformidad con la ley 27.372 de derechos y garantías de las víctimas de delitos lo concedió contra el sobreseimiento. Entendemos que, por una cuestión de economía procesal, para no dilatar el trámite del sumario y a pesar de no haberse cumplido con aquel examen dentro del propio Ministerio Público Fiscal, *no se analizará el tema como una revisión, sino con el alcance dado a la apelación del pretense querellante*”.

En el caso (CCC, Sala 1ª, 5/7/21, “R. G. E. s/procesamiento”, causa 63.791) se dijo que “luego de que la fiscalía notificara a la progenitora de la niña del dictamen fiscal desvinculatorio y de lo previsto en los arts. 80, inc. j y 270 del CPPF, tampoco realizó ningún pedido o manifestación al respecto”.

b. Facultades de la víctima. Autos que puede apelar y cuales no

En el caso (CCC, Sala 4ª, 16/12/20, “C., F. s/nulidad”, causa 34.083) se suscitó una divergencia de criterios sobre el tema. El doctor Ignacio Rodríguez Varela dijo “la postura del recurrente supone atribuir a la víctima que no se ha constituido como parte querellante la facultad autónoma para apelar el sobreseimiento. Sin embargo, la modificación introducida por la ley 27.372, y en relación a la pretensión principal del proceso penal, sólo concede tal facultad en el caso de las desestimaciones dictadas en la oportunidad del art. 180 del CPPN”. El doctor Mauro Divito agregó “estimo que el planteo de nulidad formulado por la parte querellante ha sido acertadamente rechazado. En ese sentido, destacó que el art. 80, inc. h, del Código Procesal Penal de la Nación, según la ley 27.372, autoriza a la víctima a pedir la revisión únicamente respecto de la desestimación y el archivo (cfr., Sala VII, 18/3/20, causa 78.656/19), de modo que la falta de notificación a aquélla del sobreseimiento dictado mientras aún no revestía el rol de querellante, carece de incidencia sobre la validez de lo resuelto”.

Finalmente el doctor Pablo Lucero (en disidencia) dijo “en ese sentido, específicamente el art. 80, en su inc. h establece que la víctima tendrá derecho a ‘ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicitara expresamente’, lo cual fortalece aún más lo decidido y despeja toda duda en cuanto a que, en esos casos, los órganos judiciales no pueden ignorar la intervención de la persona afectada por un delito, como ocurrió en estos actuados. También, en el inc. i se contempla que deberá ser notificada antes de cada decisión que pueda requerir su revisión y, en el j requerir ‘la revisión de la desestimación, el archivo, la aplicación de un criterio de oportunidad o el sobreseimiento’, solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal, aun si no hubiera intervenido en el procedimiento como querellante”.

8. Pandemia Covid-19. Prueba por medios telemáticos. Indagatoria por videoconferencia o videollamada

La pandemia de Covid-19 suscitada desde marzo de 2020 introdujo nuevos paradigmas en el Derecho Procesal Penal pues la regla pasó a ser la presentación digital de escritos y la producción de prueba por medios telemáticos remotos, pasando

la presencialidad a un segundo plano, salvo que las circunstancias lo exijan indefectiblemente.

En el caso (CCC, Sala 6ª, 15/9/21, “Aguirre Cardona, Rafael Ricardo”, causa 5128) la Sala autorizó la declaración indagatoria por videoconferencia de una persona ubicada en el extranjero.

En el caso (CCC, Sala 6ª, 3/4/20, “Rossi, Ricardo Miguel s/nulidad”, causa 5979) se ordenó la ampliación de una indagatoria por videoconferencia.

En el caso (CCC, Sala 1ª, 12/6/20, “T. P. M. s/nulidad”, causa 21.194) se dijo con toda claridad que “en cuanto a los cuestionamientos sobre la modalidad de videoconferencia que utilizó la jueza *a quo* para desarrollar la declaración indagatoria, recordamos que a partir de la pandemia de Covid-19, que llevó al Poder Ejecutivo Nacional al establecimiento de un aislamiento social preventivo y obligatorio, mediante el DNU 297/2020 y sus prórrogas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó una serie de acordadas en las que dispuso la feria judicial extraordinaria, instando a los tribunales nacionales y federales a llevar a cabo los actos procesales que no admitiesen demora, de la forma que no represente para los funcionarios y empleados de los distintos fueros, como así también para las partes de los procesos, un riesgo para su salud, priorizando el trabajo a distancia (acordadas 4, 6, 10, 12, 13, 14, 16 y, recientemente, 18/2020 de la CSJN). De este modo, y siguiendo los lineamientos del Acuerdo General de esta Cámara de fecha 16 de marzo de 2020, la jueza de la anterior instancia, recibió en forma correcta la declaración indagatoria por vía telemática, de modo tal de dotar al acto de la intermediación que prevé la norma y a efectos de no dilatar su derecho material de defensa; máxime cuando T. P. se hallaba detenido.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante la acordada 20/2013 autorizó materializar la declaraciones, no sólo de testigos y peritos, sino también de imputados mediante teleconferencia cuando no sea posible que quien deba comparecer acuda a la sede del tribunal (lo que reiteró en el punto 7, segundo párrafo, de la acordada 6/20 para las jurisdicciones donde se aplique el sistema acusatorio); circunstancia que en el sub examine está más que justificada por la pandemia, donde las autoridades sanitarias nacionales e internacionales, aconsejan el menor contacto interpersonal posible. El recurrente no ha logrado demostrar, entonces, de qué manera se afectó la intermediación entre la magistrada y el detenido, como para nulificar el acto. La falta de lectura del acta final resulta una formalidad que se ve saneada con la mayor tendencia a la oralidad en los procedimientos, pues tal extremo es para verificar la fidelidad de la declaración al plasmarse por escrito, lo que pierde sentido en una videoconferencia que permanecerá grabada. Tampoco la falta de privacidad invocada pueda afectar el acto de defensa, pues más allá de lo expuesto, podía negarse a declarar o hacerlo por escrito, de haberse sentido cohibido de hacerlo o, resultar la consecuencia del asesoramiento de su abogado”.

En el caso (CCC, Sala 7ª, 11/11/20, “Gutierrez Sanabria, Daisy Carolina s/nulidad”, causa 17.891) también se dijo con contundencia que “con respecto a la realización del acto mediante una videoconferencia, cumple mencionar que uno de los hitos evolutivos más relevantes de la asistencia mutua fue la consideración de procedimientos dirigidos a posibilitar el desplazamiento de las autoridades jurisdiccionales del Estado requirente hacia el requerido, a fin de intervenir directamente en la actuación de diligencias procesales de investigación. A esta posibilidad puede sumársele hoy la

utilización de los medios informáticos para el diligenciamiento de esas medidas y que ni siquiera requieren del desplazamiento de funcionarios, testigos o imputados. Concretamente se hace referencia a la utilización de la videoconferencia como elemento de ayuda y mayor agilidad para los trámites procesales” (Cerdeira, Juan José, *Cooperación internacional contra el crimen organizado*, Bs. As., Ad-Hoc, 2011, p. 46). En lo que hace al régimen doméstico, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aun con anterioridad a la situación particular del virus Covid-19, mediante su acordada 20/13, del 2 de julio de 2013 (expte. n° 2267/13), ha previsto la posibilidad de materializar las declaraciones no sólo de testigos o peritos sino de imputados mediante el procedimiento de la videoconferencia, en casos en “que no sea oportuno o posible que quien deba comparecer acuda personalmente a la sede del tribunal”. En ese sentido, esta Sala ha sostenido que “sobre la base de un juicio de razonabilidad, podrá concretarse, en su caso, mediante el aludido sistema, según la reglamentación que acompaña a dicha acordada, siempre que a diferencia del exhorto no importa la delegación del acto en otra autoridad judicial” (causas 73.193/13, “Terlinden, Jerome”, del 14/9/15 y 66.773/13, “García, Sonia Patricia”, del 29/3/16). Precisamente y con motivo del aislamiento social, preventivo y obligatorio decretado por el Gobierno Nacional, el más Alto Tribunal avaló nuevamente mediante las acordadas 6/2020, 12/2020 y 14/2020 la utilización de la videoconferencia como herramienta para obtener las declaraciones en un proceso.

En igual sentido se expresó esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en el marco del Acuerdo General del 16 de marzo último. Por lo expuesto, la circunstancia de que Gutiérrez Sanabria prestara declaración indagatoria mediante el sistema de videoconferencia desde el país en el que –para ese entonces– se encontraba detenida, no implicó afectación alguna de sus derechos constitucionales, pues en el supuesto de haber podido ingresar al país el acto se hubiese celebrado de la misma manera”.

En el caso (CCC, Sala 4ª, 16/3/21, “C.M.O. s/nulidad”, causa 78.367) la recurrente postuló la nulidad del acta de la declaración indagatoria de C. por considerar que existían discrepancias entre lo que declaró mediante videoconferencia y lo que a posteriori se transcribió en el documento de mención, pero la pretendida nulidad fue rechazada.

© Editorial Astrea, 2022. Todos los derechos reservados.