

REGISTRO NRO. 15.837.4

//la ciudad de Buenos Aires, a los 4 días del mes de noviembre del año dos mil once, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente, y los doctores Mariano H. Borinsky y Mariano González Palazzo como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, Nadia A. Pérez, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 3124/3147 de la presente causa Nro. 13.418 del Registro de esta Sala, caratulada: “**SPANDONARI, Horacio Daniel s/recurso de casación**”; de la que **RESULTA:**

I. Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en la causa 36.414 de su Registro, con fecha 28 de agosto de 2009, revocó la decisión de su inferior en grado y, consecuentemente, dispuso el procesamiento, sin prisión preventiva, de Horacio Daniel SPANDONARI, por considerarlo, *prima facie*, autor penalmente responsable del delito de abuso de autoridad por haber dictado una resolución contraria a la ley (arts. 45 y 248 del C.P. y 306 del C.P.P.N. –fs. 3005/3009-).

II. Que contra lo decidido, interpusieron recurso de casación los defensores de confianza del acusado, doctores Marta E. NERCELLAS y Hernán PREPELITCHI (fs. 3124/3147), el que denegado a fs. 3148 -conforme copia agregada al presente expediente- fue concedido por esta Sala tras la interposición de la vía directa correspondiente (Reg. Nro. 14.090, fs.3174/3179 vta.).

III. Que el recurrente invocó ambos motivos casatorios, por cuanto consideró que el pronunciamiento recurrido aplica erróneamente el tipo penal de abuso de autoridad a su ahijado procesal (art. 248 del Código Penal), desatiende el derecho de éste a impugnar su procesamiento en virtud de esa figura delictiva y carece de su debida motivación (arts. 18 y 75, inc. 22 de la C.N. 8.2.h. de la C.A.DD.HH. y 14.5 del P.I. DD. CC. y PP., 123, 166 y 337 del C.P.P.N.), defectos que lo tornan arbitrario.

En cuanto a los vicios *in procedendo*, y siguiendo la línea argumental adelantada, los señores defensores puntualizaron que la decisión puesta crisis

violenta la garantía de doble conforme respecto del auto de procesamiento (art. 311 del código adjetivo), en la medida en que “[...] limita de manera sustancial [la] posibilidad [de su pupilo] de contar con un recurso amplio y eficaz ante un Tribunal Superior, [pues] el recurso de casación [...] posee no sólo limitaciones en cuanto a la admisibilidad formal sino también respecto de los motivos por los que se puede interponer, limitaciones éstas que violentan la amplia revisión (apelación) de la que es pasible el auto de procesamiento a raíz de lo dispuesto por [la normativa adjetiva aludida]” (confr. fs. 3139).

Asimismo, los recurrentes reprocharon al fallo venido en recurso por estar “[...] plagado de inconsistencias, omisiones y contradicciones, que tornan en meramente aparente su ‘fundamentación’, [concretamente, contiene] afirmaciones dogmáticas que prescinden de las pruebas, circunstancias y hechos incorporados [al proceso], todo lo cual lesiona elementales principios y garantías de reconocida raigambre constitucional como la defensa en juicio y el debido proceso, afecta la legitimidad del pronunciamiento [...] y, [finalmente,] determina su nulidad”. En efecto -prosiguió la defensa-, “la resolución puesta en crisis efectúa una incorrecta reconstrucción fáctica de los sucesos acontecidos, incurriendo en falacias argumentales, producto de una arbitraria, subjetiva, parcial y fragmentaria valoración de la prueba agregada en autos” (confr. fs. 3139 vta.).

En detalle, los impugnantes expresaron que “[...] no es cierto que SPANDONARI haya dictado la disposición por la cual se autoriza el funcionamiento con carácter precario del natatorio emplazado dentro de las instalaciones del Club Atlético All Boys ‘a sabiendas’ de que presentaba supuestas anomalías que impedirían su concreción por falta de cumplimiento de la intimación oportunamente cursada [...]”. Por el contrario -refirieron- “[él] obró creyendo, convencido, de que no existía ningún impedimento para el otorgamiento de la autorización en cuestión, sobre la base del informe de una inspectora que así expresamente se lo señalaba; que contaba, además, con la conformidad del Jefe de la División de Inspectores, confiando plenamente -como no podía ser de otra manera, en virtud de las características de su trabajo- que dicho informe era veraz, veracidad que aún hoy no se encuentra efectivamente descartada, ya que el natatorio continúa funcionando sin interrupciones”. En suma -dijeron-, “fue [...] tomando como antecedente lo informado por la inspectora Nigro, ratificado por el

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

Jefe de la División Inspecciones a cargo del Departamento Espectáculos y Diversiones Públicas (Mustapich), SPANDONARI dispuso autorizar con carácter precario el funcionamiento del natatorio en cuestión”. Y la presunción del acusado -continuaron los recurrentes- no tenía porque sucumbir a la luz del informe de la inspectora Torres, toda vez que “[...] Torres no haya realizado la inspección porque el local se encontraba clausurado, no significa que las mejoras intimadas no hubieran sido ya realizadas [...]” ni que Negri, efectivamente, no hubiera llevado a cabo el examen de aquél. Refuerza lo último -dijeron- los dichos del testigo, siquiera valorados por la Alzada-Mario Alejandro Di Mare-, en el sentido de que aunque se observasen fajas de clausura [...] las inspecciones [se] hacían igual”. En ese sentido, concluyeron que “[...] la afirmación efectuada por el Dr. Bruzzone en cuanto a que ‘la clausura judicial dispuesta directamente impedía el acceso al lugar para efectuar cualquier tipo de control’ resulta meramente dogmática, ya que ello no sólo no se desprende del informe de Torres, sino que tampoco se encuentra acreditado en autos por elemento alguno.

Otro factor a tener en cuenta -refirieron los recurrentes- es que la solicitud de prórroga efectuada por el club All Boys no puede considerarse un elemento de cargo tal como lo entendió el colegiado anterior, ya que “[...] en dicha petición no se especifican cuáles de las intimaciones efectuadas se encontraban pendientes de cumplimiento, si las documentales o las mejoras de las instalaciones, [con lo cual] bien podría ser que aquello que Nigro observó en la inspección realizada ya hubiera estado hecho al momento en que se solicitó la prórroga, estando pendiente sólo la obtención de la documentación”. Véase cuando ello pudo ser así, señalaron los impugnantes, que conforme surge de sede Administrativa, puntualmente del “incidente de levantamiento de clausura” con “[...] posterioridad a la habilitación del 28 de febrero de 2001 el natatorio fue periódica y regularmente inspeccionado por diversas reparticiones municipales. De hecho, según surge del correspondiente libro rubricado, cuyas copias certificadas acompañó la empresa All Boys 2000 S.A., luego de que SPANDONARI otorgó la autorización para funcionar aquí cuestionada se llevaron a cabo doce (12) inspecciones, que tuvieron por objeto el contralor del

cumplimiento de las diversas exigencias normativas, edilicias, de higiene y seguridad relativas al natatorio. [Y] si bien en algunas de ellas se formularon observaciones menores, la mayoría de índole formal o administrativo, en ninguna de esas ocasiones se señaló la existencia de razones para que el natatorio dejara de funcionar o fuera clausurado. [Pero lo más importante es] que las mejoras oportunamente intimadas por SPANDONARI, a la postre verificadas por Nigro, no fueron reiteradas en las sucesivas inspecciones siguientes, lo que da cuenta que [ellas] habían sido ya cumplidas para entonces”. Así las cosas, cuanto menos se impone -concluyeron los presentantes- la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

En fin -prosiguieron- “no existían razones válidas para que el ‘principio de confianza’, en el que SPANDONARI basaba su quehacer profesional en forma inevitable -[se gestionaban en su dependencia un promedio de ciento cinco habilitaciones por cada día hábil de trabajo]-, fuera puesto en crisis en esa circunstancia”, lo cual echa por tierra la afirmación del órgano jurisdiccional de la instancia anterior, en el sentido de que debía requerir de sus inferiores jerárquicos detalles al respecto. “[...] el principio de confianza -remataron los recurrentes- no estaba vigente por decisión de SPANDONARI, sino porque no existía otra posibilidad para ejecutar la tarea encomendada; debía confiar que lo que se le informaba respondía a la realidad de lo que los inspectores y jefes de división o departamento habían visto y constatado”.

En torno a la causal prevista en el inc. 1° del art. 456 del C.P.P.N., la defensa subrayó que la conducta enrostrada a Horacio Daniel Spandonari es atípica. Ello es así -precisaron- ya que “[...] la autorización precaria otorgada por [aquél] no resulta contraria a la Ordenanza N° 41.718, en tanto que al momento de su concesión se encontraban cumplidos todos los requisitos exigidos por aquéllas, [amén] de que tampoco se indica en el decisorio contraria a qué disposición concreta de la Ordenanza N° 41.718 habría sido la autorización en cuestión, efectuándose un reproche en forma amplia y genérica, que carece de toda legitimidad”.

Por lo demás, los presentantes expusieron que la equiparación que se hizo de la mentada ordenanza municipal a una ley provincial “[...] a los fines de la aplicación del precitado art. 248 del código de fondo, en virtud del ‘status jurídico

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

que actualmente ostenta la Ciudad Autónoma de Buenos Aires' [...] lesiona los más elementales principios del Derecho Penal, relativos a la prohibición de analogía, necesidad de taxatividad y estricta legalidad, de reconocida raigambre constitucional. La ciudad de Buenos Aires no es una Provincia, ni la Ordenanza en cuestión -dictada incluso previo a la modificación del 'status' jurídico de la Ciudad de Buenos Aires, cualquiera se interprete que éste sea- es tampoco una ley provincial”.

Cabe resaltar -prosiguieron los recurrentes- que esa interpretación ha sido puesta en tela de juicio por uno de los vocales del colegiado anterior, pues hizo la salvedad de que, en todo caso, la acción enrostrada a Spandonari se adecuaría al tipo del art. 249 del Código Penal, cuestión -señalaron- que no resulta menor, “[...] en tanto que dicha indeterminación no sólo implica una modificación de la construcción o descripción fáctica del suceso investigado, circunstancia que implica una grave lesión al principio de congruencia, que atenta contra el derecho de defensa y el debido proceso”, sino que, además, desatiende la jurisprudencia del Alto Tribunal que enseña que “[...] las sentencias de los tribunales colegiados no pueden concebirse como una colección o sumatoria de opiniones individuales y aisladas de sus integrantes, sino como un producto de un intercambio racional de ideas entre ellos”, en el sentido de que el pronunciamiento atacado no contiene una mayoría de fundamentos. Es que -continuaron retomando la cuestión atinente a la supuesta violación del principio de congruencia- “no es lo mismo -fáctica y jurídicamente- dictar una resolución contraria a la ley, que ilegalmente omitir, rehusar hacer o retardar un acto del oficio del funcionario público, conducta descripta y sancionada por el artículo 249 del Código Penal”

Por último, los recurrentes aseveraron que tampoco se encuentra acreditado en autos el aspecto subjetivo del art. 248 del Código Penal, desde que a la luz de la prueba producida en modo alguno puede afirmarse que Spandonari hubiese tenido la voluntad de llevar adelante el resultado típico que la norma describe. Al respecto rememoraron su afirmación acerca de que “[...] el nombrado desconocía que lo informado por Nigro, y avalado por Mustapich, no habría sido veraz [...]”, lo cual les permitió afirmar que el caso arrastra una

presunción de dolo inaceptable en el ámbito del derecho represivo.

Citaron doctrina y jurisprudencia que avalaría su postura.

Finalmente, hicieron reserva del caso federal (art. 14 de la ley 48).

IV. Que, superada la etapa prevista por el art. 468 del C.P.P.N., de la que se dejó constancia en autos, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano González Palazzo, Gustavo M. Hornos y Mariano H. Borinsky.

El señor juez Mariano González Palazzo dijo:

I. Sin perjuicio de que el pronunciamiento venido a estudio del Tribunal no cumple con el requisito de impugnabilidad objetiva previsto en el art. 457 del código instrumental, ya que no constituye sentencia definitiva ni equiparable a tal (confr. esta Sala, causa Nro. 10.390, Reg. Nro. 12.471.4, “Castellanos, Daniel Eduardo s/rec. de queja”, rta. el 19 de octubre de 2009), la decisión de la Cámara de Apelaciones que revoca el sobreseimiento y dicta el procesamiento, en el lenguaje de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su trascendencia, es “importante” -puesto que obliga al imputado a seguir vinculado al proceso-, y dado que en nuestro sistema de enjuiciamiento penal no se encuentra previsto otro recurso que no sea el de casación contra ese pronunciamiento, a fin de garantizar el doble conforme, es que considero que por imperio de los arts. 31, 33 y 75, inc. 22 de la C.N., corresponde declarar admisible la vía recursiva intentada (confr., en igual sentido, esta Cámara, Sala III, causa Nro. 11.289, Reg. Nro. 258.10.3, “Mitchel, Alejandro s/rec. de queja”, del 15 de marzo de 2010).

II. No obstante que la doctrina volcada en el párrafo precedente se alza útil para repeler el agravio defensorista que expresa que la decisión puesta crisis violenta la garantía de doble conforme, queda latente la crítica centrada en que el pronunciamiento de la instancia anterior “[...] *limita de manera sustancial [la] posibilidad [de su pupilo] de contar con un recurso amplio y eficaz ante un Tribunal Superior, [pues] el recurso de casación [...] posee no sólo limitaciones en cuanto a la admisibilidad formal también respecto de los motivos por los que se puede interponer, limitaciones éstas que violentan la amplia revisión (apelación) de la que es pasible el auto de procesamiento a raíz de lo dispuesto por el art. 311*

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

del C.P.P.N.”.

Es dable señalar que el argumento de la defensa pudo ser atendible en la primera década de vigencia del actual Código Procesal Penal de la Nación, más con el correr del tiempo su consistencia ha disminuido progresivamente, en el sentido de que los límites a la procedencia y materias de tratamiento del recurso de casación se han ido flexibilizando producto de la jurisprudencia supranacional receptada por el Alto Tribunal en fiel respeto al articulado Constitucional, de tal modo que aquél ha dejado de ser un remedio extraordinario, para convertirse en un símil de recurso de apelación que, como tal, permite un amplio estudio de cada una de las cuestiones relevantes para la correcta solución del caso; “[...] *el recurso de casación hubo de ser interpretado desde su entrada en vigencia como un recurso ‘extraordinario’ [...] o ‘excepcional’ [...] calificativos éstos con los que se quería significar que su deducción sólo permitía la renovación del examen del derecho sustantivo o adjetivo aplicado al caso, tanto para evitar la inobservada o errónea interpretación del primero como para controlar la estricta sujeción al segundo de los procedimientos verificados, de modo, en cuanto a esto último, de quedar respetada la garantía constitucional del debido proceso.*

En nuestra estructura legal, se explicaba así, su misión era la de cumplir una -exclusiva- función ‘nomofiláctica’, por oposición a la ‘dikelógica’ (que adicionalmente posibilita el examen de los hechos de la causa, con fundamento en que si éstos están mal fijados de nada sirve la interpretación que de la ley se haga), acorde ello con su origen histórico, expresándose de tal modo la idea de que no se trataba el suyo de un juicio de justicia sino de legalidad [...].

Sin embargo, la interpretación que acerca del ámbito de operatividad (amplitud) del recurso efectuó la Corte Suprema en el caso ‘Casal’ [...] vino a producir una modificación sustancial en aquél estado de cosas; o al menos, [...] en cuanto a la protección que por su intermedio se quiso asignar a la garantía constitucional del imputado a la doble instancia [...].

Proclamó así la fórmula del ‘máximo esfuerzo revisor como deber del órgano casatorio [...], reconociendo que la garantía de la revisión viene

impuesta por la [Convención Americana de Derechos Humanos] y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [y, finalmente,] concluyendo que [...] el art. 456 [...] debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la intermediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas” (confr. Guillermo R. Navarro y Roberto R. Daray, “Código Procesal Penal de la Nación”, 4ª. Edición actualizada y ampliada, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2010, págs. 360/363).

III. Superado el ápice procesal supuestamente frustratorio del recurso bajo estudio, veo pavimentado el camino para abordar los agravios de fondo introducidos.

Desde esta perspectiva, habré de adentrarme a dar respuesta a la crítica introducida por los impugnantes en cuanto a que no se reúnen en autos los elementos del tipo objetivo que exige la figura penal que se le reprocha al señor Spandonari, pues de lo que allí resuelva podría tornarse insustancial el tratamiento de los demás planteos defensistas.

En primer lugar, cabe recordar los argumentos esgrimidos por el *a quo* para sustentar la resolución aquí cuestionada, en lo que a este tema respecta.

Así, el doctor Barbarosch explicó que: *“la imputación paralela relativa a la omisión de clausurar el lugar ante la inobservancia de la ordenanza municipal n° 41.718 se complementa en la imputación que se efectuó por la habilitación precaria concedida, ya que lo central del hecho atribuido consiste en haber autorizado la habilitación frente al informe citado [el confeccionado por la inspectora Torres, el que obra a fs. 1380].*

En consecuencia, la conducta atribuida al imputado Spandonari y por la que corresponde dictarse su procesamiento en calidad de autor, halla encuadre típico en el delito de abuso de autoridad previsto en el art. 248, C.P., por haber dictado una resolución contraria a lo dispuesto en la ordenanza municipal n° 41.718 la que atento al status jurídico que actualmente ostenta la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, debe ser equiparada a una ley provincial...” (confr. fs. 3007).

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

A su turno, el doctor Bruzzone en su voto expresó que “no encontrándose en discusión la acreditación objetiva de la conducta reprochada, el tipo subjetivo, a esta altura del proceso, se encuentra acreditado en la ceguera con la que se obró frente a la evidencia de los hechos que en forma palmaria surgían del expediente, por lo que el obrar debe ser considerado a título de dolo.

Ahora bien, en cuanto a la subsunción jurídica propuesta por el colega preopinante, quiero señalar que si bien es plausible la equiparación efectuada porque la norma violada habría adquirido un status diferente por las características que hoy tiene la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de no compartirse ese criterio tendría adecuación típica en la previsión del art. 249, C.P., toda vez que se trata de un tipo penal que se extiende al no cumplimiento de normas de menor jerarquía normativa...” (confr. fs. 3008 vta.).

Ahora bien, de las consideraciones arriba expuestas, se advierten dos cuestiones a tener en cuenta a los fines de dar respuesta al agravio bajo estudio: por un lado la subsunción típica del hecho atribuido al justiciable en la figura penal prevista en el art. 248 (abuso de autoridad) y, por el otro lado, la aplicación subsidiaria de las previsiones propias del art. 249, ambos del digesto sustantivo.

Así las cosas, y en referencia a la primera de aquellas cuestiones, habré de recordar que es mayoritaria la doctrina y jurisprudencia al sostener que: “el tipo penal está destinado a sancionar el dictado por parte de funcionarios de relevancia de resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales, o a la inejecución cuyo cumplimiento les incumbiera, y no el mero incumplimiento de funciones administrativas [...] **La disposición del art. 248, CPen., se limita a las constituciones y leyes, no comprendiendo reglamentos, decretos u ordenanzas, y son tales en sentido formal, por lo que no pueden equipararse las resoluciones ministeriales y decretos [...]** Se trata aquí de la ley en sentido formal, de modo que no configura el delito la violación de disposiciones reglamentarias u órdenes superiores...” -la negrita me pertenece- (Romero Villanueva, Horacio J.: “Código Penal de la Nación y Legislación Complementaria. Anotados con jurisprudencia”; Editorial Abeledo - Perrot; 3ª edición; Buenos Aires; 2008; págs . 1024 y 1028. En igual sentido ver: C.N.C.P.:

Sala II, causa nro. 3517, caratulada “FRENCH, Horacio Alfredo s/ recurso de casación”, Reg. Nro. 4615; C.N.A.C.yC.: Sala V, causa nro. 17.714, caratulada “MAIZA, María Cecilia y otros s/ abuso de autoridad”, rta. el 15/11/02 y causa nro. 22.002, caratulada “FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos y otros s/ sobreseimiento”, rta. el 14/07/03; C.C.yC.Fed.: Sala II, causa nro. 28.946, caratulada “SERRITELLA, María Soledad y otros s7 apelación”, Reg. Nro. 31.803, rta. el 19/08/10, entre muchos otros).

En atención a ello, resulta evidente que en autos no se configura uno de los elementos del tipo objetivo que exige la figura en análisis para tener por acreditada su configuración, toda vez que se le imputó al procesado haber dictado una resolución contraria a lo dispuesto en la **ordenanza municipal n° 41.718**, la que de ningún modo puede equiparársela a una ley provincial, sin que ello conlleve la violación de los principios de legalidad y prohibición de analogía, fuentes cardinales del Estado de Derecho.

Máxime, si se observa que, por un lado, el doctor Barbarosch focalizó su análisis en exteriorizar las razones por las cuales entendió que no resultaba aplicable el principio de confianza como causa excluyente de la tipicidad objetiva, alegada por la defensa, sin fundamentar debidamente porqué correspondía asimilar la ordenanza municipal n° 41.718 al status de ley provincial; y, por el otro lado, no puede dejar de advertirse que su colega, doctor Bruzzone, evidenció dudas acerca de la viabilidad de tal equiparación normativa, de lo contrario, no hubiese propuesto, subsidiariamente, la aplicación del artículo 249 del C.P..

Amén de que resulta cuestionable, desde la perspectiva del ejercicio del derecho de defensa, que en oportunidad de recibírsele declaración indagatoria (confr. fs. 1968/1969 vta.) y su respectiva ampliatoria (confr. fs. 2235/2242 vta.), no se le precisó en forma clara y concreta qué disposición, puntualmente, de la ordenanza *supra* mencionada habría contrariado, pues sólo se señaló que “*se ventila en las presentes actuaciones el posible incumplimiento en el control de las autoridades correspondientes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, al no haberse clausurado dicho natatorio [perteneciente al Club All’s Boys] ante el incumplimiento de la normativa dispuesta en la ordenanza municipal n° 41.718*”.

Asimismo, advierto que tampoco resulta posible circunscribir la

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

acción reprochada en las previsiones del art. 248 del C.P., pues no se encuentra completa la tipicidad subjetiva requerida por dicho precepto normativo. En efecto, *“subjetivamente, el abuso genérico de autoridad es un delito doloso, compatible sólo con el dolo directo. El tipo subjetivo no requiere la concurrencia de ningún elemento subjetivo especial que fundamente el injusto distinto del dolo...”* (Baigún, David; Zaffaroni, Eugenio R.: “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”; Tomo 10; Editorial Hammurabi; 1ª. edición; Buenos Aires; 2011; pág . 368).

“Este delito [...] requiere el dolo directo determinado de atentar contra las constituciones o las leyes o de no ejecutarlas con la omisión intencional...” (Romero Villanueva, Horacio J.: “Código Penal de la Nación y Legislación Complementaria. Anotados con jurisprudencia”; Editorial Abeledo - Perrot; 3ª. edición; Buenos Aires; 2008; pág. 1028).

En este orden de ideas, la jurisprudencia también afirma que *“el dolo de la figura del art. 248 del Código Penal requiere que el imputado sepa que la Constitución o la ley no le confieren o le prohíben la facultad de ejecutar el acto, o que las circunstancias fácticas que lo habilitarían a realizarlo en todo caso están ausentes...”* (C.CyCFed: Sala II, causa nro. 26.818, caratulada “GALLARDO, Roberto s/ procesamiento”, Reg. Nro. 29.215, rta. el 24/11/08).

“La circunstancia que, fundamentalmente, confiere contenido ilícito a las conductas que se incluyen en este tipo penal radica en aspecto subjetivo, pues es aquí donde se exhibirá el carácter abusivo o arbitrario de las acciones del tipo objetivo...” (C.CyCFed: Sala II, causa nro. 27.896, caratulada “CIRIELLI, Ricardo A. s/ sobreseimiento”, Reg. Nro. 30.501, rta. el 14/10/09).

En síntesis, el tipo penal contenido en el art. 248 del código de fondo exige la presencia del dolo, es decir, que el funcionario público, en el caso Spandonari, haya tenido conocimiento y voluntad de realizar todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo del abuso, esto es, no radica en la simple extralimitación objetiva sino en el conocimiento y voluntad de esa extralimitación lo que configura el mentado aspecto subjetivo, que es precisamente el límite demarcatorio que separa el abuso de autoridad de la simple irregularidad

funcional.

En este aspecto también resulta inmotivada la sentencia cuestionada, pues el primero de aquellos sentenciantes no hizo alusión alguna al requisito subjetivo de la figura por la que entendió que debía procesarse al recurrente y, además, el segundo de los votantes refiere a la “ceguera” con que habría actuado Spandonari, lo que se relaciona con un obrar negligente y no con el aspecto cognitivo y volitivo que integran al dolo.

En consecuencia, y pese a que resulta un requisito *sine qua non* de la norma bajo estudio, se observa que el *a quo* no fundamentó cómo y en base a qué prueba producida en autos, consideró acreditada la existencia de dicho elemento subjetivo. Así las cosas, y toda vez que de las constancias de autos surge que el recurrente no obró con la intención deliberada de cometer el ilícito en cuestión, pues sólo puede reprochársele un obrar negligente en el ejercicio de su función y, concretamente, en el dictado de la resolución que se le imputa contraria a la ordenanza municipal n° 41.718, sumado a la falta de una figura que castigue los incumplimientos negligentes, corresponde tachar a la decisión recurrida como acto jurisdiccionalmente inválido y, en consecuencia, revocarla.

IV. Por último, en cuanto al agravio referente a la violación del principio de congruencia al proponer el vocal, doctor Bruzzzone, la subsunción típica subsidiaria del art. 249 del C.P., habré de darle la razón a los impugnantes, toda vez que no sólo yerra el sentenciante al tratar dicho tipo penal como una figura residual del art. 248 del C.P., sino que, además, omitió considerar que entre ambos preceptos normativos existen diferencias sustanciales en su estructura típica (por ejemplo -y como primera cuestión básica a tener en cuenta-, el art. 248 C.P. contempla tanto obrares activos [como el imputado principalmente en autos: “*haber dictado una resolución contraria a lo dispuesto en la ordenanza municipal n° 41.718*”] como omisivos, mientras que el art. 249 C.P. sólo refiere a conductas omisivas), lo que refleja, asimismo, la necesaria reformulación de los hechos imputados con la consiguiente afectación al derecho de defensa, ya que podrían practicarse distintas posibles estrategias defensistas a los fines de repeler la conducta imputada. Ello resulta constitucionalmente inadmisibles por grave violación de la garantía del debido proceso y el derecho de defensa en juicio.

V. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

de casación interpuesto por la defensa, sin costas y, consecuentemente, casar la resolución obrante a fs. 3005/3009 y sobreseer a Horacio Daniel Spandonari en orden de lo dispuesto en el art. 336, inc. 3°, del código instrumental.

Así voto.-

El **señor juez Gustavo M. Hornos** dijo:

I. En cuanto a la procedencia formal del recurso de casación interpuesto, que se dirige contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones que revocó el sobreseimiento dictado en primera instancia y dictó el procesamiento del imputado, debo recordar sustancialmente las consideraciones que expuse en la causa Nro. 10.436 de esta Sala IV, “Mellián Añón, Eduardo José s/recurso de casación” (Reg. Nro. 13.005, rta. 26/2/2010).

Allí dije que si bien la jurisprudencia de esta Sala tradicionalmente ha sostenido que el auto de procesamiento no forma parte de las decisiones especialmente previstas por la ley como recurribles en la presente instancia, ni es tampoco sentencia definitiva, auto que ponga fin a la acción, a la pena o que haga imposible que continúen las actuaciones o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena, en los términos del art. 457 del C.P.P.N., la evolución operada en distintos niveles del pensamiento jurídico vinculados al derecho al recurso instituido en favor de toda persona sometida a proceso penal, conduce inevitablemente hacia un replanteo respecto de la admisibilidad de la revisión casatoria del auto de procesamiento -cuando éste revoca el sobreseimiento o la falta de mérito dictado por el Magistrado Instructor- dispuesto por la Cámara de Apelaciones, más aún a la luz de la doctrina sentada por esta Cámara de Casación en el Plenario N°14 “Blanc, Virginia María s/recurso de inaplicabilidad de ley”, en el que se consagra la indispensabilidad del auto de procesamiento respecto de la continuidad del proceso penal.

En esa dirección, y a la luz de la interpretación del “*derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*”, consagrado en el art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos, efectuada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Herrera Ulloa v. Costa Rica”, Serie C N°107, del 2 de julio de 2004), los dictámenes del Comité de Derechos

Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (Informes “Villalobos Calvo” (N° 24/92, caso 9.328), “Maqueda” (N°17/94, caso 11.086) y “Abella” (N°55/97, caso 11.137), y la Corte Suprema de Justicia de la Nación” (R. 230. XXXIV, “Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ejecución penal”), se desprende que todo individuo sometido a proceso penal gozará del derecho a recurrir “todo auto procesal importante”.

Ahora bien, para determinar si un auto puede ser considerado “importante”, señalé que el punto de referencia debe ser la Constitución Nacional, de manera tal que un acto procesal recibirá tal calificativo, y será entonces comprendido por la garantía revisora, cuando su existencia sea necesaria a fin de hacer efectiva alguna garantía constitucional.

Agregué también que en estricta observancia de lo prescripto por el art. 10 de la Ley 24.050 (obligatoriedad de la doctrina sentada por un fallo plenario de esta Cámara), corresponde considerar que la conclusión a la que arribó la doctrina plenaria del Cuerpo colegiado que integro en el Plenario N°14, Blanc, Virginia María s/recurso de inaplicabilidad de ley” (rta. el 11 de junio de 2009) en cuanto a que *“en los supuestos previstos por el art. 215 del Código Procesal Penal es necesario el auto de procesamiento”*, haría presumir que, al momento de evaluar el auto que decreta el procesamiento de un individuo en confornte con otras resoluciones dictadas durante el desarrollo del proceso penal, nos encontraríamos, en principio, frente a un auto revestido de cierta importancia procesal.

Sobre la base de los argumentos reseñados, concluí que el auto de procesamiento dictado por la Cámara de Apelaciones es un “auto procesal importante” y, por ello, pasible de ser alcanzado por el derecho al recurso que ampara a todo imputado en causa penal -tal y como prescribe el art. 8.2.h de la C.A.D.H.-.

De este modo, la Cámara Nacional de Casación Penal, además de ser un órgano operativo de aquella garantía, contribuye -en su carácter de tribunal “intermedio”- a cimentar las condiciones para que el Máximo Tribunal satisfaga el

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

alto ministerio que le ha sido confiado (cfr. doctrina de Fallos 308:490 y 311:2478), postura que resulta, en definitiva, de compatibilizar el derecho del recurrente con el resguardo de la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues al preservar su singular carácter de "supremo custodio de garantías constitucionales" (cfr. doctrina de Fallos 279:40; 297:338; entre otros), se reserva su actuación -como intérprete y salvaguarda final- para después de agotadas por las partes todas las instancias aptas en el ordenamiento procesal vigente (cfr. doctrina de Fallos 311:2478 y Di Nunzio, Beatriz Herminia s/ excarcelación" D.199.XXXIX).

Con el fin de garantizar al imputado el legítimo ejercicio del derecho al recurso, y teniendo en consideración que nuestro sistema de enjuiciamiento penal no prevé otro medio de impugnación que el recurso de casación para la revisión de resoluciones como la aquí recurrida, considero que debe declararse la admisibilidad de la vía recursiva intentada.

II. Sentado ello, habré de analizar a continuación si la resolución decretada por la Cámara *a quo* se presenta ajustada a derecho.

Se ha imputado a Horacio Daniel Spandonari, que al momento de los hechos cumplía la función de Director General de la Dirección General de Verificaciones y Habilitaciones de la Secretaría de Gobierno del Gobierno de la Ciudad de Bs. AS., el haber dispuesto la habilitación del natatorio del Club Social y Deportivo All Boys, en inobservancia de lo dispuesto por la Ordenanza Municipal Nro. 41.718.

En sustento de la decisión de revocar el sobreseimiento y disponer el procesamiento del nombrado por hallarlo *prima facie* autor penalmente responsable del delito de haber dictado una resolución contraria a la ley (art. 45 y 248 del C.P., y art. 306 del C.P.P.N.), el juez que votó en primer término señaló

que Spandonari “*mal pudo tener en cuenta para otorgar la habilitación precaria el informe favorable producido por la inspectora Nora Nigro, ya que el lugar se encontraba clausurado por orden judicial*” el día que ella se presentó a efectuar la inspección, y agregó que “*esta circunstancia no sólo era de conocimiento público [por el fatal episodio en el que falleció una niña], sino que surgía claramente de la lectura del expediente ya que fue la inspectora Torres quien informó dicha situación en las actuaciones*” (cfr. fs. 3118 vta.).

Destacó el magistrado que la habilitación concedida por el imputado se funde en el informe elaborado por Nigro, que se produjo a escasos tres días (con un fin de semana de por medio, es decir al siguiente día hábil) de que la inspectora Torres informara sobre la imposibilidad de efectuar la inspección encomendada debido a que el natatorio se hallaba clausurado, como así también relevó que las autoridades del mismo habían solicitado una prórroga de quince días para cumplir con las mejoras ordenadas por la Dirección de Habilitaciones. A partir de ello, concluyó que Spandonari autorizó la habilitación del lugar “*a sabiendas de las anomalías que presentaba el natatorio*” (cfr. fs. 3118 vta.).

En el mismo sentido se expidió el votante en segundo término, quien, adhiriendo a la solución propuesta por su colega, afirmó que “*el tipo subjetivo, a esta altura de los hechos, se encuentra acreditado en la ceguera con la que se obró frente a la evidencia de los hechos que en forma palmaria surgían del expediente, por lo que el obrar debe ser considerado a título de dolo*” (cfr. fs. 3122 vta.).

Y ambos coincidieron que el “principio de confianza” invocado por la defensa, y ahora reiterado en la presentación casatoria que se examina, debió ceder frente a la irregularidades manifiestas que se presentaban en el expediente que tuvo a la vista.

En cuanto a la imposibilidad de encuadrar el hecho reprochado en la figura prevista en el art. 248 del C.P., invocada por la defensa, argumentando que la ordenanza municipal no es “la ley” a la que se refiere esa figura, advierto que los jueces *a quo* han coincidido en afirmar que atento el *status* jurídico adquirido

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

por la Ciudad Autónoma de Bs. As. a partir de la reforma constitucional de 1994, la ordenanza municipal debe ser equiparada a la ley provincial (cfr. fs. 3119 y 3122).

En efecto, la expresión "ley" contenida en la norma se refiere a la ley en sentido material (cfr. Creus, Carlos "Derecho Penal. Parte Especial", T° II, Ed. Astrea, Bs. As., 1993, pág. 258), por lo que cabe interpretar que comprende también la ordenanza municipal de la Ciudad Autónoma de Bs. As, máxime teniendo en cuenta el actual *status* jurídico que ella reviste, tal como señalaron los jueces de *a quo*.

A la luz de los fundamentos reseñados, coincido con el criterio asumido por los sentenciantes, en cuanto a que las probanzas resultan suficientes, para adoptar el temperamento previsto en el art. 306 del C.P.P.N. En efecto, tal como sostuvo el Fiscal al momento de efectuar el requerimiento de elevación a juicio, "*si Spandonari no leyó el expediente que tenía delante y dispuso la autorización sin ver más allá del acta confeccionada por Nigro o si lo analizó y pese a ello actuó del modo que lo hizo, contraviniendo lo dispuesto en la O.M. 41.718, es una cuestión que sólo puede ser dilucidada en el marco del debate oral*" (cfr. fs. 3025 vta.).

En definitiva, no se advierte la arbitrariedad alegada por el recurrente, sino que el embate que dirige contra la decisión atacada se funda en una interpretación fáctica y jurídica con la que no se coincide por las razones antes expuestas.

III. Por lo expuesto, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa, con costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

El señor juez Mariano H. Borinsky dijo:

Que habré de adherir, por sus fundamentos, al voto del distinguido colega que me antecede en el orden de votación, doctor Gustavo M. Hornos, toda vez que considero que en la resolución bajo análisis no ha existido una errónea aplicación del art. 248 del C.P.

Por otro lado, respecto del agravio dirigido a cuestionar la presencia del dolo requerido por el mencionado tipo legal, habré de señalar que, para el dictado de un auto de procesamiento, es suficiente la existencia de indicios que hagan presumible que el imputado tenía el conocimiento y la voluntad respectivos. Pues, en definitiva, la acreditación fundada de tales elementos se trata de un aspecto que oportunamente se dilucidará en el marco del debate oral.

Por último, el cotejo del hecho endilgado a SPANDONARI en su declaración indagatoria, revela que se puso en su conocimiento que la imputación consistía en que “...se investiga en la causa la conducta desplegada por Nora Nigro, Carlos Mustapich y Horacio Daniel Spandonari, quienes intervinieron en su carácter de funcionarios del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en el otorgamiento de la habilitación del natatorio que funciona en el “Club Social y Deportivo All Boys” (...) “Se ventila en las actuaciones el posible incumplimiento en el control de las autoridades correspondientes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, al no haberse clausurado dicho natatorio ante el incumplimiento de la normativa de la ordenanza municipal n°41.718” (...) “Los encausados Carlos Mustapich y Horacio Spandonari, deberán responder por haber tomado parte en el trámite de habilitación del natatorio en cuestión, a sabiendas de que el natatorio presentaba anomalías que impedían la concreción del trámite, por la falta de cumplimiento de la intimación oportunamente cursada” (cfr. fs. 1968, 1968 vta., y 1969, respectivamente; imputaciones que fueron idénticamente reiteradas en la ampliación de su declaración, a fs. 2241).

Tal cotejo me permite concluir que el hecho imputado a SPANDONARI ha sido suficientemente descrito en la correspondiente declaración indagatoria -adviértase incluso, que se puso en su conocimiento qué

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

normativa local habría incumplido con su accionar-, por lo que no se advierte vulneración alguna al derecho de defensa en juicio.

Por tales motivos, sumo mi voto por el rechazo del recurso de casación interpuesto por la defensa, con costas, este último aspecto en atención a que resulta la parte vencida (art. 531 del C.P.P.N.).

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría

RESUELVE:

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 3124/3147 por los doctores Marta E. NERCELLAS y Hernán PREPELITCHI, asistiendo Horacio Daniel SPANDONARI, con costas por resultar la parte vencida (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítase la causa a la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

GUSTAVO M. HORNOS

MARIANO GONZÁLEZ PALAZZO

MARIANO H. BORINSKY

Ante mí:

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

