



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

REG. N° 1773/2015.4

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 21 días del mes de SEPTIEMBRE del año dos mil quince, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Juan Carlos Gemignani como Presidente y los doctores Gustavo M. Hornos y Pedro R. David como Vocales, asistidos por el Secretario actuante, a los efectos de resolver los recursos interpuestos a fs. 74255/74304, 74381/74565, 74566/74586, 74587/74617, 74618/74630 y 74631/74646, de la presente causa CCC 247/2005/TO1/4/CFC3, caratulada: **“VILLARREAL, Raúl Alcides y otros s/recurso de casación”**; de la que **RESULTA:**

I. Que la Sala III de esta Cámara Federal de Casación Penal resolvió por resolución de fecha 20 de abril de 2011, en lo que aquí interesa: “[...] **III) RECHAZAR el recurso de casación incoado por los doctores José Albino Stefanolo y Marisa Darwiche a fs. 68335/82, con costas; y HACER LUGAR PARCIALMENTE a los recursos de casación interpuestos por los representantes del Ministerio Público Fiscal -fs. 67864/942-, y por las querellas representadas por los doctores Patricio Poplavsky, Susana Rico y Vanina Molina -fs. 67684/707- y por Benicia Gómez, con el patrocinio letrado de los doctores María del Carmen Verdú, Marcelo Parrilli, Rubén López Santos y Verónica Prince -fs. 67843/63-, sin costas; en consecuencia CASAR los puntos dispositivos XV y XVII de la sentencia, y por mayoría CONDENAR a Raúl Alcides Villarreal por resultar autor penalmente responsable del delito de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con cohecho activo en calidad de partícipe necesario (artículos 45, 55, 189, 2º párrafo y 258 del Código Penal, y 456 incisos 1º y 2º, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal); [...] V) HACER LUGAR PARCIALMENTE a los recursos de casación presentados por**

los representantes del Ministerio Público Fiscal, y por las querellas representadas por los doctores Patricio Poplavsky, Susana Rico y Vanina Molina, y por el doctor José Iglesias, con el patrocinio de la doctora Beatriz Campos -fs. 68665/96-, sin costas; CASAR el punto dispositivo XX de la sentencia, y en consecuencia por mayoría CONDENAR a Patricio Rogelio Santos Fontanet por resultar autor penalmente responsable del delito de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con cohecho activo en calidad de partícipe necesario (artículos 45, 55, 189 2º párrafo y 258 del Código Penal, y 456 incisos 1º y 2º, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación); **VI) HACER LUGAR PARCIALMENTE** a los recursos de casación interpuestos por los representantes del Ministerio Público Fiscal, y por las querellas representadas por los doctores Patricio Poplavsky, Susana Rico y Vanina Molina, y por el doctor José Iglesias, sin costas; CASAR el punto dispositivo XXI del fallo, y en consecuencia por mayoría CONDENAR a Eduardo Arturo Vázquez por resultar autor penalmente responsable del delito de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con cohecho activo en calidad de partícipe necesario (artículos 45, 55, 189 2º párrafo y 258 del Código Penal, y 456 incisos 1º y 2º, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación); **VII) HACER LUGAR PARCIALMENTE** a los recursos de casación interpuestos por los representantes del Ministerio Público Fiscal, y por las querellas representadas por los doctores Patricio Poplavsky, Susana Rico y Vanina Molina y por el doctor José Antonio Iglesias, sin costas; CASAR el punto dispositivo XXII de la sentencia, y por mayoría CONDENAR a Juan Alberto Carbone por resultar autor penalmente responsable del delito de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con cohecho activo en calidad de partícipe necesario (artículos 45, 55, 189 2º párrafo y 258 del Código Penal, y 456 incisos 1º y 2º, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación); **VIII) HACER LUGAR PARCIALMENTE** a los recursos de casación planteados por los representantes del Ministerio Público



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Fiscal, y por las querellas representadas por los doctores Patricio Poplavsky, Susana Rico y Vanina Molina, y por el doctor José Antonio Iglesias, sin costas; CASAR el punto dispositivo XXIII del fallo, y en consecuencia por mayoría CONDENAR a Christian Eleazar Torrejón por resultar autor penalmente responsable del delito de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con cohecho activo en calidad de partícipe necesario (artículos 45, 55, 189 2º párrafo y 258 del Código Penal, y 456 incisos 1º y 2º, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación); IX) HACER LUGAR PARCIALMENTE a los recursos de casación interpuestos por los representantes del Ministerio Público Fiscal y por las querellas representadas por los doctores Patricio Poplavsky, Susana Rico y Vanina Molina y por el doctor José Iglesias, sin costas; CASAR el punto dispositivo XXIV de la sentencia, y en consecuencia por mayoría CONDENAR a Maximiliano Djerfy por resultar autor penalmente responsable del delito de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con cohecho activo en calidad de partícipe necesario (artículos 45, 55, 189 2º párrafo y 258 del Código Penal, y 456 incisos 1º y 2º, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación); X) HACER LUGAR PARCIALMENTE a los recursos de casación incoados por los representantes del Ministerio Público Fiscal, y por las querellas representadas por los doctores Patricio Poplavsky, Susana Rico y Vanina Molina, y por el doctor José Iglesias, sin costas; CASAR el punto dispositivo XXV de la sentencia, y en consecuencia por mayoría CONDENAR a Elio Rodrigo Delgado por resultar autor penalmente responsable del delito de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con cohecho activo en calidad de partícipe necesario (artículos 45, 55, 189 2º párrafo y 258 del Código Penal, y 456 incisos 1º y 2º, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación); XI) HACER LUGAR PARCIALMENTE a los recursos de casación deducidos por los representantes del Ministerio Público Fiscal, y por las querellas representadas por los doctores Patricio Poplavsky, Susana Rico y Vanina Molina,

y por el doctor José Iglesias, sin costas; CASAR el punto dispositivo XXVI del fallo, y en consecuencia por mayoría CONDENAR a Daniel Horacio Cardell por resultar autor penalmente responsable del delito de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con cohecho activo en calidad de partícipe necesario (artículos 45, 55, 189 2 párrafo y 258 del Código Penal, y 456 incisos 1º y 2º, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación); [...] **XIII)** RECHAZAR el recurso de casación planteado por los doctores Marcelo Fainberg, Ignacio Jakim y Patricia de Reatti, con costas; y HACER LUGAR PARCIALMENTE en los términos del presente decisorio a los recursos de casación deducidos por las querellas representadas por los doctores Patricio Poplavsky, Susana Rico y Vanina Molina, por los doctores Mauricio Castro, Patricia Nuñez Morano y María Marcos -fs. 67724/50-, por Benicia Gómez, y por el doctor José Iglesias, sin costas; CASAR el punto dispositivo XXX del fallo, y en consecuencia por mayoría CONDENAR a Fabiana Gabriela Fiszbin como autora penalmente responsable de los delitos de omisión de deberes de funcionario público en concurso ideal con incendio culposo seguido de muerte (artículos 45, 54, 249 y 189 2º párrafo del Código Penal, y 456 incisos 1º y 2º, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación); **XIV)** RECHAZAR el recurso de casación incoado a fs. 68152/334, por el doctor Oscar Vignale en favor de Ana María Fernández, con costas; y HACER LUGAR PARCIALMENTE y con el alcance del presente decisorio a los recursos de casación deducidos por las querellas representadas por los doctores Patricio Poplavsky, Susana Rico y Vanina Molina, por los doctores Mauricio Castro, Patricia Nuñez Morano y María Marcos, por Benicia Gómez, y por el doctor José Iglesias, sin costas; CASAR el punto dispositivo XXXII de la sentencia, y en consecuencia por mayoría CONDENAR a Ana María Fernández como autora penalmente responsable de los delitos de omisión de deberes de funcionario público en concurso ideal con incendio culposo seguido de muerte (artículos 45, 54, 249 y 189 2º párrafo del Código Penal, y 456 incisos 1º y 2º,



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación); **XV) HACER LUGAR PARCIALMENTE** a los recursos de casación interpuestos por las querellas representadas por los doctores Patricio Poplavsky, Susana Rico y Vanina Molina, por los doctores Mauricio Castro, Patricia Nuñez Morano y María Marcos, por Benicia Gómez, y por el doctor José Antonio Iglesias, sin costas; CASAR el punto dispositivo XXXIV de la sentencia, y en consecuencia por mayoría **CONDENAR** a Gustavo Juan Torres como autor penalmente responsable de los delitos de omisión de deberes de funcionario público en concurso ideal con incendio culposo seguido de muerte (artículos 45, 54, 249 y 189 ² párrafo del Código Penal, y 456 incisos ¹y ², 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación; **XVI) DISPONER** por mayoría que en atención al resultado del acuerdo, las penas deberán ser impuestas por el Tribunal Oral interviniente; [...] **XXII) TENER PRESENTES** las reservas del caso federal efectuadas.

Asimismo, la Sala III de esta Cámara resolvió mediante sentencia dictada el 17 de octubre de 2012, por unanimidad: **I) RECHAZAR** los recursos de casación interpuestos por las defensas de [...] Raúl Alcides Villarreal, [...] Patricio Rogelio Santos Fontanet, Eduardo Arturo Vázquez, Christian Eleazar Torrejón, Juan Alberto Carbone, Maximiliano Djerfy, Elio Rodrigo Delgado, Daniel Horacio Cardell, Fabiana Gabriela Fiszbin, Ana María Fernández y Gustavo Juan Torres, con costas (arts. 470 y 471 a contrario sensu, y 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). **II) HACER LUGAR PARCIALMENTE** a los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Público Fiscal y las querellas representadas por los doctores Iglesias y Campos y por el doctor Poplavsky, sin costas; CASAR los puntos dispositivos II, VI, X, XII, XIV, XVI, XVIII, XX y XXII de la sentencia obrante a fs. 70528/70553 y, en consecuencia: [...] **c. CONDENAR** a **PATRICIO ROGELIO SANTOS FONTANET** a la pena de 7 (siete) años de prisión, accesorias legales y costas, por ser autor penalmente responsable del delito de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con cohecho

activo en calidad de partícipe necesario (artículos 12, 29 inciso 3º, 45, 55, 189 2º párrafo y 258 del Código Penal, y artículos 403, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). **d.** CONDENAR a EDUARDO ARTURO VÁZQUEZ a la pena de 6 (seis) años de prisión, accesorias legales y costas, por ser autor penalmente responsable del delito de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con cohecho activo en calidad de partícipe necesario (artículos 12, 29 inciso 3º, 45, 55, 189 2º párrafo y 258 del Código Penal, y artículos 403, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). **e.** CONDENAR a CHRISTIAN ELEAZAR TORREJÓN a la pena de 5 (cinco) años de prisión, accesorias legales y costas, por ser autor penalmente responsable del delito de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con cohecho activo en calidad de partícipe necesario (artículos 12, 29 inciso 3º, 45, 55, 189 2º párrafo y 258 del Código Penal, y artículos 403, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). **f.** CONDENAR a JUAN ALBERTO CARBONE a la pena de 5 (cinco) años de prisión, accesorias legales y costas, por ser autor penalmente responsable del delito de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con cohecho activo en calidad de partícipe necesario (artículos 12, 29 inciso 3º, 45, 55, 189 2º párrafo y 258 del Código Penal, y artículos 403, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). **g.** CONDENAR a MAXIMILIANO DJERFY a la pena de 5 (cinco) años de prisión, accesorias legales y costas, por ser autor penalmente responsable del delito de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con cohecho activo en calidad de partícipe necesario (artículos 12, 29 inciso 3º, 45, 55, 189 2º párrafo y 258 del Código Penal, y artículos 403, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). **h.** CONDENAR a ELIO RODRIGO DELGADO a la pena de 5 (cinco) años de prisión, accesorias legales y costas, por ser autor penalmente responsable del delito de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con cohecho activo en calidad de partícipe necesario (artículos 12, 29 inciso 3º, 45, 55,



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

189 2° párrafo y 258 del Código Penal, y artículos 403, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

i. CONDENAR a DANIEL HORACIO CARDELL a la pena de 3 (tres) años de prisión y costas, por ser autor penalmente responsable del delito de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con cohecho activo en calidad de partícipe necesario (artículos 29 inciso 3°, 45, 55, 189 2° párrafo y 258 del Código Penal, y artículos 403, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

III) RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal contra los puntos dispositivos IV y VIII -sin costas-; y los deducidos por la querella representada por los doctores Iglesias y Campos contra los dispositivos VIII y XXIV y por la querella representada por el doctor Poplavsky contra el punto dispositivo VIII de la sentencia obrante a fs. 70528/70553 -con costas- (artículos 470 y 471 a contrario sensu, 530, 531 y 532 del C.P.P.N.); y, en consecuencia:

a. CONFIRMAR el punto dispositivo IV de la sentencia obrante a fs. 70.528/70.553, en cuanto condenó a RAÚL ALCIDES VILLARREAL a la pena de 6 (seis) años de prisión, accesorias legales y costas, por ser autor penalmente responsable del delito de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con cohecho activo en calidad de partícipe necesario (artículos 12, 29 inciso 3°, 45, 55, 189 2° párrafo y 258 del Código Penal y 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). [...]

c. CONFIRMAR el punto dispositivo XXIV de la sentencia obrante a fs. 70.528/70.553, en cuanto condenó a FABIANA GABRIELA FISZBIN a la pena de 4 (cuatro) años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autora penalmente responsable de los delitos de omisión de deberes de funcionario público en concurso ideal con incendio culposo seguido de muerte (artículos 12, 29 inciso 3°, 45, 54, 249 y 189 2° párrafo del Código Penal y artículos 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

IV) CONFIRMAR el punto dispositivo XXVI de la sentencia recurrida en cuanto condenó a GUSTAVO JUAN Torres a la pena de 3 (tres) años y 9 (nueve) meses de

prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de omisión de deberes de funcionario público en concurso ideal con incendio culposo seguido de muerte (artículos 12, 29 inciso 3º, 45, 54, 249 y 189 2º párrafo del Código Penal y artículos 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación); V) CONFIRMAR el punto dispositivo XXVIII de la sentencia recurrida en cuanto condenó a ANA MARÍA FERNÁNDEZ a la pena de 3 (tres) años y 6 (seis) meses de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autora penalmente responsable de los delitos de omisión de deberes de funcionario público en concurso ideal con incendio culposo seguido de muerte (artículos 12, 29 inciso 3º, 45, 54, 249 y 189 2º párrafo del Código Penal y artículos 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). VI) TENER PRESENTES las reservas del caso federal.

II. Que en el presente proceso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 5 de agosto de 2014 y remisión a las consideraciones desarrolladas en los fallos dictados en el marco de las causas D. 429. XLVIII "Duarte, Felicia s/ recurso de casación" y C. 416. XLVIII "Chambla, Nicolás Guillermo; Díaz, Juan Leonardo; Larrat, Estebán Martín y Serrano, Leandro Ariel s/ homicidio -causa n° 242/2009-", resolvió hacer lugar a las quejas interpuestas por sendas defensas y ordenó que una Sala de esta Cámara de Casación Penal distinta de la que había intervenido originalmente efectuara una revisión de la sentencia de condena en los términos del precedente de Fallos: 328:3399, a fin de garantizar el derecho al recurso previsto en el art. 8.2(h) de la C.A.D.H., de acuerdo con la interpretación que de él hizo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia recaída en el caso "Mohamed vs. Argentina" (causa n° 11.168, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, del 23 de noviembre de 2012).

Radicada la causa ante esta Sala IV, por decreto de Presidencia se dispuso: "Con el objeto de mejor garantizar el derecho de defensa en juicio y



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

otorgar a los recursos la naturaleza y el alcance que establece la doctrina jurisprudencial vigente (Cfr. C.S.J.N., in re: "Duarte, Felicia s/recurso de casación", D. 429. XLVIII., rta. el 5/8/2014, "Casal" -Fallos: 328:3399- y "Di Nunzio" - Fallos: 328:1108-, entre otros), hágase saber a los recurrentes que podrán expresar las consideraciones y agravios que consideren pertinentes en el término de diez (10) días hábiles a partir de la notificación de la presente (Arts. 18 y 75 inc. 22º, C.N.; 8.2(h)., C.A.D.H.; 14.5, P.I.D.C. y P.; y 456 y 463, C.P.P.N.)".

Contra el auto de mención, los doctores Marcelo Brito y Nicolás F. D'Albora interpusieron recurso de reposición, alegando que el plazo de diez días era demasiado exiguo y que los jueces de este Tribunal carecían de facultades para reglamentar el "nuevo recurso", a su criterio, aún no legislado.

Posteriormente, con fecha del 5 de noviembre de 2014, esta Sala IV resolvió por mayoría de sus integrantes, en lo relevante: *"HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de reposición [...], revocar parcialmente por contrario imperio el auto de fs. 74242/74242vta., modificar y encausar el trámite de las presentes actuaciones en orden a las previsiones de los arts. 465 y 466 del CPPN, notificando a las partes de que en el término estipulado por la norma procedimental -diez días hábiles-, podrán desarrollar o ampliar los fundamentos de los motivos propuestos en la oportunidad de haber solicitado la revisión de las sentencias de la Sala III de esta Cámara Federal de Casación Penal, y en caso de resultar necesario por las características propias del recurso extraordinario, presentar nuevos agravios contra las resoluciones de fechas 20/4/2011 y 17/10/2012 de la Sala III de esta Cámara"* (Reg. Nro. 2321/14.4, fs. 74349/74354).

III. Que en ese marco procesal se realizaron las siguientes presentaciones: a fs. 74255/74304, por la defensa de Fiszbin; a fs. 74381/74565, por la defensa de Fontanet, Torrejón, Djerfy y Cardell; a fs. 74566/74586,

por la defensa de Villarreal; a fs.74587/74617, por la defensa de Torres; a fs. 74618/74630, por la defensa de Delgado, Carbone y Vásquez y a fs. 74631/74646, por la defensa de Fernández.

a) Recurso deducido por la defensa particular de Fabiana Gabriela Fiszbin.

La defensa de Fabiana Fiszbin expresó los motivos de su impugnación a fs. 74255/74304. En primer lugar, y como cuestión preliminar, planteó la prescripción de la acción en virtud de que el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 248 del C.P.), por el cual resultara condenada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 24, prevé una pena máxima de dos (2) años de prisión. De ese modo -afirmó- habría transcurrido en exceso y sin interrupciones el plazo de prescripción desde el dictado de esa sentencia condenatoria -19 de agosto de 2009- a la fecha, *"sin que hubiera existido ningún hecho interruptor que pudiera permitir la suspensión del plazo de la prescripción, de conformidad con lo establecido en el artículo 67, párrafo 4° [del C.P.] (Texto según la Ley 25.990)"* (fs. 74259).

En la misma dirección, postuló la prescripción en orden a los hechos tipificados en los arts. 189, párrafo segundo y 249 del C.P. (incendio culposo seguido de muerte y omisión de cumplimiento de los deberes de funcionario público), por los que fuera condenada en calidad de autora penalmente responsable por la Sala III de esta Cámara Federal de Casación Penal, con fecha de 20 de abril de 2011. Al respecto, afirmó: *"[N]o existe hasta el día de la fecha ningún acto procesal idóneo que tenga entidad suficiente como para suspender o interrumpir el curso de la prescripción, desde la fecha en que se dictara la sentencia de condena aunque esta no estuviera firme, hasta el presente."*

Subsidiariamente, planteó la violación del derecho de su asistida a ser juzgada en un plazo razonable.

En segundo lugar, la recurrente solicitó se declare la nulidad de la acusación por falta de precisión



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

de los hechos reprochados a Fiszbin. En esa inteligencia, manifestó que el fiscal de juicio la acusó *“de una presunta violación de los deberes de funcionario público, sin individualizar en que momento, en que instante, en que día, y bajo qué circunstancias [su] defendida habría omitido cumplir sus deberes funcionales”*. En el mismo sentido, respecto de los querellantes particulares, sostuvo que la acusaron por *“diferentes hechos delictuosos, homicidio doloso, estrago doloso y estrago culposo, sin individualizar tampoco las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la presunta comisión delictiva que se le reprochaba a [su] defendida.”*

A su vez, con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, explicó que se habían omitido valorar correctamente determinadas circunstancias que podían ser decisivas para la suerte del proceso. Entre ellas, afirmó que la conducta ilícita por la cual resultara condenada Fiszbin en calidad de autora *“no encaja en la figura contemplada por el art. 248 in fine del Código Penal”* puesto que, a su entender, los elementos que requería dicha figura no habían sido acreditados en la causa y, en particular, no podía asegurarse de manera categórica que su defendida hubiera obrado con el dolo requerido por el tipo penal aludido; el que, por lo demás, no podía presumirse.

En ese sentido, afirmó que Fiszbin había sido investigada por la supuesta comisión de los delitos de enriquecimiento ilícito y asociación ilícita en una pesquisa llevada adelante por el juez de instrucción Alberto Julio Baños, en una causa que corría por cuerda a la presente y cuyo resolutorio se encontraba firme; y en la cual *“se premia en un todo la gestión que hiciera la Subsecretaria de Control Comunal (entre otros), Licenciada Fabiana Fiszbin, relacionada con los locales bailables”* (fs. 74267 vta.). Reprodujo a continuación pasajes del auto aludido, que resultarían contradictorios con los reproches obrantes en la sentencia impugnada y que serían, en esa medida, demostrativos de su arbitrariedad.

A mayor abundamiento, la defensa insistió en que *“el fallo impugnado fue dictado con prescindencia de las probanzas efectuadas durante el curso del debate”* (fs. 74269), y sin que surgieran indicios de la responsabilidad penal de su asistida de las declaraciones testimoniales, la prueba documental o la pericial, y sin concordancia entre ellos que corroborara el reproche que de su conducta funcional hicieron los magistrados.

Ello así, sostuvo, pues los testimonios indicaron que a partir del inicio de la gestión de su asistida *“se comenzó a dar importancia al sistema de prevención de incendio en los locales de bailes; que las inspecciones (...) SE HACÍAN Y ERAN INTEGRALES, SE CONTROLABA `TODO` inclusive el ‘certificado de bomberos’”* (fs. 74270); lo cual habría sido incluso tergiversado por los sentenciantes: según la recurrente, se afirmó que algunos locales no fueron inspeccionados pese a haber acompañado el acta de inspección pertinente e inclusive el acta de clausura (en este sentido, refiere el ejemplo del local sito en la calle Cabrera 3046/48 y el acta de clausura de conformidad con la disposición 154-DGFyC).

A continuación, la recurrente criticó la lógica seguida en el fallo atacado, que tildó de arbitraria por haber considerado -siempre a su criterio- que se configuraba un supuesto incumplimiento funcional por el sólo hecho de que Fiszbin no había tenido en cuenta al momento de proyectar su gestión *“los avisos publicados en la sección de espectáculos”* (fs. 74271 vta.) y, en su lugar, había priorizado las denuncias recibidas en la sede del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y realizado una planificación *“inteligente”* de las inspecciones de los locales de baile.

A su vez, indicó que la habilitación de los locales clase *“C”* como lugares en los cuales podían realizarse recitales se encontraba prevista en el concepto *“variedades”*; y que el Decreto de Necesidad y Urgencia n°1/05 que dispuso expresamente la prohibición de realizar espectáculos musicales en vivo en locales de esa categoría no estaba en vigencia al momento de la



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

tragedia, por lo que su incumplimiento no podía considerarse una infracción a la ley, ni a otra normativa -a la que, por lo demás, no se habría hecho referencia-.

Afirmó luego que la obligación de su asistida, en función de las directivas que recibía y debía ejecutar, era la de inspeccionar en forma integral todos y cada uno de los locales de baile, y que para ello se estaba actualizando el padrón pertinente.

Advirtió asimismo que no se consideró la prueba que daba cuenta del cumplimiento de Fiszbin de la Actuación n° 631 de la Defensoría del Pueblo, así como tampoco ninguna de las declaraciones testimoniales oídas a lo largo del debate, incluida la del propio funcionario a cargo de dicho organismo, que habrían dado cuenta de que su asistida "*se ocupó y demostró tener interés por la problemática*".

Reprochó que, en cambio, se utilizaran "*las fallidas conclusiones del auditor Hugo Ricardo Fernández*" (fs. 74273vta.) y la valoración de la conducta de otros funcionarios por los que su defendida no debía responder, como parámetro cuyo incumplimiento pudiera serle achacable; y que se trataron denuncias -como la relativa a locales en el barrio de Constitución- como si la recurrente no les hubiera dado respuesta, cuando sí lo hizo.

Destacó que no había plazos para proceder a la inspección de los locales clase "C"; que fijarlos no era competencia de su defendida, y que el fallo impugnado incurrió en analogía *in malam partem* en cuanto consideró que el vacío legal referido en relación con las obligaciones de la funcionaria debía completarse recurriendo a otras disposiciones administrativas que sí contemplaban un plazo; todo ello en violación al principio de legalidad y en un contexto valorativo que habría resultado violatorio de las exigencias fijadas por la sana crítica racional.

Seguidamente, profundizó en su caracterización de la sentencia como arbitraria refiriéndose a la omisión de tomar en cuenta constancias que, a su criterio,

resultaban decisivas para la resolución del caso. En este sentido, se centró específicamente en el delito de incendio culposo y afirmó que *“la omisión simple de deberes no puede caer bajo esta tipificación legal”*, pues ello implicaría una violación al principio de legalidad. Citando fuentes doctrinarias, también manifestó que *“los delitos de omisión impropia entran en colisión”* con el mentado principio, *“al no encontrarse previstos en la ley penal”*.

Por último, criticó que se dispusiera el cumplimiento efectivo de la pena impuesta, y afirmó que no había ninguna razón para que no fuera de ejecución condicional. En este sentido, recordó que su asistida no es reincidente, ni tiene condena anterior. Comparó su situación con la de otro de los condenados, a quien se le habría impuesto pena de ejecución condicional a pesar de encontrarse, a su entender, en una situación análoga a la de su asistida. Nuevamente, sostuvo la arbitrariedad del fallo en relación con este aspecto y se quejó de la condena civil impuesta por daños y perjuicios.

En definitiva, solicitó que se revoque el fallo *“de fecha 19 de agosto de 2009, por el cual se condena a FABIANA GRABIELA Fiszbin como autora penalmente responsable del delito previsto y reprimido en el artículo 248 del Código penal.”* (sic).

Hizo reserva del caso federal.

b) Recurso interpuesto por la defensa de confianza de Patricio Rogelio Santos Fontanet, Christian Eleazar Torrejón, Maximiliano Djerfy y Daniel Horacio Cardell.

La defensa dirigió sus embates contra la decisión de la Sala III –integrada por las sentencias del 20 de abril de 2011 y del 17 de octubre de 2012– cuyos antecedentes fácticos y jurídicos transcribió extensamente. Asimismo, detalló el trámite impreso a la vía recursiva planteada. A continuación, desarrolló sus motivos de impugnación en concreto.

En primer lugar, planteó la nulidad absoluta (arts. 167, inc. 2° y 168 del C.P.P.N.) del proceso de



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

revisión establecido en la resolución de esta Sala IV del 5 de noviembre de 2014 (Reg. n° 2321/14.4). En esa dirección, tachó de inconstitucional la decisión de la Cámara Federal de Casación Penal adoptada por Acuerdo General n° 6, del 6 de octubre de 2014, postulando que a la inseguridad jurídica que ya existiría para los justiciables por el carácter inédito del procedimiento se le agregaba la delegación que el Tribunal dispuso en cada una de sus Salas para decidir qué trámite debía darse a las cuestiones procedimentales correspondientes. En efecto, indicó que ello resultaba violatorio de la garantía constitucional de igualdad ante la ley, prevista en el art. 16 de la C.N., pues *“a partir de la referida decisión mayoritaria de los jueces de Casación, pueden existir tantos reglamentos del recurso emergente de la doctrina “Duarte” -con mayores o menores garantías recursivas- cuanto Salas existen de la Cámara Federal de Casación Penal”* (fs. 74514).

Asimismo, adujo que la decisión plenaria adoptada lesiona los derechos de defensa en juicio y debido proceso, particularmente en lo relativo al *“derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa (arts. 16 CN, 18 CN, 14.3.b PIDCP y 8.2.h CADH)”* (fs. 74514vta.). Subrayó al respecto que el agravio no resultaría meramente hipotético en virtud de que otra Sala de este Tribunal ya ha establecido un régimen impugnatorio más amplio que el que le fue impuesto a estas actuaciones.

Por su parte, postuló que las modificaciones introducidas por la mayoría de esta Sala IV en la resolución n° 2321/14.4, al decreto de la presidencia de fs. 74242 cuya reposición había solicitado la parte, hicieron que el trámite resultara aún más restrictivo y perjudicial para sus derechos, deviniendo en un supuesto de *reformatio in pejus*. Citó normativa y jurisprudencia nacional e internacional en apoyo de su postura.

En última instancia, sostuvo que la génesis del conflicto radicaría en que, a su criterio, *“...una Sala del Tribunal Federal de Casación Penal no puede ser el órgano*

constitucional y legalmente competente para legislar el recurso que la Corte Interamericana de Derechos Humanos exigió garantizar en el caso "Mohamed vs. Argentina" (23/11/2012) y que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo suyo en este proceso (C.X.XLIX "Chabán, Omar Emir y otros s/causa n° 11684", rta. el 5/8/2014)"; sino que, antes bien, "...ese procedimiento sólo puede ser regulado por la ley formal, emanada de los órganos legislativos competentes: el Congreso de la Nación como legislatura local (art. 75, inc. 30 CN)".

En segundo término, la defensa planteó que se configuraba en el caso una nulidad en los términos del art. 167, inc. 2 y 168 del C.P.P.N., por violación a la garantía de imparcialidad del juzgador (arts. 8.1 de la C.A.D.H. y 14.1 P.I.D.C.yP., 10 de la D.U.D.H. Y XXVI de la D.A.D.D.H., en función del art. 75, inc. 22 del segundo párrafo C.N.); impugnación que, a su turno, en razón del carácter absoluto de la nulidad invocada, no se vería obstaculizada a su entender ni por la circunstancia de que sus antecesores en el ejercicio de la defensa no hubieran formulado las recusaciones pertinentes en el marco específico de los procedimientos recursivos que dieron origen a las sentencias aquí impugnadas; ni por el hecho de que las recusaciones que sí dedujo la parte oportuna y tempestivamente en el procedimiento de revisión de los incidentes de excarcelación correspondientes a las causas del registro de la Sala III números 9/2013 (reg. 332/13) y 1/2013 (reg. 337/2013) – ambas de fecha del 22/3/2013– fueran rechazadas, en tanto esas decisiones no tenían efectos definitivos.

Centró sus embates, en primer lugar, en la actuación previa al dictado de las resoluciones recurridas que habría tenido el doctor Eduardo R. Riggi. Específicamente, la parte indicó dos eventos que sustentaban su pretensión: por un lado, la intervención del magistrado en la decisión de la Sala III que, el 1 de julio de 2009, revocó el sobreseimiento de Rafael Levy en el proceso que investigaba su responsabilidad en los hechos que dieron origen a la presente causa (cf. causa



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

nº 9912, "Levy, Rafael s/ recurso de casación", reg. nº 914/09 de la Sala III). En esa oportunidad, el doctor Riggi habría efectuado consideraciones que, a criterio de los recurrentes, demostrarían que *"antes de resolver las condenas de [sus] defendidos, el juez RIGGI se había formado una opinión en torno a la existencia de los hechos y las responsabilidades penales"*.

Por su parte, la falta de imparcialidad del magistrado resultaría también de haber intervenido en la sentencia de fs. 71749/71805, del 17 de octubre de 2012, oportunidad en la que se expidió en relación con los recursos de casación articulados contra la decisión del Tribunal Oral en lo Criminal nº 24 que, en lo relevante, individualizó las penas de Fontanet, Torrejón, Djerfy y Cardell en virtud del reenvío dispuesto originalmente por el mismo tribunal de casación. En particular, la recurrente se agravió en el entendimiento de que esa intervención del juez Riggi tuvo lugar luego de haberse expedido previamente sobre la misma cuestión – precisamente, en su voto de la resolución de fs. 69857/70480, de fecha del 20/4/2011–. A criterio de la recurrente, la actuación del magistrado afectó también la garantía de la doble instancia y del derecho a recurrir el fallo condenatorio, de raigambre constitucional y convencional (arts. 8.1 y 8.2(h) de la C.A.D.H.; arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.; 14.1 y 14.5 del P.I.D.C.y P.); y en una situación similar se encontraría la jueza Catucci, por haber intervenido en la decisión del 20 de abril de 2011 y, luego, en la del 17 de octubre de 2012, ya referidas.

Según advirtieron los recurrentes, a su vez, de acuerdo con un texto publicado en un sitio web, titulado *"Crónica de la audiencia con la Jueza Liliana Catucci, en Comodoro Py"*, la jueza en cuestión habría asumido un "compromiso con la querella" y adelantado extrajudicialmente su opinión sobre el caso, lo que también invalidaría su intervención en estos actuados.

En tercer lugar, la parte aseveró que se configuraba un supuesto de nulidad de carácter absoluto

en razón de la falta de mayoría jurisdiccional que evidenciaría la sentencia condenatoria del 20 de abril de 2011 dictada por la Sala III de esta Cámara, puesto que su parte dispositiva no encontraría respaldo en una fundamentación concurrente de dos o más votos.

Detalló que eso se daba en función de las discrepancias existentes entre los jueces Riggi y Catucci en orden a la calificación legal del primero de los hechos que constituyó el objeto de la imputación. En este orden de ideas, explicó que para el primero de los magistrados se trató de un incendio doloso agravado (arts. 186, inc. 5 del C.P.), en tanto que la doctora Catucci los encuadró en las previsiones que tipifican la causación de un incendio culposo (arts. 189, segundo párrafo del C.P.); y que la jueza Ledesma entendió que debía absolverse a los imputados por faltas de certeza en la acreditación del hecho pero, convocada a dirimir la calificación legal, se inclinaba a hacerlo en los términos del abordaje dogmático propiciado por la doctora Catucci. La defensa alegó al respecto que *"...debemos formularnos (...) si inclinarse por una solución puede considerarse una decisión válida en los términos de los arts. 123 y 404, inc. 2, CPP. Máxime cuando en el voto de la jueza LEDESMA, como vimos, estuvo dirigido a confirmar las absoluciones de nuestros pupilos. La respuesta no puede ser otra que la negativa"* (fs. 74530).

A continuación, la impugnante se dolió de la errónea aplicación de los arts. 456 y 470 del C.P.P.N. por haberse violado los principios de oralidad, inmediación y *ne bis in ídem*.

Explicó que la sentencia del Tribunal Oral permitía delinear tres aspectos centrales por los cuales correspondía dictar una absolución, *"luego de un año de debate -en el que se recibieron centenares de testimonios y pruebas de diversa índole- a nuestros defendidos: 1) su ajenidad en la organización del recital del día 30 de diciembre de 2004; 2) la posición asumida respecto al uso de pirotecnia por parte del público asistente y 3) la ausencia de prueba que los vincule con la participación*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

en el delito de cohecho activo” (fs. 74531). Sobre estos puntos, sostuvo, el tribunal de mérito concluyó que sus asistidos no revestían la posición de garante requerida para la subsunción de su conducta en el tipo penal del art. 186, inc. 5° del C.P., interpretado como un delito de omisión impropia, por no haber formado parte de la organización del evento y no tener una vinculación penalmente relevante con la conducta de los asistentes al espectáculo.

Por su parte, reconstruyó que, en lo atinente a la imputación de cohecho (cf. art. 258 del C.P.), la absolución siguió a la falta de pruebas que acreditaran, en el razonamiento del tribunal oral, el conocimiento de sus asistidos respecto del dinero que se ofrecía a los funcionarios públicos pertinentes como contraprestación por su aquiescencia respecto de las irregularidades que rodeaban el desarrollo de los espectáculos.

Adujo que los argumentos del tribunal fueron, como se ha reseñado, esencialmente probatorios, y que *“el único aspecto sobre el cual existió absoluta unanimidad en la decisión aquí recurrida -de fecha 20 de abril de 2011-, fue que la sentencia del Tribunal Oral no incurrió en arbitrariedad alguna”* (fs. 74532), lo que a su criterio debió haber significado una *“autolimitación”* por parte de los jueces de esta Cámara, en orden a los hechos fijados por el tribunal oral y la falta de participación de sus asistidos, pues cualquier otra actividad jurisdiccional implicaría una exorbitancia en razón de las funciones propias de la instancia casatoria.

Transcribió en respaldo de su pretensión pasajes de la sentencia impugnada de donde se desprendería que el pleno de la Sala había arribado a esa conclusión, y mencionó ejemplos concretos de los vicios apuntados en donde, a su entender, se reformularon hechos que se tenían por probados, sin señalar arbitrariedad alguna en la valoración efectuada en la etapa procesal anterior.

Consideró que el ejercicio de la competencia positiva de esta Cámara, regulado en el art. 470 del

C.P.P.N. no era en esencia inconstitucional, sino que lo que repugnaba a la Constitución Nacional había sido el modo en el que los jueces de la Sala III lo aplicaron al caso concreto, al modificar las conclusiones de hecho alcanzadas por el tribunal de juicio (fs. 74538vta.). Y continuó: *“de hecho, la manera en que los jueces RIGGI y CATUCCI ejercieron la competencia positiva (art. 470 CPP) es mucho más grave que si hubieran ordenado realizar un nuevo debate (art. 471 CPP);* pues en ese caso -adujo- sus defendidos habrían tenido al menos la posibilidad de ser escuchados en un debate oral, público, contradictorio y continuo; cuestiones centrales garantizadas por los principios de inmediación y contradicción (capacidad de cognición de los jueces y facultades de las partes de controlar y refutar la prueba de su oponente procesal), que integraban el derecho constitucional de defensa en juicio (art. 18 de la C.N.).

A continuación, realizó apreciaciones específicas en relación con la valoración jurisdiccional que recibió la utilización de pirotecnia por parte del público y la intervención de sus asistidos en el delito de cohecho.

En otro orden, la impugnante cuestionó la validez de la sentencia condenatoria dictada por la Sala III, por entender que había incurrido en arbitrariedad por falta de fundamentación en orden a su respaldo en afirmaciones dogmáticas que no se condecían con las circunstancias comprobadas en la causa, en la medida en que habrían surgido como fruto de la valoración de testimonios inhábiles, declaraciones de los propios integrantes del grupo musical en oportunidad de ser indagados -incluso, según manifestó, tergiversando sus propios dichos-, y de la omisión de valorar constancias conducentes y de significativa importancia para la solución del caso. En definitiva, indicó que se había realizado un análisis fragmentario y desnaturalizado de la prueba. Todo ello, según afirmó, en violación a los arts. 45, 189, segundo párrafo y 258 del C.P. (art. 456, inciso 1º del C.P.P.N.).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

En esa dirección, consideró en particular que los jueces que conformaron la mayoría en este aspecto - Riggi y Catucci- efectuaron una arbitraria asignación del rol de co-organizadores como elemento fundante de la posición de garantes endilgada a sus asistidos en relación con la atribución de responsabilidad por el incendio, sin que existiera "ligazón racional" entre esa conclusión y los dichos expresados por sus defendidos (y el resto de la banda) en oportunidad de ser intimados.

Subrayó como aspecto especialmente grave que el mencionado magistrado hubiera omitido toda referencia a las declaraciones indagatorias prestadas por los músicos y el escenógrafo durante el debate -que sí habrían sido valoradas por el Tribunal Oral- en las que ellos mismos describieron el alcance de sus labores y de su profesión como artistas. Indicó que *"(...) en este proceso, el juez RIGGI -y por adhesión la magistrada CATUCCI- no solo no escucharon a nuestros defendidos sino que ni siquiera leyeron lo que habían declarado en el debate"* (fs. 74545). Asimismo, objetó la ponderación de declaraciones de testigos cuyo aporte se consideró crucial en la sentencia cuestionada, indicando que *"el magistrado RIGGI puso en boca de la testigo [Aldana Aprea] afirmaciones que la nombrada no efectuó"* (fs. 74545vta.).

Señaló que, a su vez, se soslayó prueba documental que resultaba dirimente para acreditar la división de tareas en la realización del evento: escenografía, seguridad, organización, prensa, producto artístico; que sí había sido valorada por los jueces del debate. Y afirmó que las conclusiones del magistrado que votó en primer lugar invirtieron el *onus probandi*, en flagrante violación al principio constitucional de inocencia establecido por el art. 18 de la C.N.

Cuestionó también la cita, como prueba, de resoluciones de la Cámara de Apelaciones dictadas durante la etapa instructoria y la valoración que hiciera el mencionado órgano jurisdiccional sobre un conjunto de testimonios que detalló, y cuya respuesta en esta sede habría resultado dogmática y arbitraria. En última

instancia, alegó que el juez Riggi –y por adhesión, también la jueza Catucci– se guiaron por la necesidad de adoptar “una respuesta equitativa”, atribuyendo responsabilidad a todos los músicos como si conformaran un ente único, en lugar de explicar cuáles fueron los actos llevados a cabo individualmente por cada uno de sus defendidos, que los ubicara en una posición de garante y que justificara su responsabilidad penal en los términos de los arts. 45 y 189, párrafo segundo del C.P.

En relación con el uso de la pirotecnia, la impugnante afirmó que el juez Riggi invocó una serie de entrevistas relacionadas con recitales distintos del que constituye el objeto procesal de las presentes actuaciones, pero que de ninguna de ellas puede extraerse válidamente que sus asistidos fomentaran su uso; y que, aun si así fuera, ello no podía pertenecer a la órbita del reproche penal.

Por su parte, afirmó que se descalificó a un conjunto de testigos que una querrela calificó como “testigos fanáticos de la banda”, mediante lo cual se *“mutilaron, callaron y censuraron las palabras de quienes en su mayoría fueron sobreviviente de la tragedia”* -fs. 74553-. En este sentido, reprodujo pasajes de los testimonios pertinentes que ilustran su pretensión.

A su turno, en relación con el cohecho, indicó que la responsabilización de sus asistidos por este hecho obedeció a un supuesto de puro voluntarismo judicial, basado en meras sospechas, conjeturas o intuiciones. Reprodujo párrafos en los que se fundó este segmento del decisorio, que entendió carentes de coordinación lógica aun como supuesto de convergencia de indicios, y en definitiva violatorios de las reglas que rigen la sana crítica racional.

Por último, la impugnante se dolió de la falta de fundamentación de la pena fijada a sus asistidos, para lo cual consideró que se utilizaron parámetros ilegítimos, tales como la caracterización de Fontanet – quien recibió una pena de siete años de prisión– como el “líder” artístico de la banda musical, al tiempo que se



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

habría omitido valorar la conducta posterior de disponerse a salvar vidas, como circunstancia atenuante.

Criticó asimismo la fundamentación de la pena fijada para Torrejón, Djerfy y Cardell, que la sentencia puesta en crisis elevó de tres, dos años y seis meses y dos años de prisión en suspenso, respectivamente (como había determinado el tribunal oral), a cinco -para los dos primeros- y tres años de prisión de cumplimiento efectivo; ello sin la fundamentación exigida por los arts. 123 y 404, inc. 2º del C.P.P.N. (*error in procedendo*) e incurriendo en errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del C.P., al calificarse las penas propuestas por el tribunal oral de “*absurdas y exiguas*”.

Hizo reserva del caso federal.

c) Recurso deducido por la defensa particular de Raúl Alcides Villarreal.

Luego de argumentar en torno a la extensión de la garantía de la doble instancia prevista en el art. 8.2(h) de la C.A.D.H. y reseñar los antecedentes de la causa, la defensa de Villarreal desarrolló sus motivos de impugnación en particular.

En esa dirección, se agravó por considerar que la decisión impugnada aplicó erróneamente la ley sustantiva en lo que respecta al encuadre jurídico que recibieron los hechos imputados a Villarreal, por cuanto habrían sido calificados por la Sala III de esta Cámara sin apego a lo que denominó “principio de intangibilidad de los hechos fijados por la sentencia recurrida” (sic).

Indicó asimismo que “*la sentencia dictada contra su pupilo no se encuentra debidamente fundamentada, en atención a que las supuestas pruebas que son fundamentales para el Tribunal, no son tales, lo que surge del análisis de los contenidos de las declaraciones a que se hace mención, de aquellas vertidas durante la etapa de instrucción y posteriormente, durante la audiencia de debate*” (fs. 74575vta./745769).

A su turno, postuló que la resolución atacada resultaba violatoria de las garantías de defensa en juicio, de igualdad ante la ley y de *in dubio pro reo*

(citó, en este sentido, los arts. 14 bis, 16, 18, 33 y 75 inc. 22 de la C.N.) y agregó que no se respetaron los principios de la lógica, la psicología y la experiencia común; en sustento de lo cual, reprodujo algunos pasajes del voto de la jueza Ledesma, para quien Villarreal *“no podía ser tenido como responsable del delito de estrago, no doloso ni culposo, y sobre el hecho constitutivo del cohecho (...) debía ser condenado por partícipe secundario, no necesario de cohecho activo”* (fs. 74576vta.).

A su vez, planteó la nulidad de la sentencia por considerar que en ella no existiría coincidencia mayoritaria en los fundamentos de los votos emitidos. Ello así, por cuanto la jueza que votó en tercer lugar entendió que no se había alcanzado la certeza necesaria para arribar a un pronunciamiento condenatorio y, a criterio del recurrente, *“se encontró compelida a dirimir ante las calificaciones legales que entiende aplicable la mayoría, alcanzada sólo con relación a la base fáctica, cuando en realidad, no existió en la presente causa una unidad de criterios que llevaran a la sentencia luego dictada”* (fs. 74577vta.).

Detalló que *“los jueces que conformaron la mayoría adoptaron fundamentos totalmente diversos: uno de ellos consideró la situación de nuestro pupilo como incurso en el delito de estrago doloso en calidad de partícipe necesario y la Dra. Catucci entendió que Villarreal tuvo una participación necesaria en los hechos que configuran estrago culposo, amén las coincidencias en el delito de cohecho, en grado de partícipe necesario revocando la sentencia del Tribunal Oral también en relación a este hecho”* (fs. 74578vta.).

En lo que respecta a la valoración probatoria que condujo a afirmar la responsabilidad penal de su asistido a título de partícipe necesario del delito de cohecho activo -en agravamiento de la calificación de partícipe secundario por la que había sido condenado en la etapa de juicio oral-, la impugnante sostuvo que se tuvieron en cuenta algunos testimonios que presentaban una *“falsa o alterada percepción de los hechos de la real*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

situación de Villareal en relación a Omar Chabán, de ser 'la mano derecha' de Chabán, conforme lo llamaron y sentenciaron de antemano los periodistas, perdiendo de vista que nuestro pupilo era sólo y únicamente un trabajador, sin posibilidad alguna de decisión" (fs. 74579).

Indicó que tal apreciación resultaba violatoria de los arts. 14 y 14 bis de la C.N. ya que, *"en pos de encontrar un culpable más en un hecho trágico", se habían violado los derechos de su asistido como trabajador. Sobre el punto, detalló que Villarreal "no podía, por su situación de subordinado, tener autoridad alguna ni para suspender el show, ni para ordenar que el grupo dejara de tocar, ni para ordenar a los jóvenes que no tiraran bengalas en un lugar cerrado" (fs. 74585vta.).*

En ese orden, indicó que se dieron por probados hechos que no sucedieron (i.e., que Villarreal fue quien "dio puerta" y permitió el ingreso de personas sin efectuar el "cacheo" correspondiente, etc.), y que se le reprochó a su asistido no haber dado ninguna orden para agilizar las vías de escape, cuando había quedado probado en el debate que el personal de seguridad había sido puesto por el grupo musical "Callejeros" y no por el local "República Cromañón", por lo que Villarreal jamás pudo haber dirigido al personal de seguridad.

También reprobó la valoración efectuada sobre las declaraciones que dieron cuenta del *"papel preponderante [de Villarreal] en el pacto espurio entre Omar Chabán y el Subcomisario Díaz" (fs. 74580),* aduciendo que *"estos hechos fueron objeto de una investigación judicial por ante el Juez de instrucción, Dr. Baños, quien sobreseyó todos y cada uno de ellos, por lo cual se demostró que no existió tal cohecho pasivo, y que, por lo tanto nuestro defendido jamás pudo ser partícipe del mismo" (fs. 74581).*

Concluyó que la sentencia atacada resulta arbitraria por carecer de fundamentación suficiente y ser violatoria de la lógica, al equiparar el rol de su asistido -"un simple empleado"- al de su jefe; al

sustentar la acreditación del cohecho sobre pruebas que no podían ser consideradas admisibles; y al *“no tener en cuenta el voto minoritario de la Dra. Ledesma”* (fs. 74582vta.), respecto de lo cual consideró también que la diferencia de apreciación en la preponderancia del rol que le cupo a su asistido -entre el voto mayoritario y en el sufragio de la minoría- resultaba violatorio del *“principio de congruencia”* (sic).

Finalmente, indicó que la graduación de la pena impuesta a su asistido no resultaba de una interpretación armónica de las pautas fijadas en los arts. 40 y 41 del C.P., ni se evidenciaba respetuosa de la normativa constitucional y convencional en materia de fundamentación del castigo, sino que estuvo sustentada en la sola apreciación de que debía ser *“congruente y equitativa”* con la condena fijada para su consorte procesal Omar Chabán.

Hizo reserva del caso federal.

d) Recurso deducido por la defensa particular de Gustavo Juan Torres.

Luego de una breve reseña de los antecedentes del caso, la defensa de Torres objetó en primer lugar la subsunción de su conducta en el tipo penal de estrago culposo seguido de muerte en orden a dos aspectos: 1) que *“se ha construido un cuadro fáctico arbitrario que... no puede ser utilizado como base de adecuación a los electos típicos”*; y 2) que *“en lo que respecta al artículo 189 CP, no existe nexo causal entre la hipotética violación al deber de cuidado y el resultado analizado (incendio seguido de muerte o peligro de muerte)”*.

En este orden de ideas, afirmó que *“el esfuerzo desplegado para recurrir a la construcción teórica de comisión por omisión con el objeto de adecuar la conducta de Torres en tipos penales comisivos agravia a esta parte en tanto implica desconocer el principio de legalidad...”*. Y, en relación con el estrago culposo endilgado a los funcionarios públicos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires -entre los que se encuentra su defendido- sostuvo: *“[C]onforme lo expusimos oportunamente y fuera probado*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

fehacientemente en el debate, esta parte entiende que, en la realidad de los hechos, los factores de riesgo que se han concretado en el trágico resultado en el caso han sido: la utilización de la pirotecnia, el uso de material inflamable, el exceso de concurrentes y el bloqueo de los medios de egreso, no pudiendo ser considerados entonces autores del mismo aquellos que no hubieran ejercido dominio o control sobre estos riesgos, en atención a que [su] asistido carecía del dominio social específico sobre la causa final del resultado”.

Seguidamente, la defensa explicó que la subsunción típica de la conducta reprochada a Torres en los delitos de estrago y homicidio simple carecería de sustento legal. En este sentido, postuló que si bien su pupilo, como Director General de Fiscalización y Control del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires adquirió una posición de “garante genérico” conforme el carácter de las funciones que prestaba, ello no resultaba, a su criterio, suficiente para dar por configurada la “posición de garantía específica” frente a la lesión del bien protegido que, en su inteligencia, exige la adecuación de una conducta al delito atribuido.

Por otra parte, se quejó de la introducción, a su modo de ver, arbitraria, de una tipificación que no fue objeto de análisis durante el juicio, en la medida en la que se decidió condenar a Torres como autor del delito de omisión de cumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 249 del C.P.) en concurso ideal con incendio culposo seguido de muerte (art. 189, párrafo 2º del C.P.).

Seguidamente, la defensa expuso cuestiones de hecho que no fueron tenidas en cuenta por la Sala III de esta Cámara, en respaldo de la tesis de la arbitrariedad del fallo condenatorio que postuló.

En primer lugar, señaló que Torres había iniciado sus actividades dos meses antes del incendio y que asumió dicha función en el marco de un “desorden administrativo” debido a cuestiones organizativas, estructurales y a la mudanza hacia un nuevo edificio,

subrayando que carecían de presupuesto y que los recursos humanos e informáticos no alcanzaban para ordenar los distintos expedientes. Explicó que a pesar de su breve gestión se habían ratificado clausuras preventivas y se había dictado la Disposición n° 424 que, según indicó, *“constituye un claro ejemplo de su obrar diligente y sus ganas de trabajar y sacar adelante el área, en tanto dicho acto administrativo tuvo como finalidad, precisamente, organizar y encauzar los serios problemas que heredara en la Dirección General”*.

A su turno, la defensa de Torres consideró oportuno subrayar los siguientes aspectos: 1) Que Torres no conocía la existencia del local “República Cromañón” ni las actividades del grupo “Callejeros”. En este sentido, dijo que no había registro de denuncias sobre el local y muchos de los funcionarios asignados a esa zona desconocían su existencia, *“todo lo cual conduce a pensar que no había ningún motivo particular que motivara que [su] asistido dirigiera su atención hacia este local.”* 2) Que tampoco conocía la existencia de la Actuación n° 631, promovida por la Defensoría del Pueblo, que denunciaba la situación en la que se encontraban los locales de baile clase “c” en relación con el incumplimiento de las normas relativas a la prevención de incendios. En apoyo a sus afirmaciones recordó los dichos de algunos de los testigos, vertidos en el marco del debate oral y público.

Por último, postuló que el fallo del 17 de octubre de 2012, por el cual la Sala III condenó en definitiva a Torres a la pena de tres años y nueve meses de prisión, adolecía de una fundamentación solo aparente, pues no se habían considerado los parámetros establecidos en los arts. 40 y 41 del Código Penal y se había apartado del mínimo legal sin justificación. Asimismo, afirmó que se había efectuado una doble valoración de los elementos del tipo, en afectación al principio *ne bis in ídem*.

Por último, planteó el desconocimiento del fallo “Mohamed” por parte de los jueces de la Sala III que rechazaron el recurso extraordinario federal contra la sentencia condenatoria. Afirmó que de ese modo se



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

conculcaron las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso legal. Además se afectó, a su criterio, el derecho a la doble instancia judicial.

Solicitó que se revoquen los fallos de la Sala III de fecha 20 de abril de 2011 y 17 de octubre de 2012, y se disponga la absolución de su asistido. Hizo reserva del caso federal y de recurrir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

e) Presentación de la defensa pública oficial de Elio Rodrigo Delgado, Juan Alberto Carbone y Eduardo Arturo Vásquez.

En primer lugar, la defensa se agravio por considerar que la decisión integrada por las resoluciones de la la Sala III de fecha 20 de abril de 2011 y 17 de octubre de 2012 resulta lesiva de la presunción de inocencia y de la garantía del *ne bis in ídem*.

Asimismo, consideró que la primera de esas resoluciones, dictada por mayoría de los jueces intervinientes, resultaría arbitraria en la medida en que *"no aparece suficientemente [fundamentada] para afirmar con la certeza necesaria que existió una actividad individual por partes de [sus] asistidos, con relación a la organización del recital del día de los hechos."*

Por otra parte, la representante del Ministerio Público de la Defensa señaló que existe una cuestión federal que involucra el derecho de sus defendidos a obtener un "doble conforme" respecto del fallo condenatorio emanado de la Sala III de la CFCP, luego de haber sido absueltos por el tribunal de juicio.

En este sentido, destacó que *"la anterior intervención del Máximo Tribunal, y la intervención de la Sala IV, no cumplen con el requisito previsto en el art. 8.2.h de la CADH, ello porque en primer lugar la intervención de otra Sala del mismo Tribunal que lo condenó no es un procedimiento que se encuentre previsto en nuestra ley procesal, infringiendo así la prohibición constitucional de los jueces de dictar leyes y procedimientos. En segundo lugar, porque no consideramos correcta la interpretación efectuada por parte del Alto*

Tribunal de los precedentes emanados de la Corte IDH, 'Mohamed vs. Argentina' y 'Likat vs. Surinam'.”.

A criterio de la defensa, la solución al caso ya se encontraba prevista en el CPPN vigente en la actualidad y debió haber sido *“a través del juicio de reenvío del art. 470”* (sic).

Por último se agravó de los montos de pena impuestos, por considerarlos violatorios de los principios de culpabilidad, humanidad de las penas y reinserción social. Sostuvo, en este sentido, que resultarían desproporcionados, crueles y sin otro fundamento que la retribución, siendo los fundamentos dados por los jueces *“autocontradictorios y arbitrarios”*.

En definitiva, solicitó que se subsane la lesión a las garantías constitucionales conculcadas y que se anulen las sentencias de la Sala III que vienen recurridas.

Hizo reserva del caso federal y de recurrir ante Tribunales Internacionales de protección de los Derechos Humanos.

f) Presentación de la defensa pública oficial de Ana María Fernández:

En primer término, la defensa de Fernández postuló la errónea aplicación del art. 8.2(h) de la CADH y del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sobre el punto, introdujo la reserva de recurrir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por incumplimiento del Estado Argentino de adecuar su ordenamiento jurídico interno para asegurar la efectiva vigencia de la garantía judicial contenida en dichas normas.

En esa inteligencia, los letrados entendieron que, en tanto el alcance de las normas procesales impediría asegurar el derecho del imputado a recurrir el fallo ante un tribunal superior, esta Cámara Federal de Casación Penal *“carece de competencia para dictar una condena o empeorar su situación jurídica en base a un recurso de la parte acusadora puesto que la ley procesal*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

argentina no garantiza un recurso amplio ante un tribunal superior.”.

Seguidamente, plantearon la nulidad de la sentencia recurrida por afectación a las garantías de defensa en juicio y debido proceso, particularmente por considerar afectado el principio de congruencia, de conformidad con lo previsto en el art. 18 de la C.N.

Con ese norte, formularon una breve reseña de los actos procesales más importantes en los que fueron descriptos los hechos imputados a Fernández, y luego señalaron que se había vulnerado el derecho de la nombrada de ser informada en forma detallada y precisa de la plataforma fáctica objeto de intimación.

Así, la parte consideró que existieron inconsistencias en las distintas acusaciones y una indebida variación de la calificación legal que, a su vez, impactó decisiva y necesariamente en el ejercicio de la defensa en juicio de la parte; pues, según explicó, no contaron *“durante el juicio oral, [con] la oportunidad de contestar jurídicamente esa nueva subsunción normativa que fue sorpresivamente incorporada por la Sala III...”*.

Sostuvo a su vez la existencia de una cuestión federal por encontrarse en juego el alcance de la garantía que prohíbe la múltiple persecución penal. En este aspecto, afirmó que *“aun cuando no exista identidad exacta entre ambos procesos judiciales, es innegable que la denuncia que motivó el inicio de la causa n° 14.000/05 [del registro del Juzgado de Instrucción n° 1] abarcaba la conducta que aquí se le imputa a [su] defendida”*.

Postuló asimismo la arbitrariedad del fallo y la errónea aplicación del artículo 189 del Código Penal. En particular, con remisión a los fundamentos expuestos en oportunidad de presentar el recurso extraordinario federal, la defensa analizó las premisas en las que se basó el fallo dictado por la Sala III para tipificar la conducta en el delito de incendio culposo agravado, criticando concretamente las conclusiones del fallo impugnado relativas a que la conducta debida por Fernández para neutralizar el peligro consistía en

inspeccionar el 100% de los locales mencionados en la denuncia del Defensor del Pueblo, mientras que Fernández se había limitado a cursar intimaciones; que la falta de inspección comportó la creación de un riesgo no permitido de incendio; y que ese peligro se encontraba abarcado por el fin de protección de la norma. Subsidiariamente, cuestionó las afirmaciones de la Sala III de acuerdo con las cuales el riesgo de incendio creado fue el efectivamente realizado en el resultado, y que la intervención posterior y dolosa de terceros no excluye la imputación objetiva.

Por último, planteó la arbitrariedad en la imposición de la pena de tres años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento. En esa dirección, fundó su agravio en lo que consideró la correcta valoración de las circunstancias que rodearon a la magnitud del injusto y la correcta valoración de las condiciones personales de la imputada, afirmando en definitiva que *“la pena establecida aparece como sumamente desproporcionada y, en consecuencia, violatoria de expresas garantías contenidas en el bloque constitucional federal...”*.

En definitiva, solicitó que se dejen sin efecto las sentencias dictadas por la Sala III en el marco de la presente causa e hizo reserva del caso federal.

V. Que, en la oportunidad prevista por el artículo 468 del C.P.P.N. –cf. acta de celebración de la audiencia obrante a fs. 74845– presentaron breves notas Mauricio Lionel Castro, letrado apoderado de la querrela encabezada por Héctor Ferras (fs. 74749/74761); el Defensor Público Oficial de Ana María Fernández, Nicolás Ramayón (fs.74762/74772); el Fiscal General ante esta Cámara Federal de Casación Penal, Raúl Omar Pleé (fs. 74774/74794); Carlos A. Cruz, por la defensa técnica de Gustavo Juan Torres (fs. 74795/74822); y Patricia De Reatti, defensora de confianza de Fabiana Fiszbin (fs. 74823/74844). Durante la audiencia de informes, asimismo, expusieron oralmente los principales argumentos allí consignados.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

La querrela representada en el acto por Mauricio Lionel Castro repasó lo que consideró "Irregularidades del local 'Cromañón'" destacando, concretamente, el exceso de concurrentes en el recinto la noche del 30 de diciembre de 2004; la obstrucción de los medios de egreso regulares y de emergencia; el estado antirreglamentario de los matafuegos; la habitualidad del uso de pirotecnia en recitales y lugares cerrados; deficiencias estructurales en el local no documentadas al requerir la habilitación; irregularidades en el sistema eléctrico y de alarma; y la desnaturalización del objeto de la habilitación del predio como "local de baile Clase C". A continuación, se concentró específicamente en fundamentar la responsabilidad que les atribuyó a los funcionarios del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires recurrentes en estas actuaciones -Fiszbin, Fernández y Torres-, citando al efecto diversos testimonios rendidos durante el debate oral.

A su turno, la Defensa Oficial de Ana María Fernández amplió los fundamentos de su presentación de fs. 74631/74646. En primer lugar, enfatizó que el proceso de revisión de la sentencia dictada por la Sala III de esta Cámara por parte de esta Sala IV, de conformidad con lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resulta contrario a la doctrina del fallo "Mohamed vs. Argentina" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en razón de que el Estado argentino no habría adecuado su legislación interna -como lo exigiría el fallo, en la inteligencia que le otorgó la parte- para hacer efectivo el derecho contenido en el art. 8.2(h) de la C.A.D.H. En el mismo sentido indicó que, además de la falta de previsión legislativa del trámite de revisión, el órgano jurisdiccional al que se le encomendara dicha tarea -a la sazón, esta Sala IV- no reviste la calidad de "tribunal superior" en los términos de la cláusula convencional referida, ni se encontrarían sus integrantes en posición de garantizar imparcialidad ni independencia suficientes, en razón de la relación de cercanía y

cotidianidad que los vincularía con los magistrados cuya resolución son llamados a revisar.

Por lo demás, reiteró los motivos por los que consideró vulnerado el principio de congruencia respecto de la intimación cursada a su defendida y los términos de la sanción penal recaída y, como planteo subsidiario, calificó a la sentencia recurrida de auto-contradictoria por haber establecido la existencia de un concurso ideal entre un delito culposo (art. 189 del C.P.) y uno doloso (art. 249 del C.P.). Finalmente, consideró que la acción penal respecto de su defendida se encuentra prescripta, no obstante lo cual postuló que, en subsidio, debe tenerse en cuenta a los efectos de reducir el monto de la pena o eximir directamente a su asistida del cumplimiento efectivo del período remanente, que el fin de resocialización a la que debe propender toda imposición de castigo penal habría desaparecido y que, en razón de los padecimientos que habrían sufrido tanto ella como su hijo de seis meses durante el período de internación carcelaria, correspondería efectuar una "compensación".

El Ministerio Público Fiscal se presentó en los términos del art. 468 del C.P.P.N. y dictaminó en relación con los motivos de agravio traídos a estudio de esta Sala por los recurrentes, peticionando el rechazo de todos ellos. En particular, se refirió en primer lugar a los planteos de Ana María Fernández, alegando ante todo que los cuestionamientos de la parte al proceso de revisión ignoran que la Corte Suprema ya ha adoptado una decisión dirimente sobre la cuestión, cuya reedición y eventual modificación en esta instancia configurarían cuestión federal en los términos del precedente registrado en Fallos: 300:398 y sus citas. A su vez, consideró que el trámite establecido -que incluye la revisión amplia de la sentencia dictada por la Sala III y el eventual recurso extraordinario contra la decisión que aquí se adopte- garantiza a los imputados el ejercicio efectivo de su derecho a recurrir el fallo condenatorio, tal y como fuera interpretado por la Corte Interamericana



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

de Derechos Humanos en los precedentes "Mohamed vs. Argentina" y "Barreto Leiva vs. Venezuela".

Seguidamente, contradijo la alegada violación al principio de congruencia denunciada por la recurrente, postulando que la calificación legal aplicada en definitiva por los integrantes de la Sala III no entrañó una modificación de la base fáctica de la imputación que pudiera suscitar un menoscabo de su derecho de defensa (art. 18 de la C.N.). Por lo demás -en lo que respecta a la impugnación deducida por la recurrente Fernández-, opinó que corresponde rechazar el agravio relacionado con la supuesta violación a la garantía contra la múltiple persecución penal por el mismo hecho, en razón de que el antecedente esgrimido como obstáculo para el juzgamiento de los hechos objeto de este proceso -a saber, la causa n° 14.000/05 del registro del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 1- no guarda identidad procesal suficiente con la presente controversia como para configurar un supuesto de *bis in idem*.

Al referirse al recurso deducido por la defensa de Raúl Alcides Villarreal, el Ministerio Público Fiscal se concentró en el motivo de agravio esgrimido por la recurrente vinculado con la alegada ausencia de mayoría de fundamentos para respaldar la condena dictada a su respecto por la Sala III de esta Cámara. Contra esa apreciación de la defensa, el fiscal postuló que *"tanto el voto del Dr. Riggi como la Dra. Catucci han conformado mayoría en lo que atañe a la relevancia penal de la conducta emprendida por los imputados, discrepando únicamente con relación al contenido subjetivo de la conducta que correspondía aplicar (dolosa o culposa)";* mientras que esa segunda cuestión, vinculada con la tipicidad subjetiva del ilícito enrostrado, *"alcanzó la mayoría en la sentencia con el voto de la Dra. Ledesma"*. Propició así el rechazo del agravio, en la inteligencia de que *"la falta de concordancia no es tal, a punto que la sentencia conformó una unidad lógica exigible para las decisiones judiciales"* y que, en definitiva, *"los jueces sometieron el caso a deliberación y conformaron la*

mayoría necesaria para resolver todas las cuestiones sometidas [a su jurisdicción]”.

A continuación, el Ministerio Público Fiscal se expidió en relación con el recurso articulado por la defensa de Elio Rodrigo Delgado, Juan Alberto Carbone y Eduardo Arturo Vásquez. Propició en particular el rechazo de los cuestionamientos dirigidos por la recurrente contra el trámite de revisión ordenado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en estos autos, en virtud de que éste no reuniría los requisitos del derecho al recurso previsto en el art. 8.2(h) de la C.A.D.H., y por la supuesta configuración de un *bis in ídem* prohibido constitucionalmente. Al respecto, consideró en primer lugar que la defensa incurrió en contradicción al sostener que la Sala IV de este Tribunal no constituye un “tribunal superior” que pueda efectivizar el derecho al recurso amplio y, al mismo tiempo, postular que, en lugar del trámite adoptado, se debió disponer la realización de un juicio de reenvío que, a la postre, habría sido revisado de todos modos por una Sala de esta misma Cámara. Asimismo, remitiéndose a sus argumentos al dictaminar en relación con el recurso de Fernández, insistió con que el agravio pretende contradecir de manera inadmisiblemente una decisión adoptada por la máxima autoridad jurisdiccional de la Nación en este mismo proceso.

Por lo demás, atribuyó el motivo de agravio por supuesta violación al *ne bis in ídem* a una incorrecta interpretación de los precedentes de Fallos: 330:2265, 330:4928 y 298:736, invocados por la defensa en respaldo de su posición junto con la cita del fallo “Mohamed vs. Argentina”. En este sentido subrayó que, mientras que la doctrina del Alto Tribunal referida resultaría inaplicable al caso de autos en razón de las ostensibles diferencias fácticas y normativas entre aquéllos y el presente proceso, el fallo “Mohamed” habría avalado expresamente la facultad recursiva de las partes acusadoras contra la sentencia absolutoria, destacando que el trámite de revisión no puede considerarse en modo



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

alguno una reedición del juicio, prohibida por la Convención.

La fiscalía se refirió luego al recurso interpuesto por la defensa particular de Patricio Rogelio Santos Fontanet, Christian Eleazar Torrejón, Maximiliano Djerfy y Daniel Horacio Cardell. Respecto del planteo de inconstitucionalidad del proceso de revisión de la sentencia de la Sala III articulado por esa parte, el fiscal ante esta instancia advirtió en primer lugar que la recurrente no habría invocado ningún perjuicio concreto que le haya ocasionado el trámite establecido por esta Sala al decidir -por mayoría- hacer lugar parcialmente a su reposición. Asimismo, consideró que el planteo de la defensa deviene improcedente en la medida en que, a tenor del art. 169 del C.P.P.N., la nulidad pretendida encuentra su génesis en la conducta procesal precedente de la misma parte, que en esta oportunidad manifiesta que el trámite debió encarrilarse según lo establecido originalmente por decreto de la Presidencia obrante a fs. 74242.

A su turno, el representante del Ministerio Público Fiscal propició también el rechazo del agravio vinculado con la violación a la garantía de imparcialidad del juzgador en la que habrían incurrido los jueces Riggi y Catucci. En este sentido, adujo que los magistrados cuestionados *"intervinieron en el proceso en el marco del ejercicio de sus funciones y deberes específicos [por lo que] esta situación no puede erigirse como causal para su apartamiento, ya que no constituyó prejuzgamiento ni puede entenderse que se halle afectada su imparcialidad"*. A su turno, consideró que la supuesta manifestación de opinión extrajudicial en la que habría incurrido la jueza Catucci constituye la reedición de un planteo ya tratado y resuelto con anterioridad; y que, por lo demás, la recurrente no ha logrado motivar adecuadamente su pretensión, limitándose a la cita de una página de internet que no respalda su pretensión adecuadamente.

Por último, propició el rechazo de los motivos de agravio vinculados con la supuesta ausencia de mayoría

en los fundamentos de la sentencia condenatoria de la Sala III y la violación a la garantía contra la múltiple persecución penal con remisión a su dictamen sobre los recursos de Villarreal, Delgado, Carbone y Vásquez; y, referenciando su presentación en el término de oficina durante su intervención ante la Sala III, consideró que deben rechazarse los argumentos de la recurrente dirigidos a impugnar el rol de coorganizadores que ese Tribunal les atribuyó a sus defendidos.

A continuación, se refirió a los embates cursados por la defensa de Fabiana Fiszbin. Postuló que el planteo de prescripción luce desacertado en la medida en que la parte interpretó erróneamente los alcances de la sentencia dictada por la Sala III para interrumpir el curso del plazo relevante, en los términos del art. 67 del C.P. En efecto, consideró que *"al casar la decisión del Tribunal Oral en lo Criminal n° 24 y corregir la valoración de las circunstancias fácticas y jurídicas que corresponde asignar a los delitos investigados, se anuló el pronunciamiento dictado y con ello, los efectos procesales adquiridos"*.

En relación con la nulidad de la acusación pretendida por la recurrente, opinó que el fallo de la Sala III indicó con claridad *"los deberes asignados a los funcionarios públicos, entre los cuales se encuentra la imputada Fiszbin, el rol que les ocupó a cada uno de ellos y los reglamentos a su cargo que fueran inobservados"*. Por tal motivo, concluyó que el agravio traído a estudio resulta meramente conjetural y no ha entrañado un real menoscabo de su derecho de defensa.

Finalmente, en orden a la pretendida invalidez constitucional de la subsunción de una conducta omisiva en las previsiones del art. 189, 2° párrafo del C.P., consideró que la recurrente no ha logrado confutar los fundamentos de la Sala III al respecto. Citó, a su vez, precedentes de las distintas salas de esta Cámara que habrían admitido esa interpretación de delitos estructuralmente análogos a los aquí involucrados sin advertir la alegada violación al principio de legalidad.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

En relación con los agravios introducidos por la defensa de Gustavo Juan Torres, se remitió a lo sostenido precedentemente al referirse a la impugnación de la recurrente Fiszbin, y postuló del mismo modo su rechazo.

La defensa técnica de Gustavo Juan Torres presentó a su vez sus propias breves notas, ampliando los fundamentos de su impugnación original. Se refirió, en particular, a la arbitrariedad en la valoración probatoria que le atribuyó a la sentencia recurrida; y cuestionó la subsunción legal allí dispuesta, reiterando sus planteos en relación con la inconstitucionalidad del delito de incendio culposo por omisión por el que fuera condenado, así como los relativos a los déficits de motivación que, consideró, viciarían la decisión que le reprochó una infracción al art. 249 del C.P.

Por último, cuestionó el monto de la pena que le fuera impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 24, luego confirmada por la Sala III de esta Cámara, así como la constitucionalidad del trámite de revisión ordenado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Finalmente, la presentación de la defensa de Fabiana Fiszbin vino también a ampliar los fundamentos de su impugnación original. Así, reiteró su planteo de prescripción de la acción penal, propiciando la interpretación según la cual, desde el dictado de la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal n° 24, del 19 de agosto de 2009, no habría existido *"ningún hecho interruptor que pudiera permitir la suspensión del plazo de prescripción, de conformidad con lo establecido en el artículo 67, párrafo 4° [del C.P.]"*. Seguidamente, reiteró su planteo de nulidad de la acusación por considerarla indeterminada, así como la tacha de arbitrariedad de la sentencia del tribunal de mérito, aduciendo que no se sustentó en las constancias de la causa y que utilizó *"argumentos contrarios a los hechos probados"* (sic).

Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden

40
sucesivo de votación: doctores Gustavo M. Hornos, Juan Carlos Gemignani y Pedro R. David.

El señor juez Gustavo M. Hornos dijo:

I. La trágica y extrema gravedad social de los hechos objeto de juzgamiento, así como los planteos que atraviesan hasta hoy el trámite de la causa que debe una respuesta inmediata tanto a quienes se encuentran sometidos a proceso como a las víctimas y familiares que actúan como querellantes, presentan en definitiva complejidades que merecen un tratamiento integral.

En esa tarea, a los fines de lograr la máxima sistematicidad y claridad expositivas, desagregaré las cuestiones que abrieron la presente instancia y las agruparé siguiendo razones de orden lógico, atendiendo a la prioridad que posee cada una en el juicio de reproche penal. De este modo, en primer lugar corresponderá estudiar las objeciones que las partes dirigieron contra el procedimiento de revisión mismo del pronunciamiento condentario integrado por las resoluciones de la Sala III de esta Cámara Federal de Casación Penal dictadas con fecha del 20 de abril de 2011 (cf. fs. 69857/71480) y 17 de octubre de 2012 (cf. 71749/71805).

En segundo término, analizaré el conjunto de impugnaciones vinculadas con la subsistencia de la acción penal en el estado actual del proceso, y con el alcance de la jurisdicción de los magistrados convocados a pronunciarse a su respecto. Recién a continuación -y sólo en caso de que los agravios precedentes no resultaran procedentes- corresponderá dar tratamiento a los agravios expresados respecto de la valoración probatoria que respaldó la subsunción de los hechos acreditados en los tipos penales en juego, así como la corrección del juicio de adecuación típica en sí.

Abordaré luego el resguardo a la debida congruencia entre los actos que sostuvieron la hipótesis acusatoria y que debieron comprobarse en la condena; así como también, la que debe regir entre las partes propositivas y dispositivas de una sentencia.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Finalmente, analizaré las cuestiones vinculadas con la fundamentación de las penas fijadas a los condenados.

II. 1. Agravios relacionados con el proceso de revisión adoptado para las presentes actuaciones.

En su presentación de fs. 74381/74562, la defensa de Patricio Rogelio Santos Fontanet, Christian Eleazar Torrejón, Maximiliano Djerfy y Daniel Horacio Cardell planteó la nulidad absoluta (arts. 167, inc. 2° y 168 del C.P.P.N.) del proceso de revisión establecido por resolución de esta Sala IV del 5 de noviembre de 2014 (Reg. n° 2321/14.4). En esa dirección, consideró en primer lugar que la decisión de la Cámara Federal de Casación Penal, adoptada por mayoría en el Acuerdo General n° 6, del 6 de octubre de 2014, resultaba violatorio de la garantía de igualdad ante la ley, prevista en el art. 16 de la C.N.

Ello así, en la inteligencia de que la delegación que hizo el Tribunal en cada una de sus Salas para decidir el trámite que ha de darse a las cuestiones procedimentales correspondientes permite que coexistan “... tantos reglamentos del recurso emergente de la doctrina “Duarte” -con mayores o menores garantías recursivas- cuanto Salas existen de la Cámara Federal de Casación Penal” (fs. 74514). Asimismo, hizo énfasis en que el agravio que denunciaba no resulta meramente hipotético, en razón de que otra Sala de este Tribunal ya ha establecido, en el marco de la revisión de una condena dictada por esta Cámara de Casación, un régimen impugnatorio más amplio que el adoptado para estas actuaciones.

Subsidiariamente, cuestionó la decisión que adoptó la mayoría de esta Sala en la resolución del día 5 de noviembre de 2014, en la que se dispuso “...modificar y encausar el trámite de las presentes actuaciones en orden a las previsiones de los arts. 465 y 466 del C.P.P.N.” (cf. de esta Sala IV, Reg. n° 2321/14.4, citada *supra*), en tanto habría incurrido en una afectación a la

prohibición de *reformatio in pejus* y resultaría violatoria de los derechos de defensa en juicio.

Concretamente, consideró que la decisión adoptada por la mayoría de esta Sala, en oportunidad de resolver la reposición interpuesta contra el decreto de fs. 74242 del 29 de septiembre de 2014 –en el que se hizo saber a los recurrentes que podrían expresar sus consideraciones y agravios conforme lo establecido en el art. 463 del C.P.P.N.–, empeoró la situación de sus defendidos al poner los autos en el término de oficina (arts. 465, cuarto párrafo y 466 del C.P.P.N.) y reducir de ese modo las oportunidades de ejercer la defensa que el Código Procesal Penal de la Nación otorga a una persona condenada por un tribunal de juicio para exponer y desarrollar sus agravios.

En última instancia, adujo que en la raíz del motivo de su agravio subyace la observación de que “...una Sala del Tribunal Federal de Casación Penal no puede ser el órgano constitucional y legalmente competente para legislar el recurso que la Corte Interamericana de Derechos Humanos exigió garantizar en el caso “Mohamed vs. Argentina” (23/11/2012) y que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo suyo en este proceso (C.X.XLIX “Chabán, Omar Emir y otros s/causa n° 11684”, rta. el 5/8/2014)”; sino que, antes bien, “...ese procedimiento sólo puede ser regulado por la ley formal, emanada de los órganos legislativos competentes: el Congreso de la Nación como legislatura local (art. 75, inc. 30 CN)”.

En sentido similar se expidió a fs. 74618/74630 la defensa de Elio Rodrigo Delgado, Juan Alberto Carbone y Eduardo Arturo Vásquez, indicando que la condena dictada a su respecto por la Sala III de esta Cámara lesionó el derecho de sus asistidos a poder recurrir el pronunciamiento en los términos del art. 8.2(h) de la C.A.D.H.; situación que no resultaba subsanada con la revisión ordenada por la Corte Suprema en virtud de que el procedimiento recursivo no se encuentra previsto por la ley, y ello conlleva que cualquier decisión de este



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Tribunal al respecto entrañaría el ejercicio de funciones legislativas que le están vedadas constitucionalmente. En el mismo sentido, indicó que el tratamiento que pudiera darse en esta sede, de acuerdo al estado de las presentes actuaciones, resultaría violatorio del derecho a la presunción de inocencia de sus asistidos, así como también de la garantía que prohíbe el *bis in ídem*. A criterio de la parte, el procedimiento que debió ordenar la Sala III al entender en el marco de los recursos de casación deducidos por las partes acusadoras era el reenvío previsto en el art. 471 del C.P.P.N.

También coincidieron en impugnar el proceso de revisión las defensas técnicas de Gustavo Juan Torres -en su recurso de fs. 74587/74617, en el que adujo que la Corte Suprema de Justicia había desconocido los lineamientos emergentes del fallo "Mohamed" y, de ese modo, habían resultado afectadas las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso legal, así como también el derecho a la doble instancia judicial-; y la de Ana María Fernández, en cuya presentación de fs. 74631/74646 se agravió por considerar que las garantías contenidas en el art. 8.2(h) de la C.A.D.H. y del art. 14.5 del P.I.D.C.yP. habían sido interpretadas incorrectamente por la Corte Suprema, y que ya la Sala III de esta Cámara carecía de jurisdicción para dictar una condena o empeorar la situación jurídica de su defendida atendiendo a los recursos de las partes acusadoras, en la medida en que las normas procesales vigentes resultan ineficaces para garantizar un recurso amplio ante un tribunal superior.

Amén de impugnar la competencia misma de la Cámara en los términos expuestos precedentemente, los recurrentes cuestionaron también la *medida* de esa jurisdicción: en particular, el alcance que la Sala III dio a la revisión de las así llamadas "cuestiones de hecho y prueba" en la instancia casatoria. En este sentido, consideraron que la sentencia de condena dictada en esta sede excedió el marco de las atribuciones legales conferidas a esta Cámara, en tanto allí se señaló, en

repetidas oportunidades, que la valoración de la evidencia efectuada por el tribunal oral no había sido arbitraria y, no obstante, se apartó de sus conclusiones en relación con aspectos centrales de la imputación.

En última instancia, los recurrentes postularon que la circunstancia de considerar la sentencia del Tribunal Oral como un pronunciamiento jurisdiccional válido debió haber significado una "autolimitación" en orden a la evaluación de los hechos fijados por el tribunal oral del que no cabía apartarse.

Así las cosas, las objeciones deducidas discurren en dos órdenes argumentales, a las que me referiré de forma concatenada. En primer lugar, analizaré los argumentos dirigidos a cuestionar en general la competencia misma de esta Cámara de Casación para revocar una sentencia de absolución dictada por un tribunal de juicio y condenar sin reenvío, junto con el alcance y extensión de esa revisión. De la misma manera, estudiaré los argumentos orientados a impugnar la jurisdicción de esta Sala para entender en los recursos impetrados contra esas (primeras) condenas dictadas por otros integrantes del Tribunal, y para reglamentar el trámite correspondiente.

En segundo lugar, si esos agravios no fueran acogidos, corresponderá que me refiera al modo en el que el proceso de revisión fue adoptado en estas actuaciones en concreto para así decidir, en definitiva, si éste resulta consistente con las garantías de igualdad (art. 16 de la C.N.) y defensa en juicio (art. 18 de la C.N. y 8 de la C.A.D.H.).

1.i. Competencia de esta Cámara Federal de Casación para revocar una sentencia absolutoria y condenar sin reenvío ("casación positiva").

1.i.a. Facultad de condenar sin reenvío.

Ya he mostrado en anteriores pronunciamientos por qué una interpretación armónica del ordenamiento jurídico vigente no puede interpretarse en un sentido que impida a este Tribunal revocar, en el marco de un recurso



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

interpuesto por las acusaciones pública o privada, una absolución dictada por un tribunal de mérito y, correlativamente, condenar sin reenvío -lo que ha dado en llamarse el ejercicio de la "casación positiva". En ese sentido, afirmé que ello no afectaba las garantías de las partes en juego -específicamente la, así llamada, "garantía del doble conforme" o "derecho al recurso amplio contra la sentencia condenatoria, contenida en el art. 8.2(h) de la C.A.D.H.- pues la revisión, en tal caso, puede salvaguardarse arbitrando mecanismos revisores al efecto, como en el caso de autos.

Los argumentos que me condujeron progresivamente a esa convicción quedaron plasmados originalmente en mis votos en las causas de esta Sala IV, "DEUTSCH, Gustavo Andrés s/recurso de casación" (nº 12.260, Reg. nº 14.842, rta. el 3/5/2011) y "ESCOFET, Patricia s/recurso de casación", (nº 13.373 reg. nº 479/12, rta. el 10/4/2012), en los que me referí a la competencia jurisdiccional de esta Cámara Federal de Casación Penal para condenar en esta instancia. Sostuve en efecto que a esta Cámara le asiste, en caso de estimar procedentes los agravios denunciados por la acusación, la potestad de enmendar los defectos en los que pudo haber incurrido el tribunal anterior, a través del dictado de una condena con los alcances requeridos por la parte.

Afirmé entonces que una tesis en contrario tornaría inocua la revisión encomendada por el artículo 470 del ordenamiento legal adjetivo, que no establece distinción alguna en cuanto al recurso de casación del imputado o del acusador (cf. causa nº 8.456, "DOMB, Daniel Jorge y otros s/recurso de casación", Reg. nº 15.564, rta. el 9/9/11). La misma línea argumental profundicé en mi voto de la causa "MANSILLA, Pedro Pablo y otro s/recurso de casación" (nº 11.545, Reg. nº 15.668, rta. el 26/9/2011), al expedirme sobre el alcance de la revisión en esta instancia. Volveré sobre este último punto en el apartado siguiente.

En lo que es aquí directamente relevante, me pronuncié específicamente en el sentido de que limitar la

doctrina adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal" (Fallos 328:3399) sólo a hacer efectivo el derecho del imputado a obtener una revisión amplia y eficaz en caso de condena, implicaría desoír la vigencia de principios con jerarquía constitucional, contenidos en las cartas internacionales de derechos humanos que integraban nuestra Carta Magna, y que aseguraban el derecho a la tutela rápida y eficaz de los derechos de la víctima.

En esa dirección, sostuve que el derecho de defensa en juicio y la garantía a la tutela judicial efectiva de la víctima exigían que este tribunal de casación pudiera ejercer la facultad de dictar una sentencia de condena, sin que ello resultara contradictorio con el derecho del acusado a recurrir el fallo ante un tribunal distinto; pues, en efecto, tal facultad emergía como lógica consecuencia de las previsiones procesales en materia casatoria: los artículos 458 y 460 del C.P.P.N. que otorgaban al Ministerio Público Fiscal y a la parte querellante la facultad de recurrir la sentencia absolutoria dictada por el tribunal oral; los artículos 470 y 471 del citado cuerpo legal que indicaban cómo debían esos recursos ser resueltos por el tribunal; y en particular éste último, que establece que *"[s]i hubiera inobservancia de las normas procesales, la cámara anulará lo actuado y remitirá el proceso al tribunal que corresponda, para su sustanciación"*.

En efecto, se desprende de la lectura del artículo transcrito que el ordenamiento adjetivo prevé el juicio de reenvío sólo en casos de *"nulidad de lo actuado"*, por lo que pareciera que su ámbito de aplicación se circunscribe -al menos en principio- a aquellos casos en los que se verifique una infracción a las formas sustanciales del juicio (acusación, defensa, prueba y sentencia; cf. Fallos 321:2831, entre muchos otros). Sólo en esos casos será necesaria -y tendría sentido- la realización de un nuevo juicio.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

En cambio, es otra la solución legal “[s]i la resolución impugnada no hubiere observado o hubiere aplicado erróneamente la ley sustantiva”.

Este parece ser el caso en situaciones en las que la pretensión de la acusación no reside en alguna circunstancia que habilitaría un juicio de reenvío –pues no refiere, como vimos, a la inobservancia de alguna de las formas esenciales del juicio–, sino en una alegada inobservancia o errónea aplicación de la ley. El artículo 470 del código de rito prevé, así, que en tales casos el tribunal casará la sentencia, “...y resolverá el caso con arreglo a la ley y a la doctrina cuya aplicación declare”.

Ahora bien, la resolución de un caso puede adoptar dos formas alternativas: la absolución o la condena. Por ello, según el artículo 470 del código de forma, si la Cámara de Casación debe casar la sentencia y resolver el caso con arreglo a la ley y a la doctrina correspondiente, ello implica que se encuentra facultada para casar una sentencia absolutoria y para, si correspondiera de acuerdo a la ley y a la doctrina, dictar una sentencia de condena; pues recuérdese, su deber en última instancia es “resolver el caso”.

A la luz de los principios expuestos, la posibilidad de este Tribunal de enmendar las falencias del anterior a partir del dictado de la respectiva condena resulta indudable desde que, de lo contrario, carecería de sentido la revisión que ordena el ordenamiento procesal penal –que no efectúa distinción alguna en cuanto al recurso de casación del imputado o del acusador– si se entendiera que esta Cámara no tiene la competencia para resolver en consecuencia.

En el mismo sentido, puede interpretarse sin dificultad que la doctrina establecida por la Corte Suprema en la causa D.429.XLVIII. "DUARTE, Felicia s/ recurso de casación" ha confirmado también que el derecho a recurrir la sentencia absolutoria legalmente estipulado integra el derecho de defensa previsto en el artículo 18 de la Constitución Nacional. En ese orden, es doctrina

estable del más alto tribunal de la Nación que *"si bien el acceso del apelante a la segunda instancia no es requerido por la Constitución, integra la garantía de defensa en juicio cuando la ley lo ha instituido..."* (Fallos 303:1929 y sus citas).

Dado que en efecto las partes acusadoras cuentan con el derecho legal expreso de recurrir la sentencia absolutoria de un tribunal oral, la cuestión fue entonces dilucidar si una sentencia judicial que lo limita lesiona su derecho de defensa en juicio. En este sentido, como sostuve oportunamente, los nuevos parámetros emergentes de la incorporación a nuestro derecho del bloque constitucional de tratados internacionales de derechos humanos, obligan a concluir que asiste a los tribunales que actúan en la instancia revisora competencia para dictar sentencias de condena. En efecto, si bien el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva de la víctima ha adoptado gran protagonismo en la discusión jurisprudencial y doctrinaria de modo relativamente reciente, lo cierto es que ha sido reconocido hace ya mucho tiempo por la Corte Suprema en el conocido caso "Otto Wald", en donde se estableció la invariable doctrina de que la Constitución Nacional garantiza a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma (Fallos 268:266).

Esa prerrogativa se ha visto reafirmada con el fuerte impacto en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico argentino, producido por la reforma constitucional de 1994, al otorgarle jerarquía constitucional a los Tratados de Derechos Humanos enunciados en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional (cf. mi voto en el fallo Plenario n° 11, Acuerdo 1/06, "ZICHY THYSSEN, Federico; Ivanissevich, Alejandro s/recurso de inaplicabilidad de ley"). La reforma que se cita determinó un rumbo concreto en materia de la administración de justicia, postulando un compromiso igualitario a las partes del proceso en el acceso a ese servicio y a los derechos que de él emanan.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Entre sus fundamentos, cabe recordar que la Declaración Universal de Derechos Humanos establece, en su artículo 7, que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley. Asimismo, el artículo 10 del mismo cuerpo legal prevé que “[t]oda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones...”

En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8, de garantías judiciales, establece el derecho de toda persona a ser oído por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos.

La esencia de la garantía se repite en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -art. 14- y con carácter específico para cierta clase de crímenes, en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que importa el ejercicio de un derecho individual e independiente contra funcionarios públicos -art. 13-.

En el ámbito local, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado ampliamente esta garantía, al resguardar el derecho de la víctima a recurrir el fallo liberatorio con fundamento en los artículos 8, ap. 1° y 25 de la C.A.D.H. (cf. sentencia *in re* J.26. L. XLI, “Juri”, del 27/12/2006). Y también los tribunales internacionales han enfatizado la importancia de la garantía al acceso a la justicia, que requiere un recurso efectivo (cf. C.I.D.H. “HILAIRE; Comunidad Mayagna” del 21/06/2002, “Caso del Tribunal Constitucional”, “Cantos v. Argentina” del 28/11/2002; OC-16/99; TEDH “Keenan v. The UK”, 3/04/2001; “Golder v. The UK” del 21/02/1975; entre muchos otros).

El alcance reconocido jurisprudencialmente a este derecho al acceso a la tutela judicial ha sido el siguiente: no es suficiente un recurso meramente formal

ante la justicia, sino que se requiere uno efectivo; es decir, uno que brinde a la persona la posibilidad real de articular un recurso que sea sencillo y rápido. Correlativamente, cualquier medida que lo dificulte o entorpezca irrazonablemente constituye una violación a la garantía de acceso a la justicia.

Nuestro Máximo Tribunal también ha dejado en claro *“que la garantía de los derechos no puede ser efectiva si no se asegura un acceso real a la justicia”* (Fallos 324:1111). De este modo, no sólo debe garantizarse a la víctima la posibilidad de interponer un recurso contra la sentencia absolutoria sino que, además, este debe consistir en un remedio efectivo y rápido, que no se encontraría garantizado si la Cámara de Casación no tuviera la facultad de dictar una sentencia de condena; pues el único efecto posible de la interposición de un recurso de la parte acusadora contra la absolución sería su anulación y remisión para la realización de un nuevo juicio, que en algunos casos resultaría impracticable, devendría carente de sentido, o se vería afectado por una demora irrazonable que desnaturalizaría el derecho a la tutela judicial efectiva. Esta última hipótesis se encuentra indiscutiblemente verificada en las presentes actuaciones, cuyo debate ante el Tribunal Oral en lo Criminal n° 24 concluyó con el dictado de la sentencia definitiva del 19 de agosto de 2009, y su revisión por parte de la Sala III de esta Cámara se extendió hasta el 20 de diciembre de 2012, esto es, casi ocho años después de ocurridos los hechos juzgados.

1.i.b. Alcance de la revisión.

Sentado cuanto precede, en relación con la competencia de esta Cámara para revocar una sentencia absolutoria y dictar una condena sin reenvío, corresponde precisar el alcance de la revisión que puede tener lugar en esta instancia.

En este orden de ideas, las recurrentes han postulado aquí la tesis de que la revisión por parte de este Tribunal de las, así llamadas *“cuestiones de hecho y prueba”* se encuentra supeditada, cuando el recurso



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

proviene de una parte acusadora, a que la ponderación efectuada por el tribunal de mérito haya incurrido en arbitrariedad.

Como adelanté, empero, tal y como tuve oportunidad de señalar ya, entre otras, en la causa "Mansilla", esa tesis es errónea: antes bien, como concluí en aquél pronunciamiento y luego reafirmé en distintos precedentes, compete ciertamente a esta Cámara de Casación el control de *todas* aquéllas pruebas cuyo análisis no se vea imposibilitado en función de los límites propios de su naturaleza -es decir, aquéllas cuyo conocimiento provenga exclusivamente de la intermediación propia del debate-. Las razones que me llevaron a ese convencimiento fueron, en prieta síntesis, las siguientes.

Liminarmente, me referí a los lineamientos establecidos por la Corte Suprema en el multicitado fallo "Casal" ("Recurso de hecho, Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa -causa N° 168-", causa 1757, del veinte de septiembre del 2005), respecto del examen que corresponde efectuar en sede casacional de la sentencia pronunciada por el Tribunal de grado.

Repetidamente, gran parte de la doctrina y jurisprudencia de nuestro país limita la aplicación de la línea hermenéutica dispuesta en el citado fallo -que impone la revisión amplia en sede casacional- a los casos de condena. Esta línea argumental funda su posición en que la Corte Suprema habría basado su doctrina sólo en el derecho del imputado a someter el fallo condenatorio a un Tribunal distinto con una revisión amplia y eficaz en caso de condena -conforme a las exigencias de tratados sobre derechos humanos de jerarquía constitucional (en particular, el artículo 8.2 de la C.A.D.H.)-. De allí se concluye que, puesto que tal derecho no existiría en casos de absolución, la revisión amplia debe ejercerse sólo respecto de los supuestos de condena.

Sin embargo, este argumento parte de una interpretación parcial del fallo de nuestro máximo tribunal, puesto que el derecho convencional a recurrir

el fallo condenatorio no fue el único fundamento que utilizó la Corte para respaldar su doctrina de amplia revisión en sede casacional. Su decisión se basó también, por cierto, en una interpretación exegética del texto del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación, y en la imposibilidad de distinguir entre cuestiones de derecho y de hecho.

Esta multiplicidad de fundamentos que cimentaron la decisión citada fue expresamente reconocida por el máximo tribunal. En sus palabras: *“Dicho entendimiento [en relación con el alcance de la revisión] se impone como resultado de (a) un análisis exegético del mencionado dispositivo, que en modo alguno limita ni impone la reducción del recurso casatorio a cuestiones de derecho, (b) la imposibilidad práctica de distinguir entre cuestiones de hecho y de derecho, que no pasa de configurar un ámbito de arbitrariedad selectiva; (c) que la interpretación limitada o amplia de la materia del recurso debe decidirse en favor de la segunda, por ser ésta la única compatible con lo dispuesto por la Constitución Nacional (inc. 22, del art. 75, arts 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); (d) ser también la única compatible con el criterio sentado en los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”* (en realidad, puede interpretarse que la razón *d* forma parte de la *c*).

Como indiqué oportunamente, esa interpretación del texto de la ley no depende de quién sea el recurrente –el condenado o el acusador–, pues el mismo y único artículo rige la extensión del recurso de casación para ambas partes. Pretender interpretar literalmente el artículo 456 del código de rito de determinada forma para el condenado y de una distinta para el acusador es un sin-sentido, puesto que la interpretación exegética justamente desatiende cualquier consideración externa al texto de la ley, lo que impide que se condicione su



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

interpretación a consideraciones no establecidas, como, por ejemplo, el carácter de acusador o condenado del recurrente.

Asimismo, la Corte postuló que la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho es problemática ya que, si bien clara en teoría, enfrentada a los casos reales es poco menos que inoperante. El Tribunal sostuvo en efecto que en cualquier caso puede convertirse una cuestión de hecho en una de derecho y, viceversa, la inobservancia de una regla procesal -como puede ser el beneficio de la duda- puede considerarse como una cuestión de hecho. Por consiguiente, esta indefinición se traduce, en la práctica, en que si el tribunal de casación apela a la vieja regla de que no revisa cuestiones de hecho, queda facultado para conocer lo que considere "cuestión de derecho", o de no conocer lo que considere "cuestión de hecho". Semejante arbitrariedad contraría abiertamente al bloque constitucional. (En un sentido similar, ver Héctor M. Granillo Fernández y Gustavo A. Herbel, *Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires*, Tomo II, 2º edición, La Ley, p. 507; con cita de Jorge Nieva Fenolli, *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 121 y 141).

Así, incluso si el fundamento basado en el derecho al recurso de la sentencia de condena se aplicara sólo a los condenados, el resto de los fundamentos que sustentaron el fallo de la corte anteriormente citado se aplica también a los acusadores. Puesto que tales fundamentos son autosuficientes, en el sentido de que cada uno de ellos no es condición necesaria para arribar a la conclusión postulada, sino que es suficiente, la aplicación de la doctrina de "Casal" al supuesto de la revisión en caso de absolución aparece como evidente. Es que aun cuando el acusador no se encontrara amparado por la norma con rango constitucional, ello no obsta a que el legislador le conceda igual derecho.

Finalizó la Corte Suprema el fallo "Casal" diciendo "[q]ue en síntesis, cabe entender que el art.

456 del Código Procesal Penal de la Nación 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 inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas”.

La posibilidad de aplicar la doctrina del fallo “Casal” al recurso intentado por la parte acusadora fue tácita e implícitamente admitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Raffaelli” (S.C. R. 497. L. XLIII del 16/11/2009). En tal oportunidad, remitiéndose al dictamen del Procurador General de la Nación, el máximo tribunal rechazó la objeción relativa a la supuesta aplicación, en perjuicio del inculpado, del derecho de recurrir ante un tribunal superior, puesto que el tribunal de juicio no había fundado la concesión del recurso de casación de la parte querellante en el artículo 8.2(h) de la C.A.D.H., sino en ambos incisos del artículo 456 del C.P.P.N.

Agregó que “...si bien al momento de referirse a la causal prevista en el inciso segundo el tribunal aludió al pronunciamiento de V.E. Publicado en Fallos: 328:3399 [“Casal”], lo hizo para sostener **-de conformidad con lo expresado en aquella oportunidad-** que “...no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto, o sea, para que el tribunal de casación revise la sentencia para establecer si se aplicaron estas reglas y si esta aplicación fue correcta (inciso 22° de voto mayoritario), y concluir que una interpretación restrictiva del alcance de la materia de casación, con la consiguiente exclusión de las llamadas cuestiones de hecho y prueba, no sólo resultaría contraria a la ley constitucional sino a la letra expresa de la propia ley procesal...” (el resaltado me pertenece).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Así las cosas, en la medida en que los recurrentes no han objetado que la doctrina de revisión amplia desarrollada por la Corte Suprema en "Casal" en casos de recursos articulados contra condenas dependa de la arbitrariedad de la sentencia del tribunal de mérito - respecto de lo cual, por lo demás, prácticamente no existe discusión alguna, a diez años de dictado el fallo-, por las razones apuntadas precedentemente se impone la conclusión de que *tampoco* existen razones para excluir de esa clase de revisión a las sentencias absolutorias; y ello, por cierto, con prescindencia del carácter arbitrario o no de la sentencia que se revisa.

Como corolario de lo expuesto hasta aquí, encuentro que la decisión de la Sala III de esta Cámara por la cual revocó la absolución de los aquí recurrentes y los condenó sin reenvío para un nuevo juicio se enmarcó dentro de los límites jurisdiccionales que a este tribunal de casación acuerdan la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las leyes de procedimiento aplicables. Por ello, los embates dirigidos a cuestionar esa competencia y sus alcances deben ser rechazados.

1.ii. Competencia de la Sala IV para actuar como tribunal de revisión en estas actuaciones.

El sistema que garantiza el derecho a obtener la revisión amplia de la (primera) condena dictada en los términos precedentes por la Cámara Federal de Casación Penal se clausura y completa con la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos recaídos *in re* D.429.XLVIII. "DUARTE, Felicia s/ recurso de casación" y C.416.XLVIII "CHAMBLA, Nicolás Guillermo; Díaz, Juan Leonardo; Larrat, Esteban Martín y Serrano, Leandro Ariel s/ homicidio -causa n°242/2009"; a cuyos fundamentos remitió el Alto Tribunal al expedirse, en relación con los aquí recurrentes, en los autos C.1733.XLVIII, C.10.XLIX, C.11.XLIX, C.32.XLIX. y C.46.XLIX -todos ellos, pronunciamientos del 5 de agosto de 2014-.

En los mencionados precedentes "Duarte" y "Chambla", y sobre la base de lo decidido en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "Mohamed vs. Argentina" (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, del 23 de noviembre de 2012) la Corte convalidó la ingeniería recursiva que he ido explicando en los párrafos anteriores, al entender que resultaban válidas las condenas dictadas en esta sede, en la medida en que se garantice su revisión por otra Sala de este Tribunal.

Las partes recurrentes han objetado, empero, que la Corte Suprema interpretó incorrectamente los alcances del fallo "Mohamed" y, en particular, la lectura que la Corte IDH hizo en ese caso del derecho a un recurso amplio previsto en el art. 8.2(h) de la C.A.D.H. En particular, postulan que la revisión de la condena dictada por la Sala III de este Tribunal es impracticable mientras el Congreso Nacional (i) no reglamente el procedimiento y (ii) no establezca un tribunal jerárquicamente superior por ante el cual se sustancien los respectivos recursos.

Ahora bien, más allá de que, como correctamente dictamina el señor Fiscal General, la objeción intentada entraña una reedición de planteos ya dirimidos por el Alto Tribunal en estos mismos actuados -y cuyo acogimiento en esta instancia importaría un alzamiento contra un pronunciamiento de la Corte Suprema y, de ese modo, una cuestión federal en los términos del precedente de Fallos: Fallos: 300:398 y sus citas-, no puedo dejar de señalar la existencia de razones sustantivas que revelan la incorrección de la tesis propuesta por las defensas. Veamos.

1.ii.a. Plena operatividad del derecho al recurso previsto en el art. 8.2(h) de la C.A.D.H.

En primer lugar, cabe recordar que el propio Pacto de San José de Costa Rica establece, en su artículo 2 que **"Si el ejercicio de los derechos y libertades... no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos**



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

*constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (énfasis añadido), y que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado el deber de los jueces de acudir a disposiciones que les permitan morigerar aquellos efectos dañosos que representen un obstáculo al acceso a la justicia (cf. caso “Cantos v. Argentina”, citado *supra*).*

De manera concordante, nuestra Corte Suprema ha sostenido expresamente la tesis de la operatividad de los derechos emergentes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin que la omisión del Poder Legislativo de establecer un mecanismo en particular para hacerlos efectivos pueda erigirse como un obstáculo para su ejercicio. En efecto, en el precedente registrado en Fallos: 315:1492, sostuvo que *“...cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso”* (Considerando 20°).

En el mismo sentido, el Alto Tribunal recordó que en la Opinión Consultiva OC-7/86 la propia Corte IDH determinó que *“el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas, y no a facultar a los Estados para hacerlo”* (cf. Opinión Consultiva OC-7/86, “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta”, Serie A, n° 7, p. 13, par. 14).

A la luz de cuanto precede, no encuentro razones para rechazar el carácter plenamente operativo de la manda del art. 8.2(h) de la C.A.D.H., en la medida en que su texto establece, en lo relevante, que *“Durante el*

proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas [...] h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior"; recayendo, pues, sobre los jueces, el deber de establecer los mecanismos apropiados para hacerlo efectivo ante la eventual inactividad legislativa o administrativa en tal sentido.

1.ii.b. Inexigencia de que el tribunal de revisión sea un superior jerárquico.

Tampoco la alusión de la literalidad del art. 8.2(h) de la C.A.D.H. a que la revisión debe ser ejercida por un "juez un tribunal superior" puede erigirse como un obstáculo -como pretenden las defensas- para que, en línea con lo dispuesto por la Corte Suprema en el *sub lite* -por remisión a la doctrina adoptada *in re* "Duarte"-, sea esta misma Cámara la que, por intermedio de una sala distinta de la que intervino originalmente, haga efectivo el derecho al recurso amplio.

A este respecto, comparto y hago propio el razonamiento de la Procuración General de la Nación en el dictamen que emitió en "Duarte", a cuyos fundamentos remitió el juez Petracchi en su voto concurrente. En efecto, recordando el precedente de Fallos: 320:2145, la señora Procuradora sostuvo que "...[l]as garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los Estados contratantes, que asumen obligaciones, al suscribirlos, no respecto de otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (Fallos: 320:2145, considerando 6° del voto de la mayoría)".

Desde esa perspectiva -prosiguió el razonamiento de la máxima autoridad del Ministerio Público Fiscal- "...el derecho al recurso debe entenderse estrictamente como una garantía instituida en favor del acusado contra el error o la arbitrariedad, y no como un mecanismo de control burocrático de las decisiones de órganos inferiores. Una interpretación razonable de la cláusula convencional [del art. 8.2(h) de la C.A.D.H.],



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

entonces, conduce a la conclusión de que la referencia a que el derecho a recurrir el fallo condenatorio se ejerce ante 'un juez o tribunal superior' debe entenderse como la exigencia de que el órgano revisor pueda brindar garantías de independencia e imparcialidad suficientes para asegurar la satisfacción del fin al que apunta la regla del artículo 8.2.h de la Convención, y no como una obligación de asegurar la existencia de una estructura de tribunales organizados jerárquicamente".

En la misma causa "Duarte", retomando las conclusiones de la Corte Interamericana en el caso "Barreto Leiva vs. Venezuela", la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "...el derecho reconocido que prioriza la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 8.2.h. es el doble conforme en resguardo de la inocencia presumida, aun con la primer sentencia adversa, pues la propia Corte Interamericana excepciona la intervención de un tribunal superior - cuando no existe otro en el organigrama de competencias- aunque exige como único requisito que sean magistrados diferentes a los que ya juzgaron el caso los que cumplan con la revisión amplia (cfr. párrafo 90 del caso -de competencia originaria local- 'Barreto Leiva vs. Venezuela', Corte Interamericana de Derechos Humanos)".

I.ii.c. La normativa nacional e internacional que regula la revisión de la sentencia a cargo de esta Sala.

Ahora bien, sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, contrariamente a la tesis postulada por los recurrentes, advierto que el ordenamiento procesal positivo vigente sí prevé el procedimiento de revisión dispuesto por la Corte Suprema en estas actuaciones. Y no es otro que el trámite recursivo previsto en el Código Procesal Penal de la Nación, a partir de su artículo 456, para el recurso de casación.

En efecto, basta cotejar las normas relevantes para verificar que la procedencia de esta vía de impugnación depende centralmente de la clase de resolución de que se trate, y no del tribunal que la haya

emitido. Así, el art. 457 establece textualmente que, como mínimo, el recurso de casación podrá deducirse *"contra las sentencias definitivas y los autos que pongan fin a la acción, a la pena, o hagan imposible que continúen las actuaciones, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena"*. A ellas corresponderá adunar, en consonancia con la doctrina de Fallos: 328:1108 y concordantes, las decisiones frente a las cuales la Cámara de Casación interviene como "tribunal intermedio"; y aquellas en las lo hace para garantizar la doble instancia, aunque no estén incluidas en esa enunciación (cf. mis votos en las causas "LACROZE, David y otros s/recurso de casación" (nº 13.084, reg. nro. 14.901, rta. el 11/5/11) y "MELLIÁN AÑON, Eduardo José s/recurso de casación" (nº 10.436, reg. nro. 13.005, rta. el 26/2/10, entre muchos otros).

A su turno, en lo que es aquí relevante, el artículo 463 prevé que *"el recurso de casación será interpuesto ante el **tribunal que dictó la resolución**, dentro del término de diez (10) días de notificada..."* (énfasis añadido), sin realizar distinción de grado alguna.

Sólo el artículo 464 contiene una referencia al "tribunal de *alzada*" que, sin embargo, no obsta a la conclusión, por las razones ya desarrolladas *supra* al referirme a la inexigencia de que el tribunal revisor sea jerárquicamente superior al que emite la sentencia de condena.

En que, en última instancia, la mejor interpretación de la doctrina emergente de "Duarte" es aquella que la entiende como conclusión natural del sendero jurisprudencial emprendido por la Corte Suprema en pos de superar los obstáculos formales del recurso de casación que lo ponen en tensión con las exigencias de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que integran nuestra Constitución Nacional (cf. art. 75, inc. 22 de la C.N.). En efecto, ese camino, que comenzó con el precedente "Girolodi" registrado en Fallos: 315:518 - mediante el cual la Corte declaró la invalidez



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

constitucional de la limitación establecida en el artículo 459, inc. 2, del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena-; continuó con la sentencia recaída *in re* "Casal" (Fallos: 328:3399) -por la cual extendió la interpretación del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación de modo que al tribunal de casación le compete agotar su capacidad revisora "conforme a las posibilidades y particularidades de cada caso"; y que culmina, en el ordenamiento federal y nacional, con la sentencia dictada *in re* Duarte, por la cual, en definitiva, la Corte no ha hecho más que reafirmar la lectura según la cual la procedencia formal del recurso de casación no puede verse limitada por el hecho de que la sentencia a revisar haya sido dictada por el mismo tribunal, en la medida en que se asegure la intervención de jueces distintos que los que entendieron originalmente en el expediente.

Por lo demás, cabe señalar que la afirmación de los recurrentes en torno a que el Congreso de la Nación ha omitido adecuar la legislación interna a la doctrina del fallo "Mohamed" es al día de hoy, cuanto menos, inexacta, en vista de que el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (texto según ley 27.063) prevé el recurso de las partes acusadoras contra la sentencia absolutoria (cf. arts. 306 y 308), con su correspondiente revisión, precisamente a cargo de jueces distintos de los que intervinieron en la primera impugnación (art. 316, último párrafo).

En este sentido, si bien la propia ley 27.063 supedita su entrada en vigencia a los términos de la ley de implementación, lo cierto es que, en tanto expresión renovada de la intención legislativa, sus previsiones sirven para dilucidar la interpretación auténtica del texto vigente; y que, como se ve, respalda ostensiblemente la lectura que he fundamentado en los párrafos precedentes.

Por lo demás, las disposiciones normativas que refieren específicamente a la competencia de esta Cámara Federal de Casación Penal en razón del grado, la materia y el territorio –por ejemplo, el art. 30 *bis* del C.P.P.N. y el 72 *bis* de la ley 24.121, según la redacción de la ley 26.371–, la doctrina interamericana adoptada por la propia Corte Suprema en estos mismos actuados conduce a la necesidad de interpretar que esta Cámara se encuentra incluida entre los tribunales allí mencionados, cuando emite una sentencia condenatoria que debe ser revisada ampliamente para garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En definitiva, se impone concluir que la Cámara de Casación se encuentra facultada para efectuar, por intermedio de una Sala distinta de la que intervino originalmente en el trámite, la revisión de la primera condena dictada por el mismo Tribunal. En consecuencia, corresponde rechazar este aspecto de las impugnaciones deducidas.

1.iii. Validez del procedimiento de revisión adoptado para estas actuaciones en particular: Principio de igualdad y reforma en perjuicio de los recurrentes.

Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, el 29 de septiembre de 2014 dispuse, en ejercicio de la Presidencia de esta Sala IV: *"Con el objeto de mejor garantizar el derecho de defensa en juicio y otorgar a los recursos la naturaleza y el alcance que establece la doctrina jurisprudencial vigente (Cfr. C.S.J.N., in re: 'Duarte, Felicia s/recurso de casación', D. 429. XLVIII., rta. el 5/8/2014, 'Casal' - Fallos: 328:3399- y 'Di Nunzio' -Fallos: 328:1108-, entre otros), hágase saber a los recurrentes que podrán expresar las consideraciones y agravios que consideren pertinentes en el término de diez (10) días hábiles a partir de la notificación de la presente (Arts. 18 y 75 inc. 22º, C.N.; 8.2."h", C.A.D.H.; 14.5, P.I.D.C. y P.; y 456 y 463, C.P.P.N.)"* (cf. fs. 72424/74242 vta.).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Los fundamentos de esa providencia estuvieron dirigidos a otorgar la máxima celeridad al trámite, y respetar el rasgo adversarial del sistema recursivo, a fin de resguardar debidamente los derechos de las partes litigantes. Con ello me refiero, no sólo a los que asisten a los recurrentes, que de este modo tenían la oportunidad de circunscribir sus agravios con el mismo alcance que el recurso de casación legalmente prevé, sino también a la oportunidad que la ley le otorga a sus adversarios procesales -en el caso, representantes del Ministerio Público Fiscal y de las víctimas- de mejorar los argumentos del decisorio atacado y responder a los impugnantes, en los precisos términos en los que eligieran formular sendas pretensiones.

Aquella decisión, que asumí en mi condición de Presidente de esta Sala IV durante el trámite del caso - en cumplimiento de las obligaciones que le son inherentes a esa función-, fue luego revisada por la integración completa de la Sala en razón de la impugnación cursada a fs. 74306/74315 vta. por los doctores Oscar Marcelo Brito y Nicolás F. D'Albora, asistiendo técnicamente a Patricio Rogelio Santos Fontanet, Christian Eleazar Torrejón, Maximiliano Djerfy y Daniel Cardell.

En esa ocasión, la mayoría conformada por los jueces Gemignani y David resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de reposición interpuesto, revocar parcialmente por contrario imperio el auto de fs. 74242/74242 vta., modificar y encauzar el trámite de las presentes actuaciones en orden a las previsiones de los arts. 465 y 466 del C.P.P.N., notificando a las partes que en el término estipulado por la norma procedimental - diez días hábiles-, podrían desarrollar o ampliar los fundamentos de los motivos propuestos en la oportunidad de haber solicitado la revisión de las sentencias de la Sala III de esta Cámara Federal de Casación Penal, y en caso de resultar necesario por las características propias del recurso extraordinario, presentar nuevos agravios contra las resoluciones de fechas 20/4/2011 y

17/10/2012 de la Sala III de esta Cámara (cfr. fs. 74349/74354).

Así las cosas, se advierte que, si bien el sentido de la propuesta mayoritaria de esta Sala IV expresó que debía hacerse lugar parcialmente a los requerimientos de la parte, su consecuencia material ha sido establecer un sistema más restrictivo que fijado en primer término, en el auto que se debía revisar. Ello así, debido a que se decidió poner las actuaciones a disposición de las partes en el término de oficina previsto por el art. 465 del C.P.P.N., lo cual no solamente implica el cumplimiento de tiempos procesales más exiguos, sino que -y fundamentalmente- impide la sustanciación entre las partes y su confrontación procesal, del modo que expliqué más arriba.

En el caso, la contradicción argumental que debían entablar las partes de acuerdo al sistema originalmente establecido en el auto del 29 de septiembre (fs. 74242/74242 vta.) se reemplazó por la mera oportunidad de los impugnantes de presentar un recurso amplio, genérico, de límites difusos; y la ocasión de sus contrapartes de ampliar o defender los términos de la sentencia recurrida, pero sin la posibilidad de conocer el marco argumental (el *thema decidendum*) que plantearían las recurrentes.

Debe decirse que mientras se daba el recorrido procesal aquí descripto en las presentes actuaciones, la Cámara Federal de Casación Penal en pleno estudiaba el modo en que debía darse cumplimiento a la tarea encomendada por la Corte Suprema en "Duarte" de modo general.

Frente a la necesidad de establecer un mecanismo ante supuestos como el presente se han ensayado distintas respuestas por parte de los integrantes de este Tribunal convocados a esos fines, a fin de garantizar del mejor modo el acceso a los derechos de las partes. En la resolución del 5 de noviembre de 2014 y registrada bajo el número 2321/14 de esta Sala IV -ahora tachada de nula por la defensa de Fontanet, Torrejón, Djerfy y



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Cardell- he mencionado algunas vicisitudes inconvenientes en el trámite reglamentario que llevó adelante el Plenario de esta Cámara de Casación, y que no son más que el reflejo de lo arduo de la labor de compatibilizar la ley procesal existente con las garantías constitucionales cuya plena efectividad debemos afianzar.

Allí recordé que en el primer Acuerdo Plenario -del día 6 de septiembre de 2014- se resolvió *"que cada caso recibiría respuesta jurisdiccional por la Sala interviniente"* y, más de una semana después -el 16 de octubre de 2014- que *"...por mayoría se propuso dar respuesta jurisdiccional en cada caso (arts. 465 del C.P.P.N. [i.e., poniendo las actuaciones a disposición de las partes por el término de oficina para que las examinaran y desarrollaran o ampliaran sus fundamentos], 8.2.H CADH u 14.5 PIDCP)"*, sin que, por cierto, quien suscribe participara de la reunión o la deliberación referida.

Como he mostrado, empero, esa decisión adoptada por mayoría en Acuerdo General se encuentra francamente en tensión con las garantías procesales que rigen el procedimiento recursivo en materia penal, y por dos motivos: por un lado, porque se aparta de las previsiones que la ley vigente le acuerda a quienes han de impugnar una sentencia de condena y a sus contrapartes, en la medida en que no respeta las oportunidades y tiempos procesales para la interposición del recurso, su sustanciación y la ampliación de sus fundamentos (cf. arts. 463, 465 y 468 del C.P.P.N.), lo que podría entrañar una afectación al ejercicio efectivo del derecho de defensa en juicio, incluyendo el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa (cf. art. 18 de la C.N. y 8.2(c) de la C.A.D.H.

Y por el otro, porque establece distinciones arbitrarias, no sólo potencialmente entre los litigantes ante las distintas Salas de este Tribunal, como denuncian los doctores Brito y D'Albora, sino también entre los recurrentes que impugnan la primera condena dictada por

un tribunal oral o un juez correccional -quienes gozan de las oportunidades y tiempos que el código adjetivo les acuerda en sus artículos 463 y siguientes- y aquellos que recurren sentencias de igual tenor (v.gr., condenas) pero dictadas por esta propia Cámara, quienes entonces, de acuerdo con los términos del Plenario, sólo contarán con los derechos a fundar sus pretensiones que emanan de los artículos 465 y 468 del Código Procesal aplicable.

Así, dado que todos ellos -esto es, quienes resultan condenados por primera vez por un tribunal oral y aquellos que lo son por esta Cámara- gozan del mismo derecho a impugnar la sentencia condenatoria que les reconoce el art. 8.2(h) de la C.A.D.H. "en plena igualdad", establecer distinciones entre unos y otros podría comprometer seriamente la garantía de igualdad ante la ley (art. 16 de la C.N.) y exponer al Estado argentino, nuevamente, a ser responsabilizado internacionalmente por vulnerar las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De ahí que la decisión plenaria de esta Cámara resulte francamente desafortunada y, si bien corresponde estarse a lo allí resuelto por imperio del art. 10 de la ley 24.050, valga lo dicho como constancia de mi reserva personal. Pero más allá de la pertinencia y corrección de lo decidido en el Acuerdo General nº 6/14 - cuestiones respecto de las cuales me he pronunciado desfavorablemente-, lo cierto es que esa resolución ha sido posterior a la decisión primigenia adoptada por Presidencia en las presentes actuaciones; la cual, además, como ya he mostrado, resultaba más abarcativa de las prerrogativas de las partes, pues precisaba de un modo más adecuado los extremos necesarios para reencauzar el trámite casatorio y garantizar los derechos en juego.

También ha sido posterior, y más restrictiva, la decisión de la mayoría jurisdiccional que revisó -tras la interposición del recurso de reposición- lo resuelto en el ya mencionado auto de la Presidencia del 29 de septiembre de 2014 -fs. 74242-, en la medida en que



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

resultó, al menos, en una reducción de las oportunidades procesales de intervención originalmente reconocidas.

En este sentido, no puedo dejar de destacar también que diversas Salas de este Tribunal -incluso con posterioridad a la decisión tomada en Acuerdo General de esta Cámara- han dispuesto un trámite análogo al que establecí en el auto que luego fue objeto de reposición. Así, por ejemplo, tengo presente la causa CCC 5647/2010/TO1/1/CFC1 de la Sala III, en donde, por disposición de la presidenta Ana María Figueroa, con fecha del 20 de diciembre de 2014 se resolvió que *"En el plazo previsto por el artículo 463 del Código Procesal de la Nación, precise el recurrente los puntos de agravio que considere contra la sentencia atacada en forma escrita, para ser entregada al señor Fiscal General, quien podrá expedirse en el mismo término"*.

Asimismo, en esta Sala IV pero con una integración diferente, bajo la presidencia del doctor Eduardo R. Riggi se estableció en el marco de la causa CCC 65136/1997/TO1/CFC1, en lo que aquí es relevante: *"[hágase] saber a la parte recurrente que en el plazo previsto en el artículo 463 del Código Procesal de la Nación, precise los puntos de agravio que considere contra el fallo de fs. 1781/1796 en forma escrita, con copias para entregar a la Fiscalía interviniente y a la querrela, quienes podrán expedirse en el mismo término"*.

Ahora bien, no obstante lo expuesto hasta aquí, en consonancia con lo dictaminado por el señor Fiscal General ante esta Cámara corresponde subrayar también que, en las particulares circunstancias en las que se desarrolló este proceso en concreto, la parte que ahora se agravia no ha logrado demostrar que la decisión que en definitiva se adoptó por la mayoría de los integrantes de esta Sala IV haya mermado su derecho de defensa. Y ello así pues, notificadas oportunamente de la resolución de la Corte Suprema que, el 5 de agosto de 2014 ordenó a este Tribunal de Casación desinsacular nuevos jueces para garantizar la revisión amplia de lo decidido por la Sala III de este cuerpo, las partes contaron con un tiempo

para preparar una adecuada defensa ante esta instancia que no puede considerarse en modo alguno irrazonable -en los hechos fue mayor, incluso, que el habitual para el procedimiento casatorio- dadas las sucesivas prórrogas concedidas al efecto y a la posibilidad reconocida expresamente de que todos los agravios expresados serían tenidos en cuenta, independientemente de la oportunidad procesal en la que fueran articulados, en exceso aun de las limitaciones formales impuestas por el ordenamiento de rito.

Esas concesiones a la dura letra de la ley -impuestas por la naturaleza de las garantías involucradas y las particularísimas circunstancias de este proceso- han importado que en definitiva no se verifique en la especie menoscabo a derecho fundamental alguno, ni perjuicio para los intereses de las partes, todo lo cual determina que la declaración de nulidad pretendida devenga improcedente por faltar uno de sus requisitos esenciales (cf. arts. 168 y ss. del C.P.P.N.) y corresponda, correlativamente, rechazar la impugnación intentada.

2. Objeciones a la integración del tribunal: Imparcialidad del juzgador y ausencia de mayoría de fundamentos.

2.i.a. Impugnaciones.

Los letrados que asisten a Patricio Rogelio Santos Fontanet, Christian Eleazar Torrejón, Maximiliano Djerfy y Daniel Horacio Cardell propiciaron la declaración de nulidad absoluta (arts. 167, inc. 2 y 168 del C.P.P.N.) de las resoluciones del 20 de abril de 2011 (fs. 69857/70480) y del 17 de octubre de 2012 (fs. fs. 71749/71805), por entender menoscabada en ellas la garantía de imparcialidad del juzgador (cf. art. 18 de la C.N., 8.1 de la C.A.D.H. y 14.1 del P.I.D.C.yP.), en el sentido, y con el alcance, con que la ha interpretado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes de Fallos: 329:1491, 329:3034 y, particularmente, en la causa L. 117. XLIII. "Lamas, Pablo Fernando s/ homicidio agravado -recusación causa N° 2370-".



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Dirigieron sus embates, por motivos distintos, en primer lugar contra la intervención del doctor Eduardo R. Riggi y, en segundo término, contra la de la doctora Liliana E. Catucci. Por razones de claridad expositiva, empero, corresponde referirme primero en relación con esta última.

2.i.b. Respecto de la jueza Liliana E. Catucci.

Los recurrentes fundamentaron su pretensión de nulidad en el supuesto compromiso que -según manifiestan- la doctora Catucci habría asumido con los querellantes en una reunión que habría tenido lugar antes del dictado de las sentencias recurridas, y de cuyo contenido daría cuenta una publicación digital de un sitio web titulado "Crónica de la audiencia con la Jueza Liliana Catucci, en Comodoro Py". En esa misma oportunidad, añaden los impugnantes, la jueza habría adelantado su opinión sobre el caso extrajudicialmente (cf. Art. 55, inc. 10 del C.P.P.N.); todo lo cual, en definitiva, comprometía la imparcialidad con la que debía ejercer su jurisdicción.

La impugnación, empero, no puede tener acogida favorable ya en virtud de que el único elemento que la respaldaría resulta ser una publicación digital de internet tipo "blog", que constituye una expresión cargada de significados subjetivos interpretados, sin que quede aclarada su autoría, amén de resultar fácilmente utilizable y editable tanto en su fecha de publicación como en cuanto a la totalidad de su contenido. En definitiva, carente por completo de elementos objetivos que puedan revestirla de un mínimo de verosimilitud, mal puede resultar idónea para fundar la nulidad pretendida.

En efecto, la objeción intentada no logra trascender de lo puramente conjetural e hipotético, siendo completamente inhábil para fundar un temor razonable de parcialidad que comprometa la garantía constitucional invocada.

2.ii.b. Respecto del juez Eduardo R. Riggi.

En relación con el juez Eduardo R. Riggi, la defensa se agravió por considerar que, en la intervención

que tuvo en la decisión que el 1 de julio de 2009 revocó el sobreseimiento de Rafael Levy en el proceso en el que se investigaba su responsabilidad por hechos que guardan identidad con los que dieron origen a la presente causa (cf. Causa 9912, "Levy, Rafael s/ recurso de casación", reg. n° 914/09 de la Sala III), el magistrado habría efectuado consideraciones que demostrarían que *"antes de resolver las condenas de [sus] defendidos, [...] se había formado una opinión en torno a la existencia de los hechos y las responsabilidades penales"*.

En particular, los defensores indicaron que el juez expresó en esa oportunidad: **"...a la luz de la prueba rendida en autos y evaluada con la provisoriedad que caracteriza a esta etapa del proceso, no puede negarse que el acusado Levy coparticipó en la organización del recital de "Callejeros" la noche del 30 de diciembre de 2004, aportando -según el acuerdo societario que mantenía con Omar Chabán- el lugar („República Cromañon") en el que se llevaría a cabo el evento. De esta manera el actuar concertado con Chabán en punto a la organización del recital de „Callejeros" en los términos -reiteramos- del acuerdo societario que mantenían y que presuponía la utilización del salón de eventos pese a que el mismo evidenciaba importantes deficiencias en orden al nivel de seguridad que era esperable, es un motivo suficiente para convalidar su sujeción al proceso"** (En negrita en el recurso original de la parte, cf. pp. 281/282 de la presentación de fs. 74381/74565).

Entienden los recurrentes que el prejuzgamiento quedó configurado en la medida en que, al mencionar que **"el acusado Levy coparticipó en la organización del recital de "Callejeros" la noche del 30 de diciembre de 2004"** (esta vez, el énfasis me pertenece), el magistrado se estaba refiriendo a sus defendidos.

De manera similar, los recurrentes respaldan su pretensión de nulidad sobre la base de que el juez Riggi, en la causa referida, pero esta vez con relación al cohecho activo atribuido a Levy, sostuvo que: **"dando por válida la hipótesis de la sociedad entre Levy y Chabán,**



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

de ello resulta también la participación conjunta en las ganancias del emprendimiento, esto es, las utilidades netas que se obtuvieran luego de descontarse las correspondientes erogaciones. Y en ese aspecto, bien se ha señalado que el acusado Levy es una persona extremadamente meticulosa y cuidadosa en el manejo de sus negocios, de manera tal que lógicamente debería estar al tanto de esta cuestión, máxime cuando no se vislumbran motivos lógicos que conduzcan a pensar que los pagos espúreos (sic) le eran ocultados. Muy por el contrario, lo lógico y razonable es que Chabán le hubiera comunicado a su socio que de los ingresos brutos debían descontarse esas sumas, de manera tal de justificar ante su socio los montos monetarios que en definitiva se dividirían. Y no debe tampoco perderse de vista que esos pagos ilícitos eran claramente del interés de Levy, pues permitían la continuidad del emprendimiento en las condiciones en las que se estaban llevando a cabo” (el énfasis ya se encontraba en la presentación citada de fs. 74381/74565, cf. pp. 282/283).

En relación con este supuesto, por cierto, los recurrentes se agravan en la inteligencia de que fue un razonamiento análogo al que allí quedó plasmado el llevó al magistrado a concluir que sus defendidos conocían también (al igual que Levy) el destino de los emolumentos destinados a funcionarios de la Policía Federal con fines espurios. Ello revelaría, a su criterio, que el doctor Riggi ya se había formado una opinión sobre los hechos y el derecho aplicable al momento de expedirse en las sentencias aquí impugnadas, de modo tal que la solución condenatoria adoptada respecto de sus defendidos estaba, de alguna manera, tomada de antemano.

Ahora bien, esta Sala IV ha recordado y adoptado como propia en numerosas oportunidades -incluso, en este mismo proceso, en la resolución que obra a fs. 74233/74235, registrada bajo el número 1909/14.4- la doctrina de la Corte Suprema de Justicia establecida en Fallos: 328:1491, en relación con que “la garantía de imparcialidad del juez es uno de los pilares en que se

apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, en su vinculación con las pautas de organización judicial del Estado". En efecto, si de alguna manera puede presumirse por razones legítimas que el juez genera dudas acerca de su imparcialidad frente al tema a decidir, debe ser apartado del tratamiento del caso, para preservar la confianza de los ciudadanos -y sobre todo del imputado- en la administración de justicia, que constituye un pilar del sistema democrático.

Ello no obstante, he de recordar también que, como principio general, no puede erigirse como causal para el apartamiento de un magistrado -ni, correlativamente, fundar al respecto un supuesto de nulidad- su intervención en otro proceso en el que es llamado a pronunciarse en el marco de sus funciones y deberes específicos, ya que ello no constituye prejuzgamiento alguno ni puede entenderse que se halle afectada su imparcialidad (cf. doctrina de Fallos: 287:464, 300:380, 314:316, entre muchos otros).

Ese principio general, a su turno, encuentra por cierto un límite infranqueable en la doctrina establecida por el Alto Tribunal en el fallo recaído *in re "Lamas"* (causa L.117.XLIII, del 8/4/2008), cuyo *holding* establece que se afecta la garantía de imparcialidad del juzgador cuando los jueces "...se refirieron a la autoría y participación que a... [el imputado]... le cupo en los hechos, toda vez que al condenar a uno de los coimputados tuvieron por válidas una serie de afirmaciones fácticas que incluyeron al nombrado en los sucesos que se consideraron probados" (cf. causa "Godoy, Pedro Santiago y otro s/ recurso de queja", n° 14709, Reg. n° 517/12, del 16/4/2012, entre otros).

Trasladado el marco normativo reseñado a la impugnación bajo análisis, advierto que los recurrentes no han logrado demostrar que la intervención del juez Riggi en la causa "Levy, Rafael s/ recurso de casación"



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

(ya citada) tenga entidad suficiente para fundar la nulidad pretendida. Ello así, en la medida en que las consideraciones efectuadas por el magistrado en esa oportunidad no pueden entenderse en modo alguno referidas a la responsabilidad que eventualmente les atribuyó, en lo que aquí es relevante, a Patricio Rogelio Santos Fontanet, Christian Eleazar Torrejón, Maximiliano Djerfy y Daniel Horacio Cardell. En efecto, si bien el magistrado indicó que Levy habría "coparticipado" en la organización del recital del 30 de diciembre de 2004 - sugiriendo de ese modo, en efecto, que no habría sido el único- lo cierto es que no puede inferirse de esa expresión el sentido que los recurrentes pretenden atribuirle, pues nada indica que se tratara de ellos.

Consideraciones similares corresponde efectuar en torno al segundo tramo de la resolución transcripta - referida a la imputación por cohecho-, en tanto no se advierte allí tampoco referencia concreta alguna a los aquí recurrentes, ni a la responsabilidad que el doctor Riggi les atribuyó.

Pretender, como hacen los recurrentes, que las decisiones tomadas a la postre por los magistrados Riggi y Catucci en las sentencias bajo revisión sirvan de algún modo como respaldo de sus conjeturas, no entraña otra cosa que un razonamiento *post hoc* que contraviene las reglas más elementales de la lógica. Propondré al Acuerdo, entonces, rechazar también este aspecto de la impugnación intentada.

2.ii.c. Intervención del juez Riggi en la sentencia que determinó las penas impuestas.

La intervención del doctor Eduardo R. Riggi específicamente en la resolución del 17 de octubre de 2012 -en la que la Sala III entendió en los recursos de casación deducidos contra la sentencia del tribunal de mérito de fecha 29 de abril de 2011 y determinó las penas aplicables- también fue objetada por los recurrentes en la inteligencia de que, en ocasión de reenviar la causa al tribunal oral a los efectos de que precisara el monto de las penas que en concreto debían imponerse a los

condenados, el magistrado indicó que el *a quo* habría de tener en cuenta, en lo que respecta a los aquí impugnantes, "...a más de las circunstancias personales de cada acusado, la mayor o menor capacidad de evitación ostentada por los distintos integrantes del grupo, teniéndose en cuenta para ello cada situación, rol o función en particular y la ascendencia que podría tener en el resto del grupo y/o en los seguidores. Asimismo, tampoco se deberá pasar por alto el predicamento que cada miembro de la banda podría haber tenido al momento de decidir las cuestiones inherentes a su funcionamiento".

Sin perjuicio de ello, en línea con el dictamen del señor fiscal ante esta instancia no puedo de dejar de advertir que si bien la violación de la garantía de imparcialidad del juzgador entraña, como postulan los recurrentes, una nulidad de orden general, lo cierto es que no ha quedado patentizado en autos la conculcación de la garantía en juego. En este sentido, en primer lugar, ha de destacarse que la parte que ahora se agravia y pretende *ex post* la nulidad del procedimiento no ejerció tempestivamente los derechos de recusación previstos por la ley adjetiva (cf. art. 55 del C.P.P.N.), que no son sino la reglamentación de las garantías que gobiernan y limitan el procedimiento penal. Y sin un ejercicio oportuno de esas prerrogativas, que permiten a los jueces tomar conocimiento de la situación, efectuar el correspondiente descargo y deferir la decisión final en otros magistrados, la pretensión tardía de la nulidad corre un serio riesgo de desvirtuarse y, en lugar de preservar la incolumidad del debido proceso de ley, convertirse en un dispositivo de la parte desfavorecida para impugnar una instancia procesal respecto de la cual ha operado la preclusión.

Precedentes de la Corte Suprema como "Llerena", "Dieser" y "Lamas", invocados por los aquí recurrentes, difieren de las hipótesis aquí analizadas precisamente en que en todos esos casos las partes habían ejercido adecuada y tempestivamente sus derechos de recusación, cumpliendo así con el requisito de planteamiento oportuno



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

de la cuestión federal alegada al que está supeditada la admisibilidad del recurso extraordinario. La propia Corte, en efecto, ha rechazado planteos similares al aquí analizado sobre la base de razones de esta naturaleza. En efecto, en autos "De las Carreras, Daniel José Jaime c/ Shaw, Guillermo Enrique y otros" (causa D. 1598 L. XLI., del 14 de noviembre de 2006) estableció: *"Que corresponde declarar extemporánea la recusación deducida respecto de dos integrantes del Tribunal [...] pues se advierte que el planteo ha sido introducido sólo en el recurso de hecho cuando, de conformidad con la doctrina aplicable, la oportunidad apropiada para hacerlo era al interponer la apelación extraordinaria, acto procesal susceptible de abrir la instancia del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 313:519; 322:72 y 720; 324:4142; entre muchos otros)"*.

Por lo demás, cabe precisar que, conforme a los lineamientos ya expuestos al comienzo de este voto, la competencia de la Sala III para casar la sentencia y resolver el caso con arreglo a la ley (cf. art. 470 del C.P.) se extendía también, por supuesto, a la individualización de la pena en concreto en la misma resolución en la que determinó la responsabilidad penal de los aquí recurrentes (i.e., la de fecha 20 de abril 2011).

Así, si bien el reenvío al tribunal de origen dispuesto fue innecesario y pudo haber resultado en un dispendio jurisdiccional inútil, lo cierto es que al expedirse sobre la cuestión en el nuevo recurso de casación, los jueces Riggi y Catucci no hicieron más que ejercer una facultad que ya tenían previamente -pues el caso no se encuentra *resuelto*, en los términos del artículo 470 del C.P.P.N., sin la determinación concreta de las sanciones a imponer-; decisión que, por contar como un primer pronunciamiento condenatorio en los términos de la doctrina de los precedentes "Duarte" y "Chambla" (ya citados), quedaba sujeta a la revisión amplia que, en definitiva, tiene lugar en este fallo.

Corresponde, por lo expuesto, rechazar los planteos de nulidad intentados.

2.iii. Ausencia de mayoría de fundamentos.

Habré de referirme por último a las objeciones dirigidas contra la decisión de la Sala III de fecha 20 de abril de 2011 (fs. 69857/70480) por supuesta ausencia de mayoría de fundamentos, que la viciaría de nulidad.

Varias de las partes recurrentes se dolieron, en particular, por considerar que el voto de la jueza Ledesma entrañó una disidencia total y definitiva respecto de lo decidido por los jueces que votaron en primer lugar -Riggi y Catucci- quienes, a su vez, discreparon entre sí en relación con la calificación legal del hecho principal: mientras que el juez Riggi consideró que correspondía considerarlo una hipótesis de incendio doloso seguido de muerte (cf. art. 186, inc. 5º del C.P.), la jueza Catucci, advirtiendo que no se encontraban satisfechos algunos elementos de lo que, en su interpretación, entrañaba la comisión dolosa del hecho, propuso al acuerdo calificar la conducta como incendio culposo agravado por la causación de 193 muertes, del art. 189, 2º párrafo del C.P.

La impugnación referida, empero, no resiste el menor análisis. En efecto, más allá del lenguaje utilizado por los magistrados y el formato dado a su resolución, lo cierto es que toda decisión de un tribunal colegiado no es sino el reflejo de una deliberación previa en el que resulta necesario resolver las distintas cuestiones involucradas en la decisión final siguiendo un orden lógico. Así, por ejemplo, constituiría un absurdo que los jueces determinen la pena por la comisión de un delito sin haber alcanzado una decisión mayoritaria, primero, en torno a cuál fue el delito cometido.

De la misma manera, es evidente que la cuestión de la prueba y materialidad de los hechos juzgados posee prioridad lógica frente a la pregunta por su calificación legal y, como se desprende claramente de la sentencia cuestionada, el fallo refleja una deliberación y decisión mayoritaria sobre cada uno de esas cuestiones: sobre lo primero, los jueces Riggi y Catucci consideraron



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

conjuntamente que los hechos atribuidos a los aquí recurrentes habían sido probados durante el debate de acuerdo a los parámetros legales y constitucionales aplicables, alcanzando la disidencia de la jueza Ledesma sólo a esta cuestión.

Finalmente, frente a la discrepancia existente entre los primeros dos votantes en torno a la calificación legal de esos hechos, y habiéndose alcanzado una opinión mayoritaria respecto de la primera y lógicamente anterior cuestión de su materialidad, la jueza Ledesma formuló una adhesión simple a las consideraciones efectuadas en el sufragio de quien la antecedió en el orden de votación; todo lo cual -va de suyo- constituye un ejercicio lícito y regular de su competencia, que, por lo demás, se verifica en la práctica cotidiana de los tribunales colegiados, como resulta ser el caso de esta Cámara.

3. Vigencia de la acción penal. Prescripción de la acción y violación a la garantía del plazo razonable. Cosa juzgada.

3.i. Prescripción.

La defensa de Fabiana Fiszbin postuló la prescripción de la acción penal a su respecto argumentando que el hecho por el cual resultara condenada fue subsumido bajo la figura prevista en el artículo 248 del Código Penal, que prevé una pena máxima de dos (2) años de prisión. En sentido similar se manifestó la defensa de Ana María Fernández.

En esta dirección, las recurrentes recordaron que, el 19 de agosto de 2009, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 24 de esta Ciudad condenó a sus asistidas como autoras penalmente responsable del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público por lo que, a su entender, habría transcurrido en exceso y sin interrupciones el plazo de prescripción desde el dictado de esa sentencia condenatoria a la fecha, de conformidad con lo previsto en el art. 62 del C.P.

Asimismo, las partes solicitaron se declare la prescripción de la acción en orden a los delitos

previstos en los arts. 189, párrafo segundo y 249 del C.P. (incendio culposo seguido de muerte y omisión de cumplimiento de los deberes de funcionario público, respectivamente), por los que en definitiva fueron condenadas Fiszbin y Fernández por la Sala III de esta Cámara de Casación, en su decisión integrada por las resoluciones del 20 de abril de 2011 y del 17 de octubre de 2012. Al respecto, la defensa de Fiszbin afirmó: “[N]o existe hasta el día de la fecha ningún acto procesal idóneo que tenga entidad suficiente como para suspender o interrumpir el curso de la prescripción, desde la fecha en que se dictara la sentencia de condena aunque esta no estuviera firme, hasta el presente.”.

Ahora bien, en primer lugar, como correctamente dictamina el señor Fiscal General ante esta instancia, sin perjuicio de lo oportunamente resuelto por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 24 respecto de la calificación legal del hecho atribuido a Fiszbin y a Fernández, cabe recordar que la decisión aquí sometida a revisión resolvió, en lo pertinente, “...casar el punto dispositivo XXX del fallo [del Tribunal Oral que condenó a Fiszbin como autora penalmente responsable del delito previsto y reprimido en el art. 248 del C.P.], y en consecuencia por mayoría condenar a Fabiana Gabriela Fiszbin como autora penalmente responsable de los delitos de omisión de deberes de funcionario público en concurso ideal con incendio culposo seguido de muerte (artículos 45, 54, 249 y 189 2° párrafo del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación)”; y “...casar el punto dispositivo XXXII de la sentencia, y en consecuencia por mayoría condenar a Ana María Fernández como autora penalmente responsable de los delitos de omisión de deberes de funcionario público en concurso ideal con incendio culposo seguido de muerte (artículos 45, 54, 249 y 189 2° párrafo del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).” (cf. puntos dispositivos XIII y XIV de la resolución de fs. 69857/70480).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

De modo que, en efecto, en virtud de la decisión referida, el pronunciamiento original del tribunal de mérito fue dejado en este aspecto sin efecto pues, en ejercicio de la competencia atribuida por el Código Procesal a esta Cámara de Casación, los jueces que conformaron la mayoría consideraron que la resolución primigenia, que calificó las conductas de Fiszbin y Fernández como constitutivas del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público, había “aplicado erróneamente la ley sustantiva”. Correlativamente, siguiendo la manda del art. 470 del C.P.P.N. para supuestos de esta clase, este Tribunal en su anterior intervención casó la sentencia y resolvió el caso con arreglo a la ley, debiendo entonces estarse a sus términos para analizar el plazo de prescripción aplicable en estos autos.

Cabe destacar, en este punto, que el artículo 67 del C.P. -según la redacción de la ley 25.990- establece que la prescripción se interrumpe “*b) por el primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado*” (énfasis añadido); mientras que, en el inciso e), determina como causal de interrupción “*el dictado de sentencia condenatoria aunque la misma no se encuentre firme*”.

La diferencia entre ambos textos permite colegir que, si bien el legislador previó -sin que resulte válido presumir su olvido o inconsecuencia (cf. Fallos:303:1041; 304:794; 306:721, 307:518; 310:195; 312:1614; 313:1149; 314:458; 316:2390; 317:1820; 319:1131 y 320:2701, entre muchos otros)- que sólo el *primer llamado* a prestar declaración indagatoria posee virtualidad interruptiva, no decidió lo mismo para el caso de la sentencia condenatoria que, cuando es dictada por el tribunal de alzada entrañando una modificación tal que debe contar como una contra la que procede el recurso amplio previsto en el art. 8.2(h) de la C.A.D.H. -como resulta ser el caso-. Esa es precisamente la razón que justifica, en los términos del precedente de la Corte

Suprema "Chambla" (ya citado) la revisión amplia de esa sentencia ante esta instancia, y la razón por la cual, en definitiva, constituya el auto previsto en el inciso e) del art. 67 del C.P. ya citado a partir del cual corresponde analizar el plazo de vigencia de la acción penal.

Ahora bien, como he sostenido en diversos precedentes, cabe recordar que la extinción de la acción penal por prescripción se encuentra íntimamente ligada a la significación jurídico-penal del hecho objeto de juicio. En efecto, los plazos contenidos en el artículo 62 del Código Penal están establecidos en relación con la clase y monto de pena con las que se encuentren reprimidos los delitos de que se trate.

En el caso de autos, los jueces que integraron la mayoría en la sentencia dictada por la Sala III de esta Cámara, condenaron a Fabiana Gabriela Fiszbin y a Ana María Fernández como autoras penalmente responsables de los delitos de omisión de deberes de funcionario público, en concurso ideal con incendio culposo seguido de muerte (artículos 45, 54, 249 y 189, 2º párrafo del Código Penal, y 456 incisos 1º y 2º, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

En este sentido -y sin perjuicio de las consideraciones que realizaré al momento analizar en particular los agravios formulados contra los fundamentos del reproche penal que respaldaron el pronunciamiento condenatorio recurrido-, en lo que es relevante para el estudio de la cuestión traída a examen, la sentencia impugnada tuvo por acreditado que Fiszbin y Fernández, con pleno conocimiento de las advertencias relativas a la situación de peligro e irregularidad en la que se encontraban los locales de baile clase "c" (entre los que se encontraba "República Cromañón"), omitieron disponer las medidas necesarias, de acuerdo con sus respectivas funciones y responsabilidades, para lograr una adecuada inspección, oportuno seguimiento y correspondiente clausura, de la totalidad de los locales bailables existentes en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Aires que figuraban en el padrón de habilitaciones o, al menos, de todos aquellos sindicatos en el listado de Bomberos remitido al Defensor del Pueblo, entre los que se encontraba el local en donde tuvo lugar el trágico incendio que constituye el objeto central de estos actuados; todo ello en infracción a los deberes que les eran exigibles en virtud del poder de policía que les correspondía ejercer, respectivamente, en sendas calidades de Subsecretaria de Control Comunal del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Directora de la Unidad Polivalente de Inspecciones y Directora General Adjunta de la Dirección General de Fiscalización y Control.

Ello, a su turno -siempre en el razonamiento seguido por la sentencia, que analizaré en detalle en el apartado apropiado- importó la omisión de neutralizar el peligro de incendio que, a la postre, se realizó en el resultado típico.

Por su parte, si bien no se encuentra en discusión el modo en que concurren los tipos penales por los cuales se condenó a Fabiana Fiszbin y a Ana Fernández, entiendo que a los fines de evaluar el término de la prescripción corresponde hacer algunas precisiones al respecto. Así, en primer término, cabe recordar que el concurso ideal de delitos prevé el caso en que una sola conducta encuadra en dos o más delito; en tanto que, el concurso real prevé el supuesto de concurrencia de varios hechos independientes subsumibles en el mismo o en distintos tipos penales.

Ambos supuestos se encuentran receptados y regulados, respectivamente, en los artículos 54 y 55 del código penal, derivándose de cada precepto legal distintas consecuencias en relación con las escalas penales aplicables.

Se trata, en fin, de dos reglas, que poseen a su vez dos excepciones o correcciones: concurrencia ideal propia y concurrencia ideal impropia (aparente); y concurrencia real propia y concurrencia real impropia (delito continuado).

El concurso ideal propiamente dicho trata el supuesto de un hecho que presenta una doble o plural tipicidad o, más precisamente, pluralidad de disvalores. En otras palabras, refiere a una unidad de hecho que infringe, a la vez, más de una disposición penal.

La unidad de *hecho*, a su turno, no debe ser confundida con la unidad de la *acción* subjetivamente definida por quien la realiza, pues la atribución de sentido de un hecho ilícito es social, y no depende de la concepción unilateral que de ella tenga su autor. Asimismo, el *hecho* incluye el resultado de la modificación disvaliosa del mundo exterior.

Soler resalta que para interpretar el artículo 54 se debe recurrir directamente a su letra, en cuanto establece que *"Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare una pena mayor"*; que equivale a decir que la disposición se refiere a un solo hecho, y no a varios hechos interdependientes, lo que implicaría interpretar, en definitiva, el significado del concurso ideal por oposición al real. Es que el empleo de la voz *"independientes"* del artículo 55 del C.P., *"...era necesaria, ya que la teoría de la unidad de hecho (concurso ideal) no agota todos los casos de unidad de delito. En efecto, existen numerosas figuras delictivas que encierran dentro de sí una pluralidad de manifestaciones externas de la actividad: son los llamados delitos plurisubsistentes, existiendo además los casos complejos de subordinación a una sola figura por razón de alternatividad o de consunción, en los cuales la manifestación externa se presenta como una pluralidad de hechos naturales, aun cuando jurídicamente no se trate de hechos independientes; así como existen, finalmente, figuras complejas"* (cf. Soler, Sebastián: *"Tratado de Derecho Penal Argentino"*, t. II, pág. 294 y ss., Editorial Tea, Buenos Aires, 1967).

A la luz de estas consideraciones, corresponde resaltar que la conducta de Fiszbin en este caso constituyó un solo hecho -sostenido en el tiempo, al



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

menos desde que tomó conocimiento de la situación de peligro y hasta la ocurrencia del incendio, el 30 de diciembre de 2004-, traducido en una unidad de tiempo y lugar de ejecución que conceptualmente lo presenta como una sola y misma conducta que produjo una modificación en el mundo exterior.

En esa inteligencia es que debe analizarse el plazo de la prescripción, teniendo en cuenta el monto de pena previsto para el delito más grave que integra el concurso ideal y que define, de acuerdo con lo establecido en el art. 54 del C.P., la pena máxima aplicable; en el caso, el incendio culposo seguido de muerte, que contempla una pena máxima de (5) cinco años de prisión (cf. arts. 62, inciso 2º y 189, segundo párrafo del Código Penal).

Así las cosas, resulta ostensible que desde el último acto procesal con virtualidad para interrumpir la prescripción en el presente caso -que, en la hipótesis más favorable para la pretensión de la parte resulta ser la sentencia condenatoria dictada por la Sala III de esta Cámara el 20 de abril de 2011- no ha transcurrido el plazo de (5) cinco años previsto en el artículo 62, inciso 2º, del Código Penal, en función de los arts. 54, 189 2º párrafo, y 249 del C.P., lo que recién ocurriría el 20 de abril de 2016.

Corresponde por lo tanto rechazar este aspecto de los recursos interpuestos.

3.ii. Plazo razonable.

Subsidiariamente, la defensa de Fabiana Fiszbin postuló la violación a su derecho de ser juzgada en un plazo razonable argumentando que, aun en casos en que la acción penal se encuentra vigente (según los parámetros de la prescripción), resulta necesario poner fin a la persecución penal por afectación a la concitada garantía.

Por las razones que enunciaré a continuación, adelanto que este agravio tampoco puede tener acogida favorable. Veamos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido enfática en señalar, con sustento en la doctrina

sentada por diversos tribunales internacionales (cf. entre otros, C.I.D.H., caso 11.245, rto. el 1 de marzo de 1996, considerando 111; T.E.D.H., caso "Köing" -sentencia del 28/06/78-; Corte Europea, casos "Terranova v. Italia", res. del 4 de diciembre de 1995 y "Phoca v. Francia", del 23 de abril de 1996, entre otros) y también por tribunales extranjeros (como el Tribunal Constitucional Español, en el "Auto nº 219/1993 del 1 de julio de 1993"; y la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, voto del Juez Powell, en el caso "Barker v. Wingo", 407 U.S. 514), que la duración razonable de un proceso depende en gran medida de diversas circunstancias propias de cada caso, por lo que el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas no puede traducirse en un número de días, meses o años, sino que depende del análisis de la actividad llevada a cabo por los magistrados y las partes en el transcurso del proceso (cfr. el voto en disidencia del Ministro Fayt en el precedente K. 60. XXXIII. "Kipperband, Benjamín s/estafas reiteradas por falsificación de documentos -incidente de excepción previa de prescripción de la acción penal-", rto. el 16 de marzo de 1999; y el voto del Ministro Vázquez en el fallo "Barra, Roberto Eugenio Tomás", Fallos 327:327).

En este sentido, en el presente caso no se advierten -ni demuestra el recurrente- razones que permitan inferir que la duración proceso pueda ser calificada de excesiva a la luz de los parámetros relevantes para su evaluación, que he desarrollado *in extenso*, entre otros, al votar en la causa nº 8304 de esta Sala, caratulada "Balatti, Lidia Inés s/recurso de casación", del 7/11/08, reg. nº 11.013, a cuyos términos habré de remitirme en honor a la brevedad.

En este orden de ideas, he señalado que los criterios relevantes para determinar la razonabilidad de la duración del proceso son: (i) la complejidad del asunto investigado; (ii) la actividad procesal del interesado; (iii) la conducta de las autoridades judiciales (cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos,



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

caso "Suárez Rosero", sentencia del 12/09/97; y caso "Genie Lacayo", sentencia del 29/01/97), elementos a los que, conforme la doctrina interamericana vigente, corresponde añadir -según sea el caso-, (iv) la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada, con mención especial en la materia objeto de controversia (cf. caso "Valle Jaramillo", Serie C n° 192, sentencia del 27/11/2008, párr. 155 y caso "Kawas", Serie C n° 196, sentencia del 3/04/2009, párrs. 112 y 115).

Así, del estudio de las específicas y particulares características del trámite dado al presente proceso y lo previsto por el artículo 67, segundo párrafo, del Código Penal, no se advierte que su prolongación presente una demora tal que permita calificar de evidentemente irrazonable el plazo que ha demandado, y considerar afectados en consecuencia, los derechos de defensa en juicio y debido proceso, en cuanto están integrados por el derecho a obtener una rápida y eficaz decisión judicial. En efecto, sabido es que los hechos aquí juzgados giraron en torno a una de las mayores tragedias que haya enlutado al país en tiempos recientes, que se cobró la vida de 193 personas y dejó un saldo de miles de heridos.

El diligente esclarecimiento de un hecho de esta envergadura, así como la cuidadosa atribución o deslinde de reproche penal conforme a derecho -según corresponda- de personas a quienes se adjudica formas de intervención sumamente disímiles en un suceso cuya explicación causal, plurideterminada, ha sido especialmente compleja de dilucidar, es una tarea que el servicio de justicia le debe tanto a los acusados, como a las víctimas, sus deudos y la sociedad toda. Y ha sido precisamente el compromiso de garantizar un proceso justo y respetuoso de las garantías fundamentales de los aquí recurrentes, en consonancia con la doctrina más reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aquello que, al

mismo tiempo explica tanto la prolongación de este trámite como la razonabilidad de esa extensión.

En definitiva, pues, no se desconoce el derecho de los imputados a ser oídos judicialmente en un plazo razonable (art. 8º, inc. 1º, C.A.D.H.), pero tampoco se advierte desidia o desaprensión por parte de los órganos intervinientes en el tratamiento de esta delicada cuestión, tal que, en atención a todo lo dicho en los párrafos precedentes, configure un avasallamiento de las garantías que la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos le otorgan a toda persona, por cuanto no se verifica en el presente una prolongación injustificada del proceso (Fallos: 306: 1688 a contrario sensu y 1705), que permita considerarla como manifiestamente irrazonable.

3.iii. Cosa juzgada.

Las defensas de Fiszbin y Fernández se alzaron también contra la sentencia de la Sala III aduciendo que ambas habrían sido beneficiadas con un sobreseimiento firme en el marco de la causa nro. 14.000/05 del registro del Juzgado de Instrucción 1 de esta Ciudad, el cual, a criterio de las partes, versó sobre los mismos acontecimientos que constituyen el objeto de este proceso y de esa manera obtura la posibilidad de juzgarlos en estos actuados sin violentar la garantía contra la múltiple persecución penal.

Advierto ante todo que este agravio no constituye sino la reedición de un planteo que ya mereció una respuesta por parte de los integrantes de la Sala III de este Tribunal, sin que las recurrentes hayan logrado confutar, en sus presentaciones en esta instancia, los fundamentos del oportuno rechazo a su pretensión.

En efecto, tal y como destacaron -en este punto, por unanimidad- los jueces que intervinieron previamente en estos actuados, la causa de referencia involucró la investigación de la posible comisión de los delitos de enriquecimiento ilícito y asociación ilícita por parte de las nombradas, cuyo sustrato fáctico difiere ostensiblemente del que podría dar lugar a



responsabilidad por los delitos que se le atribuyen en estos actuados, sin que las recurrentes, insisto, hayan esgrimido argumentos nóveles, o incluso atendibles, que permitan conmover la decisión objetada. En ausencia, en fin, de la identidad de objeto que exige la configuración de la afectación al *ne bis in ídem*, corresponde rechazar el agravio intentado.

4. Responsabilidad penal de los recurrentes por el incendio ocurrido la noche del 30 de diciembre de 2004.

Sentado cuanto precede en los párrafos anteriores, corresponde a continuación analizar y dar respuesta a los distintos planteos que las partes recurrentes dirigieron específicamente contra la atribución de reproche penal a su respecto por la intervención que habrían tenido en la producción del incendio. A tal fin, reseñaré en primer lugar los antecedentes del caso junto con los hechos que tanto el Tribunal Oral en lo Criminal nº 24 como la Sala III de esta Cámara de Casación tuvieron por probados y que, por lo demás, no fueron cuestionados por las defensas. Seguidamente, me referiré al marco dogmático bajo cuyo prisma deberán estudiarse las impugnaciones a la atribución de responsabilidad penal, en todos los casos, por infracción al art. 189, 2º párrafo del C.P., cursadas por cada una de las defensas contra aquellos segmentos del fallo recurrido que sí fueron materia de agravio.

Dado que las impugnaciones cuyo estudio abordaré a continuación se dirigen, en su amplia mayoría, a cuestionar aspectos de la resolución de fs. 69857/70480 -asentada el 20 de abril de 2011 bajo el número 473/11 del registro de la Sala III de esta Cámara Federal de Casación Penal-, teniendo en cuenta su longitud (nada menos que 1250 páginas), salvo indicación en contrario efectuaré las citas correspondientes precisando el número de página de esa sentencia -cuyo original tengo a la vista al momento de redactar este voto, y cuyas copias se encuentran disponibles para su cotejo por distintos medios digitales-, en lugar de recurrir, como es

habitual, al número de foja de un expediente que ya acumula más de 74.000. Ello permitirá que tanto las partes recurrentes, como las víctimas de los hechos que son objeto de juzgamiento, sus familiares y la sociedad toda puedan confrontar de manera sencilla las transcripciones que necesariamente deberé efectuar y así, espero, facilitaré la comprensión de los motivos que informan la decisión que en definitiva habré de proponer que adopte el Acuerdo de esta Sala IV.

4.i Materialidad del incendio.

Ahora bien, como punto de partida para el estudio de los agravios introducidos por las partes comenzaré por reconstruir los hechos que la sentencia de la Sala III tuvo por probados y no fueron objetados por las aquí recurrentes. En este orden de ideas, el juez que lideró el acuerdo -y que, en este aspecto, contó con la adhesión de las restantes integrantes de la Sala- se remitió *"...a los fijados en la sentencia teniéndolos por válidos, dado que se ajustan a las constancias de autos"* (página 460 de la resolución 473/11, de la Sala III, que obra a fs. 69857/70480).

Así pues, en lo que aquí interesa, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 24 de esta ciudad tuvo por acreditado que *"el día 30 de diciembre del año 2004, en el local 'República Cromañón' sito en la calle Bartolomé Mitre 3.060 de esta ciudad, y en momentos en que el conjunto musical 'Callejeros' estaba ejecutando el primer tema del repertorio programado para esa fecha, siendo aproximadamente las 22:50 horas, un o unos sujeto/s no identificado/s arrojó o arrojaron hacia el techo uno o unos artefacto/s pirotécnico/s de tipo 'candela', cuyas ráfagas de fuego alcanzaron la parte superior del local, más precisamente el sector del techo frente a la cabina del 'disc-jokey', en el medio del salón e inclinado sobre las escaleras que conducen a los baños [...]"*.

Y continuó: *"La transmisión del potencial térmico del elemento pirotécnico que tomó contacto con los materiales revestivos del plano cobertor, entre los que se hallaban el tendido de una media sombra, espuma de*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

poliuretano y guata -todos combustibles-, desembocaron en el desarrollo de un foco ígneo, cuyo proceso combustivo derivó en la formación de una atmósfera nociva para la salud de todas las personas que estaban en el lugar [...]. La saturación del predio con gases de combustión hizo lo propio en las personas que estaban en el local, y al no ser controlado el foco ígneo, el público se vio obligado a dirigirse de manera intempestiva fuera del predio”.

No obstante, prosiguió el tribunal de mérito, *“...al estar el establecimiento colmado de gente, en cantidad excesivamente superior a la permitida, y con sus salidas en parte obstruidas y en algún caso ‘clasurada’, y tomando en consideración que al instante de iniciarse el incendio se cortó la luz de la parte interior del local” se configuró “una situación de peligro al que se vieron expuestas las personas”.*

El proceso combustivo y la consiguiente liberación de gases altamente tóxicos produjeron, a su turno, *“...distintos tipos de anoxia, a saber; anóxica -falta de oxígeno-, anémica -disminución de la hemoglobina generada por efecto del monóxido de carbono-, e histotóxica -provoca el bloqueo enzimático celular por acción del cianuro-”,* que, en última instancia, desembocaron en la muerte de un total de 193 personas que habían concurrido al recital. Respetuosamente recordaré aquí sus nombres: Yasmin Alejandra Abosaleh; Nicolás Alejandro Colnaghi; Osvaldo José Djerfy; Roberto Fabián Tolosa; Macarena Sol y Sebastián Ricardo Cwierz; Juan Ignacio Dieguez Lanata; Carla Alejandra Giovannini; Gastón Guillermo García; Martín Sebastián Juillerat Arias; María Sol Urcullu; María Belén y Alicia Santonocito; Nicolás Adrián Sillak; Osvaldo Zapata Oldemar; Jorge Emiliano Ramón Giralt; Gastón Eduardo Amaya; Sergio Javier Ruiz; Jonathan Daniel Lasota; Jorge Maximiliano y Mariela Gisele Arnaldo; Roberto Gabriel Ibañez; María Victoria Azaar; Analía Marcela Gómez; Lucas Gabriel Pérez; Laura Gimena Fernández; Silvia Emilce Rivadeneira Sanabria; Martín Javier Confino; Sebastián Ángel Bonomini; Hugo Alejandro Zamudio; Sergio Antonio

Escobar; Eduardo Rubén Belzunce; Pablo Gregorio Katz; Javier Andrés Vera; Mayra Elizabeth D'Agata; Juan Carlos Cortes Bolla; Marianela Haydee Rojas; Silva Jorge Manuel Pereira; Leandro Schpack; Pedro Antonio López; Romina Tamara Mangiarotti Branzini; Maximiliano Gabriel Luparello; Valeria Viviana Santillán; Lucía Propatto; Paola Analia Crivelli; Liliana Carmen De Rose; Marcelo Alberto Lamenza; Matías Ezequiel La Bella; Lucía Paz Dilva; Florencia Laura Diez; Fernando Horacio Medina; Nicolás Adrián Nieva; Facundo Sebastián Vázquez; Pablo Soraire; Carlos Nicolás Landoni; Mercedes Adelaida Gamarra; Lucas José Guzmán; Hernán Leonel y Eduardo Hugo Rodríguez; Erica Broggi; Lautaro Ezequiel Blanco; Leandro Hugo Migliaro; Fernando Luis Aguirre; Juan Pablo Alegre Babich; Julián Rozengardt; Rosa Beatriz Sandoval; Leandro Ezequiel Naun; Fernanda Rojas; Ariel Hernán Malenosvsky; Zaida Violeta Buitron; Edwin Carlos González Torrico; Noelia Silvina Lanas; José Leandro Avalos; Osvaldo Ruiz Kannemann; Carolina Valeria Ragonese y Coman; Cristian Mariano Viegas Mendes; Sebastián Pablo Farreras; Leonardo Gabriel Cruz; Juan Ignacio Feroselle; María Celeste Peón; Gustavo Ariel Zerpa; Matías Nicolás Calderón; Walter Jorge Pata; Griselda Noemí Ramírez; Marta Teresa Jara Varela; Yamila Luciana Guevara; Sebastián Alejandro Fernández Helbich; Leonardo David Chaparro; Luis Alberto Santana; Florencia Soledad Flores; Sergio Avendaño; Alejandro Cristian Renna; Darío Sebastián Yanni; Federico Ezequiel Mastrangelo; Mariano Nicolás Medina; Analía Noemí Flores; Maria Soledad Canziani; Gustavo Alberto Belascuain; Romina Stempler; Julio Alberto Leiva; Daniel Mario Mazzeo; Liliana Noemí Escalante; Eduardo Cristian Frias; María del Monserrat Pérez González; Mongues Derlis Aurelio Espínola; Marisa Mabel Díaz De Longo; Adolfo Ezequiel Agüero; Paola Carolina Linares; Alejandra María Trujillo; Florencia Soledad Díaz; Daiana Hebe Novoa; Mariana Elizabeth De Olivera; Roberto Daniel Calderón; Gisela Rebeca Barbalace; Mauro Leonel Orrego; Leonardo Pablo Torba; Elisa Valeria Mazzurco; Mario Ramón Torres; Patricia González Cedrés; Claudia Beatriz Giofre; José



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Luis Gambessini; Guido Nicolás Del Canto; Abel Rodolfo González; Walter Eduardo Zacarías; Iara Agustina Antón; Gabriela Alejandra Borrás; Irene Cecilia Noboa; Viviana Natalia Villalba; Mariano Alexis Benítez; Guido Musante; Solange Milagros Bordón; Ignacio Esteban y Ricardo Cordero; Romina Yamila Flores; Diego Aníbal Fernández; Alicia Edith Fretez González; Romina Rocío Castro Fuentes; Gloria Marina Cabrera; Cristian Rojas; Pedro Gabriel Espinosa; Carol Becker; Esteban Rolando Lucas; Federico Nahuel González; Mariano y Verónica Valsagiaco; Emiliano Marcelo Righi Rodríguez; Jorge Mansilla; Milena Andrea Aramburu; Evaristo Ignacio Mendieta; Debora Yael Ortiz; Yaquelin Karina Santillán; Adriana Inés La Via; Pablo Sebastián Fucci; Alejandro García; Luisana Ailén Ledesma; Federico Pablo Molteni; Pablo Adrián Zalazar; Franco Ferreyra; Luca Matías Gavilan; Edgardo Horacio Conte; Gustavo Javier Marchiano; Nayla Soledad Fernández; Alejandra Marina Silva; Ana Laura Oviedo; Cecilia Lorena Romieux; Abel José Cantale; Estefanía Mendive; Marcelo Alejandro Taborda; Walter Abel Maximiliano Solis; Pablo Emanuel Gómez; Sofía Mariana Segovia Ríos; Oscar Andrés Funes; Diego Reinaldo Maggio; Silvia Gabriela Cabrera; Erica Elizabeth Lizarraga; Jonathan Iván Torres; María Angélica Cabreli; José Luis Zarate; Paula Natalia Antón; María Lidia Vitale; María Laura Bello; Sebastián Juárez; Pedro Tomás Iglesias; Silvia Noemí Ranieri; Selva Soledad Baratta; Mario Abel Torres; Mariana Sirota; Bárbara Daniela Yanni; Sofía Victoria Morales; Agustina Ruzyckys; Julián Cayón; Alejandro Nicolás Flores; y Nelson Pereyra Silva.

Por su parte, el Tribunal Oral consideró que el fallecimiento de Gerardo Humberto Rossi (legajo n° 194) no tuvo relación causal directa con el episodio, por los motivos que constan en la página 2007 de la sentencia de fs. 66216/67442. Esta cuestión no es objeto de revisión en esta instancia.

Según se acreditó, por lo demás, el incendio provocó también lesiones de diversa magnitud a mil cuatrocientas treinta y dos (1432) personas, dentro de

las cuales se cuenta a Rossi (cf. pp. 1845/1863 de la sentencia del TOC n° 24 obrante, como ya se dijo, a fs. 66216/67442).

En definitiva, concluyó el tribunal de mérito, *"las circunstancias fácticas reseñadas, permiten concluir, sin hesitación, que el supuesto de hecho acaecido el 30 de diciembre de 2004, se trata de un incendio típico subsumible en el artículo 186 del Código Penal, en tanto se verificaron las notas de 'fuego peligroso' y de peligro común para bienes o personas que caracteriza a la figura"*, agravado por haber sido causa directa de la muerte de 193 personas (cf. art. 186, inc. 5° del C.P.).

En la medida en que la reconstrucción de los hechos relatados hasta aquí no fue objeto de críticas, tampoco, por parte de los recurrentes, resultan innecesarias ulteriores consideraciones al respecto. En todos los casos, en efecto, las impugnaciones que se analizarán en los párrafos que siguen se orientaron a cuestionar la atribución de responsabilidad penal por esos sucesos que efectuó la Sala III de esta Cámara, revocando de ese modo sendas absoluciones dictadas por el Tribunal Oran en lo Criminal N° 24.

4.ii Calificación legal

Ahora bien, por mayoría, la Sala III consideró que la significación jurídica que correspondía asignarle a la intervención en el suceso narrado que, según determinaron los jueces, tuvieron los aquí recurrentes Fontanet, Torrejón, Djery, Cardell, Vásquez, Carbone, Delgado, Torres, Fiszbin y Fernández, es la de una infracción a la norma del art. 189, 2° párrafo que, en lo relevante, tipifica la conducta de quien, por acción u omisión culpable, causa un incendio que pone en peligro de muerte a alguna persona o efectivamente la produce. Es necesario efectuar algunas precisiones al respecto.

En primer lugar, cabe hacer notar que se trata de un delito de puesta en peligro concreto (o "delito de resultado peligroso") cuya tipicidad objetiva se satisface con la producción (objetivamente imputable) de



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

un incendio o estrago peligroso para la vida; esto es, sin que sea estrictamente necesario que el incendio en efecto *cause* la muerte. En este sentido, la estructura del ilícito puede entenderse como la criminalización de lo que, de otro modo, cabría considerar como supuesto de tentativa de homicidio imprudente (impune, atendiendo a la regla del art. 42 del C.P.) causado por un medio especialmente peligroso, como lo es la producción de un incendio (ver, al respecto, Jakobs, G., "El delito imprudente", en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Civitas, 1997, pp. 171-172).

Dado que la norma prevé la misma escala penal - de un mes a cinco años de prisión- tanto para la causación del resultado de puesta en peligro de la vida humana, como para la definitiva afectación de ese bien jurídico (recogiendo de ese modo una estructura objetiva sustancialmente análoga a la de los correspondientes delitos de incendio doloso tipificados en los incisos 4º y 5º del artículo 186 del C.P.), resulta sensible interpretar que, cuando se está en la segunda hipótesis - i.e., resultado de muerte efectiva- la pena que corresponderá imponer, eventualmente, deberá ubicarse en la franja superior de la graduación; quedando reservado el margen inferior para los casos de incendio peligroso para la vida sin esa cualificación por el resultado lesivo.

Asimismo, en tanto cláusula de responsabilidad por imprudencia, es del caso recordar que el delito del art. 189, segundo párrafo del C.P. se realiza mediante la infracción a una norma de cuidado *debido* (cognoscible) con virtualidad suficiente para producir algunos de los resultados descriptos en la norma -peligro de muerte, o muerte efectiva-; sin perjuicio de que esos resultados *no* integren los elementos del tipo en sentido estricto, sino que operan como una condición objetiva de la punibilidad de esa infracción al cuidado exigible.

Por último, vale recordar que en todos los casos la atribución de responsabilidad por infracción al art. 189, 2º párrafo del C.P. efectuada por la Sala III

de esta cámara fue en su modalidad omisiva -y de ese modo, congruente con la pretensión de los acusadores y, más centralmente, con la manera en la que los acusados organizaron sus defensas-.

Corresponde entonces realizar algunas consideraciones acerca del marco dogmático de esa clase de delitos, a la luz del cual habrá de estudiarse el alcance de los agravios deducidos contra la condena. No obstante, dado que algunas de las partes recurrentes -en particular, las defensas de Gustavo Juan Torres, Fabiana Gabriela Fiszbin y Ana María Fernández- han objetado que la interpretación del delito previsto en el art. 189, 2º párrafo como delito de "comisión por omisión" resulta violatoria del principio de legalidad (art. 18 de la C.N.) -en particular, en su expresión como requisito de *lex stricta*, que prohíbe la interpretación por analogía *in malam partem*-, me referiré en primer lugar, brevemente, a esta cuestión.

En efecto, la defensa de Ana María Fernández postuló en primer lugar que *"los delitos de 'comisión por omisión' resultan altamente conflictivos en relación al respeto del principio de legalidad. En nuestra legislación no existe ninguna fórmula general de equivalencia (tal el caso del art. 11 de Código Penal Español) y este extremo ha sido puntualizado [en la disidencia de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni en el precedente de Fallos: 330:4945]."*

Asimismo, y en subsidio, prosiguió argumentando que *"De igual manera, la aplicación del delito de 'comisión por omisión' en el tipo penal previsto en el art. 189 del C.P., en cabeza de funcionarios públicos que no detentaban (sic) una posición de garante específica, importa una analogía in malam partem en contra de mi defendida [puesto que] cuando el legislador consideró necesario tipificar omisiones penalmente relevantes concretadas por funcionarios públicos lo hizo expresamente, tal el caso del art. 144 cuarto del C.P..."* (fs. 74173/vta., a las que remitió la presentación de la



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Defensa Pública Oficial en su recurso ante esta instancia).

En sentido similar se manifestó la defensa de Fabiana Gabriela Fiszbin a fs. 74255/74316 vta. y lo propio hizo la de Gustavo Juan Torres en su recurso de fs. 74584/74617.

Ahora bien, tal y como fue señalado en la audiencia de informes celebrada el día 16 de julio de 2015 tanto por el Fiscal General ante esta Cámara de Casación como por la querella encabezada por el doctor Iglesias, el agravio no puede tener acogida favorable dados los términos de la normativa en los que ha quedado comprendida la conducta de los recurrentes. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de los delitos dolosos del Código Penal -entre ellos, el homicidio del art. 79 y el incendio doloso seguido de muerte del art. 186, inc. 5º del C.P. en cuyas previsiones algunas partes acusadoras pretendieron encuadrar la conducta endilgada a los aquí recurrentes-, la tipificación de los delitos que sólo exigen para el juicio de adecuación subjetiva alguna forma de culpa como estado mental -como el previsto en el artículo 189, 2º párrafo del digesto de fondo- suelen prever *expresamente* (y es así efectivamente en este caso) elementos omisivos: así, al menos, la inclusión en el artículo analizado de la voz "*imprudencia*" (omisión de actuar prudentemente en el desarrollo de actividades de otro modo lícitas) y, prominentemente, la "*inobservancia de los reglamentos y ordenanzas*" incluyen ostensiblemente la posibilidad imputar el resultado a una conducta omisiva ya dentro del sentido literal posible del lenguaje adoptado por el legislador.

En otras palabras, la viabilidad de interpretar válidamente un delito de la parte especial del Código Penal de manera tal que admita su comisión por omisión depende centralmente del modo en el que el artículo que los tipifica se encuentre redactado. En el caso del art. 189, 2º párrafo del C.P., así, la objeción intentada por las recurrentes -atendible como cuestión teórica general- carece de relevancia en la práctica concreta porque los

términos con los que el legislador delimitó los alcances del tipo admiten sin dificultad su atribución a una conducta omisiva (cf., por todos, Gullco, Hernán V., *Principios de la parte general del derecho penal*, 2º Ed., Del Puerto: Buenos Aires, 2010, p. 267).

Por lo demás, el ejemplo esbozado por la defensa de Ana Fernández en relación con el delito previsto en el 144 *quater* del C.P. mal puede servir como refutación de lo dicho hasta aquí, en tanto que refiere a una clase de delitos (tortura y la omisión de evitarla) que, en tanto delitos “especiales” sólo admiten, en principio, un círculo reducido de autores posibles, y nada tienen que ver con los ilícitos analizados en el *sub judice*. Ciertamente, nada en el texto del Código Penal obsta *ex ante* a que un incendio peligroso pueda ser atribuido tanto a un particular como a un funcionario público actuando en ejercicio de sus atribuciones.

Ahora bien, ingresando en el estudio en particular de los delitos que fueron objeto de imputación en estos actuados, resultará útil recordar, sintéticamente, que son distintas las estructuras de los tipos objetivos de los delitos de comisión y los de omisión, y, con ello, las exigencias dogmáticas, probatorias y de fundamentación respecto de sus extremos.

Como tuve oportunidad de explicar en mi voto *in re* “DEUTSCH, Gustavo Andrés s/recurso de casación” –ya citada–, al analizar el tipo penal del art. 196 del C.P. –cuya estructura de ilícito es esencialmente idéntica a la del delito previsto en el art. 189, 2º párrafo, con excepción del resultado (estrageo, e incendio peligroso, respectivamente)–, se suele afirmar que en la tipicidad omisiva no existe un nexo de causación *stricto sensu*, elemento que es reemplazado por el así llamado “nexo de evitación”. En efecto, como entre la omisión y el resultado no puede establecerse una relación de causalidad –al menos, en el más puro sentido naturalista de la expresión–, se exige, en su lugar, que con que la acción mandada el obligado hubiera podido, al menos, disminuir el peligro de producción del resultado.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

En otras palabras, se estará causando el resultado en este sentido normativo (i.e., "no evitando"), siempre que con la acción debida se logre demostrar que la probabilidad de su producción habría decaído. Así, la causalidad "omisiva" o "causalidad hipotética" no es sino un criterio de imputación objetiva del resultado a la omisión de la conducta debida, determinable con una posibilidad lindante a la seguridad.

La importancia de recordar esta distinción entre las conductas activas que causan *stricto sensu* y las conductas omisivas que sólo lo hacen en sentido normativo o hipotético encuentra un sustancial fundamento en las disímiles exigencias en la determinación de los sujetos responsables (competentes) en la comisión y en la omisión, en tanto estos últimos exigen: 1) la existencia de una situación típica, definida como aquella en la que el bien jurídico tutelado por la norma relevante se encuentra amenazado; 2) que el autor se encuentre en posición de garante de neutralizar esa amenaza; 3) la capacidad individual del agente de realizar la acción debida; 4) la omisión en sí; 5) el resultado prohibido; 6) y el ya recordado juicio sobre la probabilidad hipotética de la acción omitida respecto de la evitación del resultado (sobre la connotación de los tipos penales, y su verificabilidad y refutabilidad, *vid.* Ferrajoli "Derecho y Razón", 3ra. edición, pág. 121, Ed. Trotta, Madrid 1998).

En efecto, sabido es que no omite en sentido jurídico-penalmente relevante quien simplemente no neutraliza un peligro preexistente al que se halla sometido un bien jurídico, sino tan sólo quien se encuentre obligado a hacerlo: "*Autor de un delito de omisión sólo puede serlo el titular de un deber de responder de que se evite el resultado (deber de garante)*" (cf. Jakobs, G., "Derecho Penal, Parte General", Fundamentos y teoría de la imputación, segunda edición, traducción de Joaquín Cuello Contreras y J. Luis G. de Murillo, Madrid, 1997, página 968).

Se trata de una de las tareas más difíciles de la parte general del derecho penal, dado que el procedimiento de identificación del garante no se halla, por lo general, previsto en la misma ley. En general, la doctrina ha diferenciado las fuentes de la posición de garantía según se trate -en función de su contenido- de aquellas que están dirigidas a la protección de determinados bienes jurídicos o intereses frente a todos los peligros que los amenacen ("garantía de protección"), y aquellas en las que se trata de la evitación de todas las amenazas que provengan de una fuente de peligro determinada ("garantía de control o aseguramiento").

Sobre estas últimas, Stratenwerth identifica la posición de garantía respecto de lo que se ha dado en llamar el "ámbito de dominio", y se refiere tanto a los deberes legales vinculados con el control de una fuente de peligro, como al deber civil general de no generar riesgos en el tráfico jurídico que superen lo socialmente tolerable. Se trata del ámbito de dominio del sujeto.

En similar sentido, destaca Jakobs que "*[u]na teoría de las funciones, más moderna, ordena los deberes de garante de acuerdo a su contenido: Una parte de los deberes sirve a la defensa de un bien determinado contra procesos que afecten su existencia (deber de garante de protección, deber de garante de custodia); otra parte, a la vigilancia de una determinada fuente de peligros en favor de todos los bienes que potencialmente pueden resultar afectados (deber de garante de vigilancia, deber de aseguramiento)*" (op. cit., página 969).

En los delitos de omisión imprudentes -como el previsto en el art. 189 del C.P., en la interpretación que le dio la Sala III-, la garantía se extiende al "deber (genérico) de actuar prudentemente en situaciones (cognosciblemente) peligrosas", en tanto reflejan situaciones en que, no obstante existir una actividad peligrosa, ésta se permite a condición de (y en la medida en) que se garantice que el nivel de riesgo inherente se mantendrá dentro de límites permitidos.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

En palabras de Jescheck, es en efecto frecuente que la actividad peligrosa puede en sí misma ser realizada porque en virtud de su utilidad social en la vida moderna no es posible (o incluso deseable) prescindir de ella, como sucede con la utilización de medios de transporte rápidos, el empleo de máquinas peligrosas de la industria, el uso de medicamentos tóxicos en la medicina -y también, por cierto, la realización de espectáculos culturales de carácter masivo-.

En sentido similar, resume Jakobs: *"en determinados ámbitos de regulación existe un riesgo base que está permitido en todo caso; este riesgo base alcanza la magnitud del riesgo que también genera el desarrollo correcto de la actividad bajo condiciones favorables y que sólo podría ser eliminado suspendiendo la actividad en su conjunto o limitándolo de tal modo que perdiese su sentido ([como sucedería con una] limitación general de velocidad de 20 kilómetros por hora en el tráfico viario)." (cf. Jakobs, G., "El delito imprudente...", cit., p. 175).*

Aquí el deber de cuidado obliga a aplicar todas las medidas necesarias de prudencia, control y supervisión al realizar la actividad, para así descartar o mantener dentro de ciertos límites tolerables los peligros que ella entraña.

En estos casos, también encontramos una conducta peligrosa cuyo control asume el sujeto con el propósito de evitar que la peligrosidad desborde los límites autorizados; y a su vez -y ello ha sido determinante en el razonamiento del tribunal que intervino previamente en el *sub judice*- la realización de la conducta peligrosa fundamenta la posición de garante que da lugar a un mandato de acción en caso de que el peligro supere el ámbito de lo permitido: esta actuación, debida a consecuencia de ostentar una determinada posición de garante, es, por su parte, constitutiva del "cuidado debido". En fin, deber de cuidado y deber de garante tienen, pues, el mismo objeto: el mandato de

actuar de modo que la actividad se mantenga del ámbito de lo socialmente tolerable, y de neutralizar los peligros derivados de esa misma actividad en caso de que éste trasvase el umbral de lo permitido.

Forma parte del delito de omisión imprudente, así, la capacidad del obligado de actuar en la forma mandada, es decir, que el autor tiene que, al menos, poder reconocer la puesta en peligro y su posibilidad de intervenir. Y lo mismo ocurre respecto del deber de garante: el deber de conjurar los peligros que amenazan el bien incluye el otro deber, de prestar atención a si él puede estar en peligro, y por ello, respecto de la relación de garante, tiene que ser suficiente con que ella sea reconocible.

Es importante destacar que la situación de peligro, consiguientemente, se constituye en general por la probabilidad de que un bien jurídico resulte lesionado, o puesto en concreto peligro, o, también, por la probabilidad de que una lesión o puesta en peligro se extienda o agrave.

En las situaciones de garantía por función de control de una fuente de peligro, se trata de la producción de tal peligro *ex ante*, y, para evitarla (i.e., para afrontar esa situación de "peligro de peligro"), se requieren del individuo, como acción indicada, el cumplimiento de los llamados deberes de aseguramiento, siendo su finalidad el establecimiento de obligaciones de no esperar hasta la producción de una situación de peligro determinada, sino evitar ya los peligros que normalmente provienen de la fuente que corresponde controlar según la posición de garantía ostentada.

Es que ya en el momento de la previa omisión de establecer medidas de aseguramiento es posible hablar de omisión en sentido jurídico-penal como violaciones de normas de cuidado debido, sin perjuicio de que ellas - como señalé previamente- no resulten punibles si el resultado relevante, erigido en condición necesaria de reproche penal, no se realiza.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Por supuesto que también respecto de la posición de garantía por control de una fuente de peligro la intervención del garante debe referirse a concretos peligros, y no a todos los que, de una u otra forma, deriven de aquella fuente. Entonces, la específica naturaleza de la relación de garante con el bien jurídico o con la fuente de peligro se muestra, pues, decisiva a la hora de efectuar tal delimitación.

En ese marco de análisis quedará comprendida la revisión de la fundamentación de la posición de garante de quienes eran funcionarios públicos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires al momento de los hechos -los recurrentes Fiszbin, Torres y Fernández-, y la omisión de las actuaciones debidas para neutralizar el peligro derivado de la actividad en locales donde se realizan espectáculos culturales masivos -o, al menos, para mantener ese peligro dentro de los límites de lo socialmente permitido-. Claro está, dentro de este análisis surgirán los problemas de imputación que plantea la delimitación de los ámbitos respectivos de responsabilidad, y, en relación con ello, el principio de confianza y la prohibición de regreso.

La cuestión central a definir, en fin, radica en la verificación de las circunstancias que hacen de una causación (como límite externo de la posible imputación) una acción típica, que es el primer cometido de la adecuación al tipo objetivo. Y un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por el ámbito del riesgo permitido, y si ese peligro, además, se ha realizado en el resultado concreto.

Obviamente, no basta con que el resultado se produzca sólo en conexión causal con la creación del peligro para el objeto del bien jurídico protegido, sino que debe producirse como efecto de plasmación -realización- de ese peligro. Y así, la pregunta cuya respuesta corresponderá dilucidar será si las concretas conductas imputadas como violaciones a los deberes de

cuidado implícitas en el tipo contenido en el artículo 189, segundo párrafo del C.P., han elevado el peligro de un incendio peligroso para la vida, de modo jurídicamente mensurable; y si la evitación de tal consecuencia constituía el fin de protección de las respectivas normas de cuidado cuya infracción dio por probada la Sala III de esta Cámara.

4.iii Recursos de Patricio Rogelio Santos Fontanet, Christian Eleazar Torrejón, Maximiliano Djerfy y Daniel Horacio Cardell; y de Eduardo Arturo Vásquez, Elio Rodrigo Delgado y Juan Alberto Carbone.

En este apartado concentraré las respuestas a los agravios introducidos por las defensas de los epigrafiados en relación con la atribución de responsabilidad penal por el incendio. Si bien, en efecto, se trató de presentaciones de dos defensas técnicas distintas, ambas han coincidido, en este aspecto de su impugnación, en objetar la atribución de responsabilidad de sus asistidos sobre la base de la doctrina de arbitrariedad de sentencias que -aducen- alcanza al razonamiento por el cual la Sala III los encontró penalmente responsables del delito tipificado en el art. 189, 2º párrafo del C.P. En particular, ambas defensas impugnaron la decisión por considerar arbitraria las conclusiones de la sentencia según las cuales los miembros del grupo musical "Callejeros" (Fontanet, Vásquez, Torrejón, Delgado, Carbone y Djerfy) y su escenógrafo (Cardell) fueron "co-organizadores" del evento -como fundamento de su posición de garantía-; y que todos ellos fomentaron el uso de pirotecnia.

4.iii.a. Co-organización.

En lo que respecta a esta primera cuestión, la defensa oficial de Vásquez, Carbone y Delgado manifestó: "la mayoría de la Sala III, dijo [...] que los miembros del grupo musical "Callejeros", eran co-organizadores, fundándose en la supuesta toma de decisiones en conjunto y de práctica de la democracia absoluta que aparentemente existía dentro del grupo. [...] La arbitrariedad aquí surge desde dos puntos de vista, en primer lugar, porque para



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

fundamentar dicha 'Co-organización', [los jueces de la Sala III que conformaron la mayoría] se remiten al actuar de la banda, en otros recitales celebrados con anterioridad al 30 de diciembre de 2004, que no formaban parte del objeto procesal de este juicio, y en segundo lugar porque impone la obligación a los músicos de probar su inocencia, cuando es sabido que [a] la totalidad de los miembros del grupo musical solo se les informa, el lugar y la fecha del próximo evento y nada más. Los que deciden los pormenores del evento, nunca son 'todos', pues es fácticamente imposible, que cada una de las cuestiones que van surgiendo como consecuencia de los diferentes recitales a los que son invitados a participar las decidan entre todos, se tardaría una enormidad de tiempo en tomar cada una de las decisiones que los perjudicaría notablemente, en tanto ningún productor los contrataría si tuviera que esperar una respuesta de cada uno de los miembros de la banda musical para poder llevar adelante un show de estas características, por eso, los grupos musicales, los grupos de teatro, etc., tienen un "manager" o representante de sus intereses. El acuerdo de voluntades se refiere principalmente a nombrar a una persona que actúa como delegado, y defiende los intereses estéticos, artísticos y económicos del grupo musical. Así, fue como se organizaron los recitales de los días 28, 29 y 30 de diciembre de 2004".

Con algo más de detalle, pero esencialmente en el mismo sentido, la defensa de confianza de Fontanet, Torrejón, Djerfy y Cardell argumentó que "no existe ligazón racional entre los dichos -expresados en sede instructoria- por nuestros defendidos y el resto de los músicos, con la conclusión del juez RIGGI de que, a partir de lo allí expuesto, todos co-organizaron el evento". Al respecto, la parte indicó que "[e]xistió una clara tergiversación de sus dichos respecto del alcance de las decisiones que tomaban en conjunto. Se generalizó, al antojo del magistrado, aquello que había sido claramente especificado." Asimismo, sostuvo que la resolución impugnada habría incurrido en la omisión de

valorar cuestiones conducentes y relevantes; y afirmó que se había efectuado allí un análisis fragmentario y tergiversado de la prueba.

En concreto, la defensa destacó que *“Patricio Rogelio SANTOS Fontanet aseveró que en el año 2004 nunca estuvieron a cargo de la seguridad (pág. 1394 de la sentencia dictada por el T.O.C. N° 24 de fecha 19/8/2009). Señaló también que no fue co-productor del evento (pág. 1398, id.); Eduardo Arturo Vásquez manifestó que no formó parte de la organización del recital (pág. 1398, id.). Juan Alberto Carbone expresó, sobre el modo en que se tomaban las decisiones, que era con Argañaraz con quien se comunicaban para invitar a la banda a tocar; luego, éste se contactaba con la banda y se realizaba una votación en los ensayos. Cuando los contrataban, ellos exigían las luces, el sonido, el largo del escenario, es decir, todo lo referido al show (pág. 1400, id.). Señaló también no era coproductor de nada. Nunca produjo ni coprodujo ningún evento. Solamente era un músico (pág. 1402, id.). En sentido similar se expidió Christian Eleazar Torrejón, al referir que la seguridad en los recitales no estaba a cargo de los integrantes de la banda (pág. 1403, id.). En cuanto a las decisiones del grupo -relativas a cuestiones artísticas, económicas, etc.-, refirió que eran tomadas entre todos mediante votaciones (pág. 1404, id.)”*.

De allí, concluyó: *“Queda en evidencia, se haya tratado o no de una estrategia de defensa, que lo que decidían en conjunto estaba vinculado a cuestiones artísticas, pero de ningún modo expresaron haber tomado parte de la organización del espectáculo.”*

Adujo asimismo que la Sala III omitió *“toda referencia a las declaraciones indagatorias prestadas por los músicos y el escenógrafo durante el debate -sí valoradas por el Tribunal Oral-, que le hubiesen permitido al juez RIGGI entender los dichos de nuestros asistidos”*.

En ese sentido, indicó que *“Durante el debate, SANTOS Fontanet expresó que hace 12 años que integra el*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

grupo Callejeros. Es cantante, autor, compositor e intérprete. Ese es su trabajo. El 30 de diciembre trabajaron en el local de Chabán, no eran socios ni organizadores. No son empresarios y actualmente continúan trabajando de la misma manera y con la misma función. Ensayan, prueban sonido y luces, y tocan. No tienen contacto con policías, bomberos o inspectores. Hablan con el productor y cumplen con los horarios pautados. Este es su oficio y su alcance en un show de la banda, antes y después de Cromañón (pág. 1588 de la sentencia dictada por el T.O.C. N° 24 de fecha 19/8/2009). En idéntico sentido declaró Vásquez, al señalar que sus funciones eran netamente artísticas: prueba sonido, escucha y toca la batería (pág. 1589, id.). Carbone mencionó que en el recital de "República Cromañón" Omar Chabán fue el productor y el encargado de la seguridad del local (pág. 1595, id.). Torrejón expuso que se mal interpretan las obligaciones del músico. Dijo que no es productor ni tiene la capacidad para revisar un lugar. Tampoco es bombero ni policía. Es músico y esa noche sólo fue a tocar el bajo y no realizó ninguna otra cosa (pág. 1597, id.). Djerfy resaltó que se encargaba de todo lo artístico y que iba a tocar cuando y donde le indicaban los demás; no se interesaba por otros temas. Dio por supuesto que era el manager quien se ocupaba de ello (pág. 1599, id.). Sobre el funcionamiento del grupo explicó que había reuniones periódicas para intercambiar ideas sobre los temas que iban a tocar, la escenografía a colocar, el diseño de las entradas, vestuario, etc., todos asuntos vinculados a lo artístico (pág. 1600, id.). Delgado expresó, respecto de la noche del hecho, que el grupo simplemente fue a "tocar" (pág. 1603, id.). Cardell sostuvo que existe "un error en los conceptos en cuanto a su profesión, ya que lo han corrido de lo que realmente fue a hacer, que fue exponer en un show una decoración escénica" (pág. 1604, id.)".

4.iii.b. Pirotecnia.

Siguiendo el mismo orden de exposición que en el apartado anterior, comienzo por memorar que la defensa

oficial de Carbone, Delgado y Vásquez sintéticamente indicó que *"la mayoría de la Sala III, les imputa a los miembros de 'Callejeros', el fomento del uso de pirotecnia en sus recitales."* A criterio de la defensa, dicha imputación, fue errónea, *"en tanto desconoce totalmente una manifestación cultural de los sectores populares que encienden bengalas en todos los espectáculos musicales, deportivos etc., a los que concurren. Hay una cuestión aquí, que los Sres. Jueces de la Sala III, parecen olvidar, el uso de pirotecnia, es una práctica habitual en nuestra sociedad, y no solamente en lugares abiertos (como un estadio de fútbol), sino también en lugares cerrados, y ese es el público, el que siempre burlando todos los sistemas de seguridad logra ingresar pirotecnia en todo tipo de espectáculos. Esto sigue sucediendo hoy, cotidianamente, en cada partido de fútbol y en infinidad de recitales tanto de música rock, como de otros géneros populares, y 'Callejeros', ya no existe más, por lo tanto es cuanto menos exagerado endilgarles a ellos el uso de pirotecnia por parte del público, cuando es el público el que libremente escoge hacerlo y para ello, -sabiendo que está prohibido-, burlan los controles de seguridad, para poder ingresarla y encender bengalas en lugares cerrados".*

A su turno, los defensores privados de Fontanet, Torrejón, Djerfy y Cardell objetaron en igual sentido la conclusión de la Sala III de acuerdo con la cual los integrantes del grupo musical *"...tenía[n] una postura muy definida al respecto: la permisión y el **fomento** de esa actividad"* (cf. pág. 484 de la sentencia de la Sala III de esta CFCP, de fecha 20/4/2011 - en negrita en el original).

En este sentido, se agraviaron en primer lugar de que el magistrado que lideró este aspecto del voto mayoritario haya invocado en respaldo de su afirmación *"una serie de entrevistas brindadas respecto de otros recitales distintos al que conforma el objeto procesal de estas actuaciones"*, siendo que, a criterio de la defensa, *"...de ninguno de ellos puede extraerse válidamente que*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

nuestros defendidos fomentaban el uso de pirotecnia". "Fomento" -aseveró la parte- "no equivale a cualquier reproche de tolerancia hacia la pirotecnia. En el peor de los casos, no es más que un achaque moral ajeno a la órbita del derecho penal."

Sin perjuicio de ello, adujeron que *"el aspecto más grave que presenta el voto del magistrado RIGGI vinculado a la pirotecnia"* habría consistido en la omisión de valorar testimonios dirimentes. En sus palabras: *"...bajo el despectivo y denigrante mote de 'testigos fanáticos' los jueces RIGGI -y por añadidura CATUCCI- mutilaron, callaron y censuraron las palabras de quienes en su mayoría fueron sobrevivientes de la tragedia del 30 de diciembre de 2004. Son, por el contrario y en todo caso, testigos calificados de aquello que se quería probar: si eran fomentados o no por los músicos a utilizar pirotecnia."* A continuación, reprodujo distintos testimonios de sobrevivientes de la tragedia y allegados a los miembros del grupo musical que respaldarían su posición, y que no fueron tenidos en cuenta por los jueces de la sala que intervino con anterioridad (sí, en cambio, por los jueces del debate, que dan cuenta de su valoración de estos testimonios en las páginas 2.020 y siguientes de la sentencia del TOC n° 24 que obra a fs. fs. 66216/67442).

Para no incurrir en repeticiones innecesarias, a continuación limitaré la exposición sólo a un conjunto representativo del contenido de las deposiciones referidas -que, por lo demás, ciertamente coinciden en lo sustancial-, sin perjuicio de tenerlas todas a la vista, junto con el resto de las constancias de autos, al momento de formular este voto.

Así, entre otras, la defensa citó las siguientes declaraciones prestadas durante el debate (las referencias corresponden al número de página de la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal n° 24 del 19 de agosto de 2009): *"Natalia Florencia ESPINOSA - sobreviviente- señaló respecto a la prevención sobre el uso de candelas y bengalas, que el día del hecho, Chabán*

y 'el Pato' pidieron a los concurrentes que dejaran de usar pirotecnia. Asimismo, afirmó que en recitales anteriores 'Callejeros' se dirigió al público con idéntica finalidad (pág. 341 [de la sentencia referida].) [...] César Guillermo COLQUE señaló, respecto al tipo de elementos pirotécnicos accionados, refirió que en todos los recitales se detonaban bengalas y tres tiros en algunos. Aseveró que en general nadie efectuaba advertencias sobre la pirotecnia, pero que Patricio SANTOS Fontanet sí lo hizo tanto en el estadio 'Obras' como en 'Cemento' (pág. 347, id.). Gustavo Adrián DE JESÚS aclaró que el uso de pirotecnia en los espectáculos de rock era habitual, que en todas las bandas se arrojaban ese tipo de elementos y que era como una especie de costumbre o ritual. Recuerda que en este aspecto el cantante de Callejeros solía efectuar advertencias al respecto, pidiendo a los concurrentes que no lancen bengalas porque el humo no dejaba ver el show (pág. 355, id.). [...] Carlos Alberto DOJORTI -sobreviviente- sostuvo que la advertencia sobre las bengalas fue realizada durante los tres recitales del grupo 'Callejeros', y que esta banda siempre hacía esa recomendación (pág. 372, id.). [...] Victoria Elena GARCÍA -sobreviviente- manifestó que era común el uso de fuegos artificiales en los recitales y que 'Pato' había efectuado una advertencia similar en 'Cemento' (pág 403, id.). Pablo Nicolás LUCERO -sobreviviente-, señaló en relación al uso de pirotecnia en los 'shows' de 'Callejeros', que siempre hubo, y que en 'Excursionistas' y 'Obras' se solicitó que no tiraran bengalas (pág. 413, id.) [...] Jorge Fernando PRIETO -sobreviviente- afirmó que en el espectáculo del estadio de 'Obras' Patricio SANTOS Fontanet les pidió a los presentes que dejaran de encender bengalas, porque un joven se había lastimado (pág. 504, id.). Gastón Omar REY -sobreviviente- aclaró que en varios recitales de 'Callejeros' el cantante le pedía a los concurrentes que no tiren pirotecnia porque les podía hacer mal (pág. 513, id.). Agustina Gisella VENEGONI -sobreviviente- mencionó que en otros locales



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

había escuchado advertencias de 'Pato' sobre el uso de fuegos artificiales (pág. 565, id.). Alejandro Martín VILLA -sobreviviente- relató que es probable que en el recital que 'Callejeros' realizó en el estadio 'Obras' haya visto ese tipo de pirotecnia, recordando que en esa oportunidad el cantante pidió que no la utilizaran para no ser multados (pág. 573, id.)...".

4.iii.c. Análisis de las impugnaciones.

Ahora bien, debo señalar en primer lugar que, aunque parezca una obviedad, poco interés tienen para la resolución del caso los cargos o títulos de "co-organizador", "productor", "manager", "encargado de seguridad", "integrante de Callejeros", "músico", etc. que, en términos generales, los testigos, acusadores, defensas o incluso los propios imputados puedan auto-adjudicarse como producto de su particular visión de lo que esos roles entrañan. Pues, en efecto, la ostentación de cierto rol puede resultar relevante en estructuras organizacionales en los que éstos se encuentran definidos al menos con cierta precisión mínima; esto es, allí donde el alcance de sus responsabilidades y funciones se encuentren adecuadamente demarcadas precisamente en virtud de ocupar esa posición. Por el contrario, en un marco de informalidad en el que las atribuciones se confunden y superponen en relación con qué le corresponde a quién, como aquél en el que se llevaban adelante los recitales en "República Cromañón" -incluyendo, pero no solamente- el del grupo "Callejeros" del 30 de diciembre de 2004, impide cualquier posibilidad de efectuar una inferencia útil a partir de estos "títulos" mutuamente endilgados, tanto para atribuir como para deslindar responsabilidad por los hechos juzgados. En otras palabras, no se trata más que de una disputa terminológica, vacía de contenido sustantivo.

Tampoco encuentro que hayan resultado especialmente fructíferos para las decisiones alcanzadas, tanto en la instancia de debate como en su primera revisión por ante esta Cámara, los ensayos esbozados en estas actuaciones para intentar definir con propiedad qué

significa "organizar" (y por extensión, "co-organizar") un recital. Ello en efecto no ha hecho más que oscurecer el debate y los argumentos esgrimidos, y por una razón simple: porque la "organización de un espectáculo masivo" -sea lo que fuere que ello quiera decir- *no* es una actividad con relevancia jurídico-penal *per se*, ni tampoco forma parte del tipo penal en sí misma. Como expresión de sentido social, por su parte, puede referirse a un sinnúmero de decisiones, acuerdos, actos, cada uno más o menos general, más o menos relevante. Esa textura maleable lo hace a su vez fácilmente manipulable y, correlativamente, un candidato poco apto para alcanzar una solución justa.

Es cierto que las partes acusadoras también fundaron sus pretensiones punitivas en esos términos, pero a mi modo de ver era tarea de los jueces reconducir ese lenguaje, carente de significado jurídico-penal propio, hacia aquello que pudiera ser de interés concreto para el juzgamiento de las responsabilidades por los hechos aquí analizados, en la medida en que ello quedara abarcado -en resguardo de la congruencia- dentro del concepto. En otras palabras, la referencia debió haber sido, en cualquier caso, a las conductas individuales -aportes o decisiones- de cada una de las personas que intervino en la realización de la actividad, con virtualidad suficiente para configurar el delito imprudente que es objeto de juicio; esto es, conductas que, o bien hayan creado un riesgo jurídicamente desaprobado de incendio peligroso para la vida cuya realización fuera la concreción de ese riesgo; o bien hayan elevado ese riesgo base, ya prohibido, a niveles todavía más intolerables.

Que algunas de esas conductas, penalmente relevantes en sí mismas, constituyeran *también* una intervención en una actividad -por lo demás lícita- como la organización del espectáculo no es más que una propiedad circunstancial que en nada modifica el juicio de reproche.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

De allí, por su parte, que los argumentos de las partes dirigidos a cuestionar la simple atribución de un título (i.e., el de "co-organizador del evento") que carece de relevancia jurídico-penal estén destinados al fracaso: pues incluso si tuvieran razón, de ello no se sigue que los aquí imputados no ocuparan la posición de garantes de neutralizar el peligro de incendio que la sentencia impugnada les atribuye. Y es que, si bien es verdad que en la decisión recurrida también se utilizó el lenguaje de la "co-organización del evento" que aquí objeto por su opacidad y por ser inconducente, lo cierto es que el reproche penal de Fontanet, Torrejón, Delgado, Djerfy, Carbone, Vásquez y Cardell por la comisión del delito de incendio imprudente seguido de muerte del art. 189, párrafo 2º del C.P. cumple todavía con el recaudo de fundamentación mínima e independiente para respaldarlo, aun si fuera correcto concluir, como postulan los defensores, que ellos no fueron "co-organizadores del evento".

A mi juicio, e independientemente de que ello pueda ser considerado parte de la "organización del evento" o no, existió al menos una decisión tomada conjuntamente por todos los músicos de "Callejeros" (Fontanet, Torrejón, Djerfy, Vásquez, Delgado y Carbone) y su escenógrafo Cardell (entre otros que, por uno u otro motivo, no son parte ya de este proceso de revisión y a los que, por ello, evitaré referirme) que por sí misma los colocó en posición de garantes de evitar el resultado típico del delito previsto en el art. 189, 2º párrafo del C.P. Esa decisión no fue otra que la elección del lugar en donde habría de desarrollarse el espectáculo devenido en catástrofe. En lo que sigue, entonces, mostraré en primer término que en efecto esa decisión resultó de un acuerdo de voluntades de todos los aquí imputados y, luego, que en efecto ella ya tenía el significado jurídico-penal que acabo de enunciar.

En este sentido, el primer votante de la sentencia traída a revisión afirmó que si bien la serie de recitales en local "República Cromañon" tuvo su

génesis "en una comunicación telefónica entre Omar Emir Chabán y Diego Marcelo Argañaraz", esa actividad "fue el paso inicial de un convenio que finalmente abarcó tanto al primero de los nombrados, en su carácter de gerenciadore del lugar, como a todos los miembros del grupo musical, cuya voluntad fue representada y comunicada por el manager en ese acto concreto" (cf. p. 471 de la sentencia registrada bajo el número 473/11 de la Sala III de esta Cámara).

Para fundar esa afirmación el magistrado tuvo en cuenta, en lo relevante, las declaraciones testimoniales que Aldana Aprea -quien se desempeñaba como "jefa de prensa" de la banda- y Laura Mirta Fernández -allegada al grupo, y quien manifestó haber participado de diversas reuniones privadas con ellos- prestaron durante el debate. La primera, concretamente declaró en esa oportunidad que "...según le comentó el propio Diego Argañaraz, las decisiones de la banda se tomaban de manera conjunta. Se juntaban en un lugar determinado y todos decidían. Así, por ejemplo, cuando se comunicaba con Argañaraz para decirle que algún medio periodístico estaba interesado en realizarles alguna nota, éste le contestaba que tenía que hablar el tema con el resto de los integrantes del grupo". En el mismo sentido, señaló que "...generalmente las reuniones se efectuaban en la sala de ensayos y generalmente la decisión le era avisada a través de Argañaraz o Eduardo Vázquez, con quienes tenía mayor contacto. Estimó que consideraba que las determinaciones se tomaban por mayoría, aunque no podía precisarlo. Discutían, sacaban una conclusión y luego se la trasmitían" (p. 796 de la sentencia del TOC nº 24, del 19/8/2009).

Respecto de este testimonio corresponde efectuar algunas precisiones, habida cuenta de que la defensa cuestionó su valor probatorio aduciendo que "[A]PREA no relat[ó] hechos percibidos a través de sus sentidos vinculados a las decisiones que tomaban los músicos [por lo que es] a lo sumo, una testigo de oídas".



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Como se advierte de la transcripción literal previa, en rigor de verdad Aprea no es solamente una testigo de oídas, como se la pretende definir: ella no relata -en lo relevante- lo que un tercero ajeno a la cuestión le refirió respecto del modo en el que se tomaban las decisiones al interior del grupo, sino lo que, con sus propios sentidos, pudo percibir que le comentaba en un marco de absoluta libertad una de las propias personas que formaba parte de las deliberaciones, a saber, el *manager* del grupo. En otras palabras, si bien no presencié el momento de la toma de decisión en concreto, su testimonio tiene pleno valor en lo que respecta a que, cuando le refería una consulta para la banda a Argañaraz, éste no le respondía directamente sino que le contestaba que antes de darle una respuesta debía consultarla con los demás miembros del grupo.

Ciertamente, sí lleva razón la defensa en relación con que Aprea no resulta una testigo hábil para determinar *el modo* en el que se adoptaban las decisiones al interior del grupo -pues en efecto ella misma reconoció *estimar* que lo hacían "por mayoría"-; pero la misma conclusión no puede hacerse respecto del tramo final del testimonio transcripto, en el que refiere que, sea cual fuere el modo en el que se dirimían las cuestiones en el seno de la banda (por mayoría, por consenso, por sorteo, etc.), lo que no estaba en duda era que -huelga decir, en su experiencia- entre las consultas transmitidas a Argañaraz y la respuesta que éste le devolvía existía cierta deliberación previa por parte de los integrantes del grupo en cuestión.

Convocada a prestar declaración testimonial en el debate, la declarante Fernández, a su turno, destacó por un lado que *"Eduardo [Vásquez] tenía reuniones con Aldana [Aprea], atento que se ocupaba de hacer las credenciales, el formato de las entradas y redactar los avisos publicitarios. Sin perjuicio de ello, afirmó que lo referido a dichas actividades era materia de consulta con los demás integrantes del conjunto musical"*. Indicó asimismo que *"...participaba de las actividades del grupo*

[y] específicamente puntualizó que asistía a los ensayos, que compartía las comidas y que, en los inicios de la banda, los acompañó a Villa Gesell, donde tocaron en las playas" (p. 388 de la sentencia del TOC nº 24).

En lo que es específicamente de relevancia para la cuestión bajo análisis, por su parte, manifestó: "Respecto a la manera en que decidían dónde presentar su espectáculo musical, explicó que 'Diego proponía y entre todos decidían'. En los casos en que la propuesta generaba discusiones, señaló desconocer como zanjaban la disputa y que suponía que lo resolvían por mayoría" (cf. id.).

Cabe advertir nuevamente, atendiendo a las objeciones de la defensa, que del testimonio de Fernández ciertamente no se puede precisar que la nombrada tuviera conocimiento de cómo se dirimían las decisiones que generaran controversia en el seno de la banda -ella misma aclara que sólo suponía que lo resolvían por mayoría-; pero, ello no obstante, sí resulta lícito apoyarse en sus observaciones -por lo demás, percibidas directamente por ella- respecto de que las propuestas referidas a los lugares en donde realizar las presentaciones del grupo eran comunicadas por Argañaraz al resto de los integrantes y "entre todos decidían".

El sometimiento de las cuestiones relativas a la elección de los lugares para realizar espectáculos a la decisión conjunta de todos los integrantes del grupo musical encontraron apoyo también, en el razonamiento del magistrado que votó en primer lugar en la sentencia impugnada, en las declaraciones indagatorias y espontáneas concordantes de los coimputados, prestadas en sede instructoria e incorporadas por lectura al juicio oral. En la medida en que el agravio de las defensas a propósito de esta cuestión se circunscribió a postular que los dichos de los integrantes del grupo habían sido "tergiversados" en la reconstrucción que de ellos hizo el juez Riggi, corresponde revisar concretamente en qué consistieron.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

En este sentido, de las declaraciones de Diego Marcelo Argañaraz incorporadas por lectura al debate se colige que, refiriéndose al grupo musical, manifestó: *"Tocaron en 'Cemento' hasta el mes de octubre de 2001 porque Chabán se ofendió con la banda porque no iban a tocar más allí. Como no llevaban mucho público, debían compartir los recitales con tres o cuatro bandas, y precisó que Chabán le entregaba a cada una de ellas los talonarios que contenían entre cincuenta y cien entradas. Volvieron a 'Cemento' en el año 2002 cuando la banda había comenzado a crecer. A partir de ese momento, la relación de la banda comenzó a ser más fluida con Omar Chabán. Incluso eligieron 'Cemento' para hacer la despedida del año 2003. En esa ocasión Chabán les comentó que había conseguido un lugar nuevo que era más grande para tocar ubicado en el barrio de Once. Para esa época existía una suerte de amistad entre la banda y Chabán porque siempre 'les dio una mano' y los ayudó con los temas de publicidad".*

Promediando el mes de marzo de 2004 -prosiguió Argañaraz- *"...Chabán llevó al declarante y a otros miembros del grupo -Juancho, Pato y Daniel [por los imputados Juan Alberto Carbone, Patricio Rogelio Santos Fontanet y Daniel Horacio Cardell]- al predio donde funcionó 'El Reventón' [i.e., "República Cromañón"]. [...]*

Sobre los recitales que ofreció "Callejeros" en "República Cromañón" en el mes de diciembre de 2004, manifestó que *"...habló con Chabán y como habían hecho una fecha el año anterior en 'Cemento' decidieron repetirlo los días 28, 29 y 30 de diciembre en 'Cromañón'"* (pp. 1384/1385 de la sentencia del TOC).

A su turno, al examinar las declaraciones de Patricio Rogelio Santos Fontanet incorporadas por lectura surge que en efecto él *"[a]claró que Argañaraz no tomaba decisiones por su cuenta pues todo se decidía en grupo"*, tal y como se consigna en la sentencia impugnada.

En lo que aquí es específicamente relevante, no obstante, Fontanet indicó también que *"Cuando Chabán los invitó a tocar en 'Cromañón' -dado que antes lo hacían en*

Cemento-, el lugar les pareció 'bárbaro' pues era grande, tenía un montón de salidas, camarines y la posibilidad de alojarse en el hotel".

Más aún, en lo que respecta al modo de selección de locales para tocar en particular, explicó que "...las propuestas llegaban a Argañaraz en primer lugar, quien luego las hacía saber al grupo en la sala de ensayo. La decisión final era consensuada por todos de manera democrática" (pp. 1395/1397 de la sentencia del TOC).

En similares términos se expidió Juan Alberto Carbone: Sobre el modo en que se tomaban las decisiones - se desprende de su declaración incorporada por lectura-explicó "que era con Argañaraz con quien se comunicaban para invitar a la banda a tocar; luego, éste se contactaba con la banda y se realizaba una votación en los ensayos" (id., p. 1400).

Christian Eleazar Torrejón, por su parte, indicó que "...las decisiones del grupo -relativas a cuestiones artísticas, económicas, etc.-, [...] eran tomadas entre todos mediante votaciones en las que también participaban Cardell y Argañaraz" (id., p. 1404).

Elio Rodrigo Delgado hizo saber, por lo demás, que "...el grupo estaba conformado por seis músicos, el manager y el escenógrafo, y que las decisiones eran tomadas entre todos mediante las votaciones que se llevaban a cabo" (id., p. 1407).

Por último, surge de las distintas declaraciones de Daniel Horacio Cardell incorporadas al debate por lectura que "unos días previos al primer concierto que ofrecieron en 'República de Cromañón', concurrió al lugar acompañado por gente de la banda y que en esa ocasión le mostraron las instalaciones. Posteriormente, en el mes de mayo del año 2004, compareció nuevamente al lugar y tomó las medidas del escenario para realizar la escenografía". Asimismo, refirió que "...los temas relativos a la banda eran decididos por todos sus integrantes" (id.).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Pues bien, del cotejo de la totalidad de las declaraciones prestadas por los coimputados, la conclusión que se impone es que, en principio al menos, no se advierte la alegada tergiversación denunciada por la defensa. Ciertamente no se advierte tampoco que de ellas pueda concluirse, sin más, que absolutamente *todas y cada una de* las decisiones se tomaban conjuntamente. Pero todas las transcripciones coinciden, de manera concordante no sólo entre sí sino, en lo que es más importante, con las declaraciones testimoniales de Aprea y Fernández, en que al menos la elección de los lugares para efectuar sus presentaciones era una cuestión en la que Fontanet, Torrejón, Carbone, Delgado, Djerfy, Vásquez y Cardell intervenían conjuntamente. Y, en particular, que la selección de "República Cromañón" fue producto de la confluencia de sus voluntades, entre otras razones, por las específicas características del lugar, incluyendo las comodidades para los asistentes y los propios músicos; y también por su, al menos, relativa seguridad, particularmente en relación con otras alternativas en donde la banda venía realizando sus presentaciones, como "Cemento".

Vale decir que, a pesar de las objeciones de la defensa en este sentido, el cotejo de las declaraciones indagatorias prestadas ya directamente en la instancia de debate oral no sólo no controvierte este extremo, sino que lo reafirma. En efecto, al margen de las referencias efectuadas por los propios integrantes de "Callejeros" a la función, título o rol con el que se auto-definieron -y que, por las razones ya apuntadas, carecen en última instancia de virtualidad tanto para atribuirles como para eximirlos de reproche-, sus intervenciones expresaron lo siguiente: Argañaraz, por ejemplo, dijo que *"...en el ambiente del rock era todo muy informal: 'te llamaban y te decían hay fecha para tal día querés trabajar?'"*. Entonces -prosiguió- *"...iba a la banda y les decía 'chicos mirá Omar nos propuso tocar tal fecha [¿]se puede? [¿]si o no? me decían sí se puede bueno, Omar, sí [¿]a qué hora*

tengo que llevar el equipo?, [¿]a qué hora tengo que probar sonido?" (cf. p. 1585 de la sentencia del TOC).

Torrejón, por su parte, refirió que *"...una banda acostumbra a tocar en lugares pequeños, como ser bares, clubes o en plazas y cumpleaños. Cuando 'la movida' empieza a crecer se consiguen sitios más cómodos y apropiados que cuentan con camarines, luces y sonido propio, como por ejemplo, 'Cemento', 'Obras', 'Luna Park' y 'Cromañón'"* (id., p. 1596).

Djerfy, finalmente, no obstante referir contradictoriamente que *"no elegía los lugares para ir a tocar"*, interrogado acerca de los lugares a los que iban a brindar recitales, indicó que *"...lo hacían en Cemento, Cromañón, y otros más y que la decisión respecto de donde brindar los espectáculos era tomada por el grupo"* (id., p. 1598).

La tesis del juez Riggi que aquí reconstruyo no sólo fue acompañada por la doctora Catucci, sino también -al menos parcialmente- ya por el Tribunal Oral, sin perjuicio de que ese órgano colegiado no derivó consecuencia jurídica alguna de esta circunstancia - incorrectamente, vale decir aunque no sea esa decisión la que aquí está bajo revisión, pues su análisis se centró en los deberes de garantía que pudieran hacer a los imputados responsables penalmente por la comisión por omisión del delito del art. 186, inc. 5º, sin tener en cuenta, arbitrariamente (cf. doctrina de Fallos: 306:262 y 940; 310:799; 311:345; 312:888; y 327:5857, entre otros) la posible concurrencia de *otros* deberes que pudieran fundamentar una posición de garantía a título de imprudencia, de conformidad con lo previsto por el artículo 189, 2º párrafo.

El tribunal de juicio, en efecto, sostuvo que *"aun cuando pueda sostenerse que la decisión de brindar la serie de recitales en 'República Cromañón' haya sido consultada y en definitiva resuelta por unanimidad entre todos los miembros de la banda, ello no implica que, concretamente, todos hayan participado en los aspectos*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

organizativos de tales recitales" (cf. p 1884 de la sentencia del TOC n° 24).

La jueza Catucci, a su turno, adhirió en lo pertinente al voto del juez Riggi de la siguiente manera: *"Punto de partida [para analizar la responsabilidad penal de los aquí recurrentes] es que la insistencia, intención y decisión de actuar en 'República Cromañón' [...] era de todos. Comunidad de voluntades y decisiones que se acoplaban a las de Chabán, y en las que mediaba Argañaraz, a instancias de sus compañeros"*. Más específicamente, la jueza enfatizó coincidir con el vocal preopinante *"...en cuanto a que todos los integrantes de la banda, al decidir de consuno las circunstancias atinentes al lugar, número de espectadores y modalidades del espectáculo [...] participaron en la organización del recital del 30 de diciembre de 2004 en 'República Cromañón'"* (cf. pp. 812/813 de la sentencia n° 473/11 de la Sala III, bajo revisión).

Se trata, en definitiva y como vengo sosteniendo, de discrepancias puramente nominales, provenientes de emplear el concepto de "organización de un evento masivo" de modos más o menos abarcativos. Lo que merece ser destacado, sin embargo, es que todos ellos -los jueces de mérito y los que intervinieron originalmente en la instancia recursiva- han coincidido en que, sea cual fuere el alcance de la voz "organizar", la decisión acerca del lugar en donde desarrollar el recital del 30 de diciembre de 2004 (entre otros) fue tomada por la totalidad de los integrantes del grupo "Callejeros": músicos y escenógrafo (y el *manager*, cuya responsabilidad no está aquí en discusión).

Por lo demás, cabe destacar que cualquier otra conclusión luce francamente irrazonable: no es el caso de un solista que contrata a músicos más o menos fungibles para que lo secunden en el espectáculo; o el de un grupo musical que tomara la decisión genérica de ofrecer una serie de conciertos en distintas localidades en la modalidad de "gira" sin conocimiento de los destinos concretos en los que se presentaría. Antes bien, en el

caso de "Callejeros", como se vio, la decisión primigenia y esencial de elegir precisamente "República Cromañón" como escenario para su presentación debía necesariamente estar supeditada a que todos los integrantes del grupo confirmaran su posibilidad de actuar allí: como siempre lo hacía, Fontanet cantaría, Delgado y Djerfy se ocuparían de las guitarras, Torrejón tocaría el bajo, y lo propio harían Carbone y Vásquez respecto del saxofón y la batería, respectivamente, mientras Cardell se encargaría de preparar la puesta en escena. Y no existe el más mínimo indicio que permita sugerir razonablemente la posibilidad de que alguno de ellos haya sido coaccionado o forzado de cualquier modo a asegurar su participación en el evento.

Ahora bien, va de suyo que de no haberse tomado la decisión conjunta de ofrecer el recital del 30 de diciembre de 2004, el incendio no habría ocurrido: todas las decisiones y aportes ulteriores (lícitos e ilícitos) que se concatenaron para que el incendio tenga lugar - tanto las de los anfitriones del espectáculo, como las de los asistentes, que estuvieron presentes precisamente porque allí tocaría "Callejeros"- dependieron de aquel acuerdo primigenio. Fueron, en efecto, la expresión material de esa decisión, cuyo desenlace no sufrió variaciones importantes sino que, antes bien, tuvo lugar tal y como había sido concebida por quienes la tomaron. En otras palabras, esa decisión de la totalidad de los integrantes del grupo "Callejeros" figura en la historia causal del resultado acaecido. Pero causalidad físico-naturalista, por supuesto, no implica necesariamente en modo alguno imputación.

Para establecer el nexo de imputación, en efecto, habrá de poder decirse que, en este caso, la decisión conjunta de los integrantes de "Callejeros" de brindar un espectáculo masivo en "República Cromañón" importó en sí misma la violación de un deber de cuidado que elevó el riesgo de incendio peligroso, prohibido por el art. 189, 2º párrafo del C.P., a niveles objetivamente desaprobados; pues, de otro modo, la conclusión



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

implicaría ciertamente consagrar un burdo e inaceptable criterio de responsabilidad objetiva (cf., en lo relevante, doctrina de Fallos: 329:2367, "Antiñir"). Y no es así.

La razón que me convence de que, en este caso en particular, los recurrentes Fontanet, Torrejón, Carbone, Delgado, Vásquez, Djerfy y Cardell crearon un riesgo no permitido de incendio se vincula directamente con el segundo aspecto de su impugnación, referido a la relación de los nombrados con la detonación de pirotécnica en el recital, y que corresponde tratar aquí.

Ya en la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal n° 24, los jueces habían concluido que "[l]as probanzas analizadas [...] llevan a concluir que en los dos primeros recitales que el grupo 'Callejeros' realizó en 'República Cromañón' en diciembre de 2004 [por los conciertos del 28 y el 30 de ese mes] se detonó pirotecnia, lo que era una constante en las presentaciones de la banda en el local. No quedan dudas, entonces, [de] que existían datos previos al recital del día 30 de diciembre que demuestran que el público, indefectiblemente, iba a detonar pirotecnia en el transcurso del show.

En el mismo sentido, los jueces afirmaron que "...el ingreso de pirotecnia en el local 'República Cromañón' era una constante que se repetía en cada recital y puntualmente también tuvo lugar el día 30 de diciembre"; y, a todo evento, que "...ni los carteles de prohibición de ingreso ni los cacheos que al respecto se habían implementado resultaron medidas idóneas para evitar que el público ingrese al local con ese material. Incluso vamos más allá y ante el incesante empleo de pirotecnia, aquellas medidas se mostraban prácticamente irrisorias, pues en los hechos no hubo un solo evento en el cual hayan alcanzado un resultado satisfactorio" (cf. pp. 1898-1905 de la sentencia del TOC n° 24).

Similares consideraciones efectuaron los magistrados al referirse a la cuestión concreta del alegado fomento de los dispositivos pirotécnicos

endilgados a los integrantes del grupo musical, y que los jueces descartaron. En efecto, señalaron que “[La] contradicción evidente de los elementos de prueba no permite sostener que el incentivo [por parte de los miembros del conjunto, con excepción de Argañaraz] esté efectivamente acreditado. Más aún cuando las personas supuestamente incentivadas, como lo son los propios asistentes, aluden a que la banda no lo hacía. Brevemente, los aparentes destinatarios del fomento o incentivo aseveran que tal fomento o incentivo no existía”. (id., p. 2023).

Sin embargo, y esto es determinante, adujeron: “Sí hemos podido extraer una conclusión: que la banda toleraba el uso de pirotecnia. Ello así, pues su empleo en los recitales fue siempre una constante y nada serio se hizo para evitar que esa práctica cesara definitivamente” (id.).

La sentencia de la Sala III confirmó este extremo del pronunciamiento de la instancia anterior. El primer votante sostuvo que “[h]a quedado suficientemente demostrado, como se desprende de la sentencia, que durante las presentaciones de ‘Callejeros’ se detonaba pirotecnia y que aquélla brindada la noche del 30 de diciembre de 2004 no fue la excepción”. Más aún, enfatizó que “si de una circunstancia no hay dudas es que la presencia de pirotecnia era una constante en los recitales de ‘Callejeros’. Dicha afirmación no sólo encuentra corroboración en las manifestaciones de los testigos, tanto de quienes asistían asiduamente a los eventos como de los que concurrían por primera vez, sino que también es fácil de verificar a través de las imágenes que surgen de los videos de los shows brindados en distintos sitios del país (véase la prueba identificada con el n° 274). También en numerosas revistas de rock, tales como ‘El Acople’ y ‘Soy Rock’, obran crónicas de los recitales del grupo ‘Callejeros’ en las que se hace constante referencia a la pirotecnia utilizada por los asistentes” (cf. p. 483 de la sentencia 473/11 de la Sala III de esta Cámara).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

La jueza Catucci, por su parte, formuló su adhesión en los siguientes términos: *"En efecto, conforme fuera extensamente valorado por el Dr. Riggi en el voto precedente, el uso de pirotecnia en los recitales de 'Callejeros' no sólo era posible sino una constante..."* (id., p. 817).

Por lo demás, esa circunstancia tampoco fue objetada por los recurrentes, quienes centraron sus embates en la conclusión de que los integrantes del grupo musical *fomentaban* el uso de artefactos pirotécnicos, pero no aquella, implícita pero lógicamente previa, referida simplemente a que la detonación de tales dispositivos con ocasión del espectáculo era, por decirlo de algún modo, una certeza práctica.

Ahora bien, ha quedado establecido previamente que al menos la elección de "República Cromañón" fue una decisión tomada conjuntamente por todos los integrantes del grupo; y que, aplicando una sencilla fórmula de dependencia contrafáctica (doctrina de la *conditio sine qua non*) es fácil advertir que esa decisión estuvo causalmente relacionada con la producción del incendio, pues de no haber tenido lugar, el resultado peligroso no se habría producido.

Pues bien, verificada la relación de causalidad fáctica, la cuestión dirimente es si el resultado "incendio peligroso" es normativamente imputable a esa conducta. Y aquí ciertamente ninguna duda cabe, tampoco: la puesta en práctica de la decisión de brindar un recital que concentraría a miles de personas en un recinto cerrado (i.e., el local bailable "República Cromañón"), cuando existía certeza práctica de que se detonarían artefactos de pirotecnia sin control alguno, irremediablemente entrañó por sí misma un riesgo no permitido de incendio peligroso para la vida, siendo ese resultado precisamente la realización del riesgo creado.

En efecto, todas las demás conductas que diversos actores desplegaron, lícita e ilícitamente, concurrentemente y con ocasión de esa decisión primigenia (v.gr., entre otras, la puesta en venta de un número de

entradas completamente desproporcionado con la cantidad de personas que podían ingresar a Cromañón; el modo al menos peculiar en el que se desarrolló el “cacheo”; el entorpecimiento de los medios de evacuación; la colocación de material inflamable en el cielorraso; el disparo concreto del artefacto que provocó el foco ígneo etc.) a lo sumo *elevaron* el riesgo ínsito ya en la conducta original. Pues, en efecto, aun si todas esas conductas posteriores y subordinadas a la que es objeto de análisis no hubieran existido (o se hubieran realizado conforme a derecho), es indudable que con la convocatoria de miles de personas a un recinto cerrado en donde con seguridad se utilizaría pirotecnia de un modo completamente descontrolado, el riesgo de incendio ya superaba lo socialmente tolerable, al menos desde el momento en que la decisión se plasmó en acciones concretas tendientes a realizarla. Y un riesgo que, por lo demás, personas cuidadosas, que prestaran la debida atención al peligro que estaban generando para la vida y la integridad de su público, sus seres queridos y de ellos mismos, no habrían creado.

Así, por ejemplo, el hecho de que la mediasombra fuera inflamable ciertamente elevó el riesgo de incendio; pero de todos modos ya la propia configuración del evento hacía inaceptablemente probable que éste ocurriera por deflagración de un elemento del escenario, de las ropas de un asistente, de una bandera, etc. -todas ellas variaciones hipotéticas del curso causal sin virtualidad suficiente para conmovir la adecuación típica de la conducta-. Algo similar puede decirse prácticamente de todas las demás condiciones que desembocaron en el resultado: el adecuado estado de los medios de evacuación podría haber reducido el riesgo para muchas víctimas, pero ciertamente no neutralizaba el peligro típico; una convocatoria menor, ajustada a las verdaderas posibilidades físicas del establecimiento, quizá también habría disminuido el riesgo latente, pero tampoco excluía su producción con probabilidad rayana en la certeza.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Lo dicho hasta aquí exige efectuar algunas aclaraciones antes de continuar.

En primer lugar, por cierto, que en nada modifica la conclusión que alcancé el hecho de que el uso de pirotecnia sin control no fuera patrimonio exclusivo de los recitales de "Callejeros": en todos los eventos desarrollados de manera análoga podría en efecto hallarse la misma clase de infracción a las normas de cuidado debido. Pero la diferencia en esta oportunidad fue la realización efectiva del incendio peligroso y las muertes que éste provocó, que es una condición objetiva impuesta por ley a la que la aplicación del reproche penal se encuentra supeditada.

Esto no debería extrañar, pues forma parte de la realidad cotidiana en otros ámbitos de la vida: miles de personas pueden conducir vehículos intoxicados con alcohol o estupefacientes, conductas que en sí mismas no importan más que una contravención o una infracción a regulaciones administrativas. Pero cuando uno de esos conductores inhábiles causa lesiones o incluso la muerte de otra persona, de modo tal que ese resultado se explica como realización del riesgo propio de manejar en estado de ebriedad o intoxicación, su conducta trasciende el ámbito de lo meramente infraccional y se proyecta hacia lo penalmente prohibido, siendo *prima facie* típica de los delitos de homicidio o lesiones culposas, según corresponda.

Para decirlo con otras palabras: es posible que en efecto las normas de cuidado debido se infrinjan infinidad de veces diariamente -al conducir sin respetar la reglamentación de seguridad; al dar para consumo de un bebé productos vencidos; o al llevar adelante un espectáculo masivo en lugares cerrados en donde se detonará pirotecnia de forma descontrolada-. Pero la sociedad jurídicamente organizada -el Estado- no castiga penalmente todas y cada una de esas infracciones, sino que destina sus limitados recursos a hacerlo únicamente en los casos en los que la conducta imprudente causa alguno de los resultados tipificados en la ley. Y cuando

el resultado efectivamente ocurre es ciertamente inaceptable cualquier intento de excluir la responsabilidad penal sobre la base de que otros se comportan también imprudentemente de manera análoga y no son penados. En eso consiste precisamente la criminalización del comportamiento imprudente supeditado a condiciones objetivas de punibilidad.

Tampoco obsta a la atribución del resultado el hecho de que los aquí recurrentes no se hayan representado el peligro al que estaban sometiendo a los concurrentes al evento con su decisión de realizarlo en un lugar de las características de "República Cromañón". En efecto, en ello radica la esencia misma del delito imprudente cuya comisión se les reprocha; de otro modo, la calificación jurídica podría haber sido incluso más gravosa. La imprudencia en su accionar estuvo caracterizada por su conocimiento y aceptación del así llamado "síndrome de riesgo"; esto es, el conjunto de las circunstancias que hacían de la suya, una acción riesgosa en el sentido capturado por el tipo penal del art. 189, 2º párrafo, a saber: el hecho de que el lugar seleccionado para convocar a su público era un recinto cerrado; y que allí se detonarían elementos pirotécnicos sin control alguno. Que del conocimiento y aceptación de esas circunstancias objetiva y reconociblemente riesgosas no hayan sido capaces de comprender el peligro al que estaban sometiendo a los concurrentes es, precisamente, de aquello de lo que se deriva su responsabilidad *culposa* por el hecho luctuoso que se les atribuye.

A su turno, cabe enfatizar que del razonamiento que vengo desarrollando en modo alguno puede extraerse conclusión alguna que implique que *cualquier* espectáculo masivo en un espacio cerrado será ilícito en el sentido del tipo capturado en el art. 189, 2º párrafo: pero sí, al menos en principio, en aquellos en donde exista certeza respecto del uso de pirotecnia descontrolada, y siempre que el resultado en efecto se produzca como consecuencia de ello.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Tampoco puede sostenerse razonablemente que de lo expuesto pueda derivarse la conclusión -inaceptable- de que quien convoca a un espectáculo masivo ha de responder por todos y cada uno de los resultados tipificados que tengan lugar con ocasión del desarrollo del evento. Ciertamente no es ello lo que aquí se está afirmando, sino solamente que quienes lo hacen responden, como en todos los ámbitos de la vida social, por la configuración de aquellos resultados delictivos que constituyan la realización de los riesgos intolerables que esa conducta entraña.

Por último, he de dejar a salvo que lo dicho hasta aquí no importaba en modo alguno proscribir el ejercicio lícito de la actividad artística del grupo musical o del uso comercial de "República Cromañón" para realizar espectáculos. En efecto, todo lo demás igual, es ostensible que un grupo con la impronta de "Callejeros" bien podría haber seguido realizando presentaciones, al menos en principio de acuerdo a lo dicho hasta aquí, en la medida en que no lo hiciera en espacios cerrados. Por su parte, "República Cromañón" -nuevamente, *ceteris paribus*- bien podría haber funcionado lícitamente como sede de espectáculos masivos, siempre y cuando éstos, por las características de su realización, la convocatoria, etc., se realizaran con arreglo a la normativa de seguridad relevante y no involucraran riesgos inadmisibles de producir resultados jurídico-penalmente reprochables.

Sentado cuanto precede, cabe destacar que, al generar imprudentemente un riesgo jurídicamente desaprobado de incendio peligroso para la vida, Fontanet, Carbone, Torrejón, Djerfy, Delgado, Vásquez y Cardell asumieron, correlativamente, el deber de neutralizarlo; esto es, ni más ni menos, que una posición de garantía material -del mismo modo en que quien excede el límite de velocidad en la conducción de un automotor generando así riesgos de lesiones y muertes asume el deber de garantizar que esos riesgos no se realizarán en un resultado prohibido, por ejemplo, llevando nuevamente la

velocidad por debajo del límite antes de que éstos se produzcan-.

La acción debida, así, aparece con claridad y no es otra que la señalada en la sentencia impugnada: ésta consistía en la suspensión total y definitiva del espectáculo en las condiciones riesgosas en las que estaba encaminado a desarrollarse como plasmación de la decisión primigenia que los integrantes de "Callejeros" habían adoptado.

Encuentro, asimismo, que todos los recurrentes contaban con la capacidad individual de llevar adelante esa conducta debida: no era ni siquiera necesario esperar a que el show comenzara; en cualquier momento desde que la decisión de presentarse en un recinto de las características de "República Cromañón" había comenzado a ejecutarse, cada uno de ellos tuvo la posibilidad, sencillamente, por ejemplo, de advertir a las autoridades correspondientes que el espectáculo se realizaría en condiciones tales que no podían garantizar razonablemente la seguridad de los invitados, de modo tal que se procediera a su prohibición. En efecto, la posición de garantía que habían asumido hacía que ello fuera su deber y por ello, en definitiva, es que habré de propiciar el rechazo de este aspecto de la impugnación intentada.

4.iv. Recurso de Raúl Alcides Villarreal.

En lo que respecta específicamente a la condena de Raúl Alcides Villarreal como autor del delito de incendio culposo seguido de muerte (art. 189, 2º párrafo del C.P.), la sentencia impugnada le atribuyó haber adoptado conductas que, en infracción a las reglas de cuidado debido, contribuyeron a elevar el riesgo de incendio que a la postre se realizó en el resultado.

En ese orden de ideas, el juez que votó en primer término indicó, en lo relevante, que *"varios concurrentes y personal de control lo mencionaron [a Villarreal] como facilitando el ingreso de espectadores a cambio de una suma de dinero, sin la entrada correspondiente y evitando un cacheo adecuado -así lo*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

sostuvieron Juan Masullo, Claudio Ruiz, Fernando Zerpa, María del Pilar Rodríguez Grellet y Paula Perez-" (cf. p. 522 de la sentencia aquí bajo revisión, n° 473/11 de la Sala III).

Asimismo, concluyó que, ante la ausencia de Chabán -quien sólo llegó al localailable más tarde-, fue Villarreal quien dio la orden de permitir el ingreso de una cantidad de público abrumadoramente por encima de lo permitido y razonable. En sus palabras: *"...cuando Chabán no se encontraba, Villarreal era el encargado de 'dar puerta', es decir, de permitir el ingreso del público al local -así se manifestaron Juan Carlos Bordón, Héctor Albornoz, Fernando y Héctor Zerpa-. El propio acusado dijo que 'daba la orden de empezar' o 'tomaba la decisión de empezar el recital'. Inclusive y según lo dicho por Lorenzo Bussi, el día del hecho se demoró el inicio de la venta de entradas porque el acusado llegó tarde; es que, según dijo, 'hasta que Raúl no llega no pasa nada'"* (id. p. 523).

Por lo demás, el magistrado consideró como un aporte al incremento del riesgo de incendio la intervención que tuvo Villarreal en el pacto espurio sellado con funcionarios de la Policía Federal, precisamente para permitir que el espectáculo pudiera ser llevado adelante en las peligrosas condiciones en las que tuvo lugar. Si bien volveré sobre esta cuestión al analizar específicamente la responsabilidad de Villarreal por su participación en el delito de cohecho activo, no puedo dejar de mencionar aquí que, habiendo sido condenado como partícipe secundario de la maniobra por el Tribunal Oral, y luego como partícipe necesario por la Sala III de esta Cámara, su impugnación en esta instancia se encuentra ceñida a determinar en definitiva el grado de su intervención, sin que se encuentre en discusión que ella efectivamente ocurrió.

Por su parte, la jueza que siguió en el orden de votación adhirió al voto del magistrado preopinante en los siguientes términos: *"...coincido con mi colega [...] en que el imputado [Villarreal], ejerció tareas*

imprescindibles vinculadas al funcionamiento del local que, como se verá más adelante, importaron una violación al deber de cuidado que coadyuvó a la configuración del resultado típico" (p. 807).

En ese sentido, adujo que "[h]a quedado acreditado que el día 30 de diciembre del año 2004, Raúl Alcides Villarreal, ante el conocimiento de las condiciones antirreglamentarias en que funcionaba el local 'República Cromañón', fue la persona que "dio puerta", es decir, que permitió el ingreso del público al establecimiento. A este respecto, el testigo Héctor Zerpa, parte del grupo destinado al cacheo de los asistentes explicó que esa noche 'era Villarreal quien decidía cuando se abrían las puertas para que el público ingrese'. En sentido similar, Fernando Zerpa destacó que el nombrado llegó a las 17hs. el día 30 de diciembre y que 'fue quien les indicó como debían realizar su trabajo, esto es, a qué hora tenían que abrir las puertas del local y en qué sentido debían organizar la fila de concurrentes para controlar el acceso'" (p. 809).

En palabras de la jueza, "[a]nte el conocimiento de las irregularidades y el peligro que entrañaba la realización del espectáculo en las consabidas condiciones de organización, la apertura de puertas para que el público ingrese al lugar, se muestra como una conducta claramente imprudente lesiva del bien jurídico seguridad pública, puesto que fue a partir de ese acceso que los concurrentes se vieron expuestos al riesgo de incendio que existía en el local".

Por su parte, señaló que Villarreal "...incluso facilitó el ingreso de algunos concurrentes sin entradas y los dispensó del control a que eran sometidos muchos otros...". De esta manera -prosiguió "...la conducta negligente de Villarreal incidió inequívocamente en el resultado final, por lo que debe afirmarse su responsabilidad penal por el tipo culposo" (p. 810).

Por último, al igual que el juez Riggi, en los siguientes términos consideró que la intervención de Villarreal en el cohecho activo consumado importó también



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

la del riesgo de incendio: *"Raúl Villarreal intervino de manera relevante en el pacto espurio celebrado entre Omar Chabán y el Subcomisario Díaz para garantizar el funcionamiento del local "República Cromañón" en las condiciones irregulares que ya hemos ponderado extensamente y que permitían el desarrollo de la actividad del local por fuera de las ordenanzas y reglamentos que debían observarse para el cuidado de la seguridad de los asistentes"* (p. 811). Por ello, en definitiva, observó que *"...su responsabilidad no está centrada en si cumplía o no un papel de garante, sino en que contribuyó con su voluntad y conducta en todas las tareas que Chabán le encomendaba y en otras en las que le dio poder de decisión"* (id.).

Ahora bien, en su impugnación, la recurrente se agravió por considerar que la sentencia impugnada tuvo incorrectamente por probados *"hechos que no sucedieron, tales como el de 'dar puerta' la trágica noche del 30 de diciembre como así haber permitido el ingreso de personas sin que se efectuara el 'cacheo' de rigor, hechos que no sucedieron así, puesto que no fue nuestro defendido quien dio puerta"*.

Asimismo, consideró carente de fundamento las conclusiones según las cuales su asistido *"...no dio ninguna orden para agilizar las vías de escape..."* y que se *'...desempeñaba en todos los órdenes de la actividad que se desarrollaba en el local, a saber: vendía entradas en boletería, practicaba liquidaciones y confeccionaba el bordereaux reuniéndose con los managers y armando algunas fechas, dirigía al personal de seguridad o control y disponía su número..."*, aduciendo concretamente que *"...en el caso de Callejeros quedó probado en la audiencia de debate que el personal de seguridad había sido puesto por el grupo por lo que Villarreal jamás pudo 'dirigir' al personal de seguridad"* (fs. 74580).

Por lo demás, consideró que se incurrió en arbitrariedad *"...al pretender que Villarreal tenía autoridad para modificar las salidas y que pese a ello no dio ninguna orden para agilizar las vías de escape, sino*

que por el contrario dio orden de cierre de los portones violetas del hall central", lo que constituyó, según la sentencia impugnada, a acentuar el riesgo (fs. 74583 vta.).

Ya de los términos de la impugnación transcrita resulta evidente que los planteos casatorios contra este extremo de la sentencia no pueden prosperar. En efecto, los magistrados de la Sala III que formaron mayoría en lo que respecta a la materialidad de las conductas atribuidas a Villareral concluyeron que los aportes que éste realizó al incremento del riesgo de incendio seguido de muerte fueron, al menos, (i) permitir, ante la ausencia de Chabán, el acceso de una cantidad de público muy por encima tanto de lo reglamentariamente admisible, como de lo que resultaba ostensiblemente razonable dadas las dimensiones del recinto; (ii) permitir el ingreso de personas sin efectuar inspecciones adecuadas para minimizar las chances de que ingresaran artefactos pirotécnicos; y (iii) intervenir de manera ilícita en un acuerdo espurio pergeñado precisamente para permitir que el recital del 30 de diciembre se pudiera desarrollar en condiciones absolutamente irregulares y peligrosas para la vida y la integridad física de una pluralidad de personas.

Como indiqué al referirme a la responsabilidad de los integrantes del grupo musical, frente a la certeza práctica de que durante el show se detonarían fuegos pirotécnicos -con la que también contaba Villarreal- cada una de esas conductas por sí misma importó ciertamente la elevación de la probabilidad de incendio peligroso para la vida que, a su vez, se realizó en el resultado. Así, para objetar adecuadamente la imputación cursada, la defensa debió haber cuestionado todos y cada uno de los fundamentos que dieron lugar a la identificación de esos comportamientos y calificación como infracciones al deber de cuidado. Como se ve, empero, sus agravios sólo han sido dirigidos a impugnar las conductas que identifiqué como (i) y (ii) -esto es, el haber "dado puerta" y haber



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

exceptuado del cacheo a personas que podían ingresar los artefactos que luego serían detonados-.

De esta manera queda sellada la suerte del recurso intentado -al menos en este aspecto- pues aun cuando la defensa llevara la razón en lo que respecta a los comportamientos imprudentes que mencioné en el párrafo anterior, lo cierto es que la sentencia seguiría contando con fundamentos suficientes para respaldar la condena dictada, en la medida en que el resultado de incendio seguido de muerte resulta objetivamente imputable a la intervención de Villarreal en la maniobra ilícita tendiente a lograr la aquiescencia de las autoridades para llevar adelante un espectáculo masivo en condiciones cuya materialidad no está en discusión en esta instancia -y respecto de la cual, por lo demás, la defensa de Villarreal sólo manifestó un disenso inocuo-.

Sin perjuicio de lo mencionado, he de mencionar que tampoco asiste razón a la recurrente respecto de los puntos que sí fueron objeto de impugnación.

En este sentido, la sentencia cuestionada tuvo por probado que fue Villarreal quien el día de los hechos dio la orden de que el público ingresara sobre la base de los testimonios de Juan Carlos Bordón, Héctor Albornoz, Fernando Horacio Zerpa y Héctor Zerpa.

El primero de los nombrados en efecto manifestó durante el debate que *"Los días que había conciertos, Raúl Villarreal controlaba que afuera no haya gente cerca del hotel y 'daba puerta', es decir, indicaba que se inicie la venta de entradas y el ingreso del público al recinto"* (p. 723 de la sentencia del TOC).

Por su parte, Albornoz expresó que *"... normalmente quien autorizaba el ingreso del público era Chabán y que si éste no estaba lo hacía Villarreal, quien era 'su mano derecha'"* (id., p. 706). Coincidió en ello Fernando Zerpa, recordando que *"[l]os días 28, 29 y 30 de diciembre de 2004, llegó a 'República Cromañón', aproximadamente, a las 15.00 horas, ingresando directamente debido a que las puertas del local se encontraban abiertas [y] agregó que Villarreal llegó un*

poco más tarde, a las 17.00 horas. Éste fue quien les indicó cómo debían realizar su trabajo, esto es, a qué hora tenían que abrir las puertas del local y en qué sentido debían organizar la fila de concurrentes para controlar el acceso" (id., p. 619).

Finalmente, Héctor Zerpa señaló específicamente que, en relación con los recitales del 28, 29 y 30 de diciembre de 2004 "[e]ra Villarreal quien decidía cuándo se abrían las puertas para que el público ingrese" (id., p. 625).

Como observan los sentenciantes, asimismo, los testimonios referidos guardan identidad con lo expresado por el propio Villarreal en las sucesivas declaraciones indagatorias incorporadas por lectura al debate. En esas oportunidades refirió: "Al local [por República Cromañón] lo abría Mario desde temprano, mientras que la venta de entradas comenzaba cuando la banda -información que trasladaba el manager del grupo- y el lugar se encontraban listos. La orden de comenzar la daba [yo] mismo en caso que Chabán no se encontrara presente" (id., p. 1380).

Reiteró esa tesitura el ser indagado nuevamente, indicando que "...cuando no estaba Chabán era el encargado de 'dar puerta', es decir, al comenzar con el ingreso del público una vez informado sobre las condiciones internas y externas de la organización. Sobre las primeras aclaró que se relacionan con el lugar donde se formalizará el show, mientras que las condiciones externas aluden a la fila de concurrentes y al personal avocado al cacheo" (id., p. 1382).

Ahora bien, dado que Omar Chabán no llegó al local República Cromañón sino hasta minutos antes de que comenzara el recital, pasadas las 22hs. (cf. id., p. 1869), no queda espacio para dudar razonablemente de que haya sido Raúl Villarreal quien dio la orden de que el público ingresara: como correctamente se señala en la sentencia impugnada, era la única persona que, en esas condiciones, podía hacerlo -y así en efecto ocurría habitualmente, cuando Chabán no se encontraba presente-.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

La impugnación de la defensa, así, no trasunta más que una discrepancia subjetiva con la resolución, que mal puede resultar hábil para conmoverla.

Tampoco puede decirse que, al "dar puerta", Villarreal se haya limitado a cumplir una orden de Chabán, de modo que la conducta le resultara atribuible únicamente a éste último. Antes bien, como surge de los testimonios y de las declaraciones transcriptas, independientemente de la relación que lo unía con el explotador comercial del local -"socio minoritario", "mano derecha", "simple empleado", etc.-, ha quedado demostrado que Villarreal contaba con amplio poder para disponer la apertura de puertas cuando, según su discrecionalidad, las "circunstancias externas e internas" fueran apropiadas. Investido con ese rol, la observancia de los deberes de cuidado a su cargo exigía que no permitiera el acceso de un número de personas por encima de lo reglamentariamente admitido, pues el riesgo de que, entre otras cosas, un foco de incendio se tornara peligroso para la vida y la integridad física de los concurrentes aumentaba proporcionalmente a medida que las chances de evacuación del recinto -una función de la sobreocupación del lugar- disminuían.

Nótese, por lo demás, que aun si Villarreal hubiera creído sinceramente que República Cromañón podía acoger con seguridad un número mucho mayor de personas que las que efectivamente admitió, ello no juega ningún papel aquí, en la medida en que lo que se le atribuye no es un delito doloso, sino imprudente. Y una persona cuidadosa promedio, en efecto, habría detenido el ingreso de personas luego de superado cierto margen razonable de seguridad. Como mínimo, habría informado de la situación a quien correspondiera -i.e., Omar Chabán- para deslindar en él la decisión y, con ella, la responsabilidad.

También advierto que se encuentra debidamente motivada la conclusión de la Sala III en relación con que Villarreal permitió el ingreso de personas sin ser revisadas, elevando así el riesgo de que ingresen artefactos pirotécnicos al recinto y, de esa manera, la

probabilidad de incendio típico del art. 189, 2º párrafo del C.P. En este sentido, la sentencia recurrida hizo referencia a los testimonios de tres concurrentes al espectáculo -Juan Francisco Masullo, María del Pilar Rodríguez Pellet y Paula Gisella Pérez-, quienes fueron dispensados de la inspección por parte de Villarreal.

Así, Masullo relató que preguntó a Villarreal *"...si había posibilidad de entrar [al espectáculo] y que el nombrado le solicitó que aguardara unos instantes allí."* Lo vio entonces conversar con una persona, luego de lo cual Villarreal *"...se acercó a él, le informó que podría ingresar y lo acompañó hasta las puertas que daban a la vereda. [...] Puso de resalto que entró al recinto por el sector izquierdo sin ser revisado por ninguna persona."* (p. 426 de la sentencia del TOC).

Por su parte, Rodríguez Grellet manifestó que *"...su hermana y ella no fueron incluidas en la lista de invitados, sino que Villarreal que estaba en el hall, las dejó entra. [...] que sólo le revisaron su bolso y que no fueron 'cacheadas' ya que no había ninguna mujer efectuando esa tarea"* (id., p. 526).

Finalmente, Pérez relató que *"tanto a Omar Chabán como a Raúl Villarreal los conoce porque era asidua concurrente del boliche 'Cemento'"* y que *"...el último de los nombrados generalmente estaba en la puerta del local, por lo que cuando no llegaba a juntar el dinero para adquirir la entrada hablaba con aquél para que la dejara pasar"*, añadiendo que *"...cuando compraba la entrada siempre la controlaban, aunque más no sea por encima; por el contrario, en los supuestos en los que Villarreal le permitía el acceso no era revisada"* (id., p. 598).

Asimismo, la decisión recurrida tuvo en cuenta los testimonios de dos de las personas que efectuaban las inspecciones correspondientes. Claudio Ruiz, en primer lugar, contó que *"todos los asistentes eran revisados, pero ese día [el 30 de diciembre de 2004] Villarreal ingresó acompañado por una chica y dos chicos más"*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

conocidos suyos, los que no fueron inspeccionados por el personal de control" (id., p. 656).

Fernando Horacio Zerpa, por su parte, relató que "[e]n el caso particular de 'República de Cromañón', las diversas tareas de control que debía llevar a cabo le eran informadas por Bussi, quien previamente recibía las ordenes de Villarreal". Agregó que "Villarreal llegó un poco más tarde, a las 17.00 horas [y] fue quien les indicó cómo debían realizar su trabajo, esto es, a qué hora tenían que abrir las puertas del local y en qué sentido debían organizar la fila de concurrentes para controlar el acceso". Con relación al cacheo, recordó que "uno de esos días [en los que "Callejeros" se presentó en "República Cromañón"] pudo observar que Villarreal le manifestó a su compañero, Leo Montero, que dejara pasar a unas personas sin ser revisadas porque eran invitados de él, lo que no fue objetado por ninguna de las personas de control porque Villarreal 'era el encargado'" (id., p. 620).

Todas ellas, en fin, dan cuenta de que efectivamente Villarreal colaboró activamente en el ingreso de público que no era "cacheado", conducta a la que también, como se sostiene en la decisión recurrida, corresponde imputar objetivamente la producción del incendio.

Por ello y en consonancia con lo expuesto en los párrafos anteriores, corresponde en definitiva rechazar este extremo de la impugnación deducida.

4.v. Recursos de Fabiana Gabriela Fiszbin, Ana María Fernández y Gustavo Juan Torres.

En este apartado me referiré a las impugnaciones dirigidas por las defensas de Fiszbin, Fernández y Torres contra la atribución de responsabilidad como autores del delito de incendio culposo seguido de muerte (art. 189, 2º párrafo del C.P.). Dado que el hecho enrostrado es, en definitiva, el mismo, también me ocuparé aquí de las objeciones a la subsunción de su conducta en las previsiones del art. 249 del C.P.

Previo a ello, no puedo dejar de mencionar que la defensa de Fabiana Fiszbin enfocó una parte importante de su presentación a cuestionar la sentencia del 19 de agosto de 2009 dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 24, en la inteligencia de que la Corte Suprema, por resolución del 5 de agosto de 2014, habría anulado el pronunciamiento de la Sala III de esta Cámara Federal de Casación Penal.

Como se desprende claramente de los términos del fallo de nuestro Máximo Tribunal -y del dictamen de la Procuración General de la Nación al que se remitió el juez Petracchi en su voto concurrente-, esa interpretación es errónea puesto que -tal y como lo coligieron la totalidad de las demás partes de este proceso-, la manda del fallo no fue otra que remitir la causa a esta Cámara para que, por intermedio de otros de sus integrantes -a la sazón, esta Sala IV- se procediera a la revisión amplia de las resoluciones de fecha 20 de abril de 2011 y 17 de octubre de 2012, emanadas de la Sala III de este cuerpo, para así garantizar el derecho reconocido en el art. 8.2(h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así las cosas, sus agravios serán objeto de análisis en la medida en que sus consideraciones resulten aplicables al reproche que en definitiva se le formuló en las sentencias que son objeto de revisión, y en aquella materia que la parte impugna que no haya obtenido, oportunamente, la doble conformidad judicial que demanda la garantía en cuestión.

4.v.a. Indeterminación de la acusación

Como cuestión preliminar, habré de referirme en primer lugar a los planteos de las defensas de Fabiana Fiszbin y Ana María Fernández, quienes postularon que sendas acusaciones cursadas no fueron lo suficientemente determinadas, resultando ello en una afectación a su derecho de defensa en juicio.

En este orden de ideas, la defensa de Fiszbin manifestó en primer lugar que el Fiscal de Cámara la acusó *"de una presunta violación de los deberes de*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

funcionario público, sin individualizar en que momento, en que instante, en que día, y bajo qué circunstancias [su] defendida habría omitido cumplir sus deberes funcionales."

A su turno, respecto de los querellantes particulares, sostuvo que la acusaron por *"diferentes hechos delictuosos, homicidio doloso, estrago doloso y estrago culposo, sin individualizar tampoco las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la presunta comisión delictiva que se le reprochaba a [su] defendida."* También criticó en particular la réplica efectuada por el doctor López Santos, quien en representación de uno de los querellantes sólo se ocupó, según el recurrente *"...de hablar de política y filosofía, sin contestar ninguno de los agravios de las defensas"*.

La defensa de Ana Fernández, por su parte, transcribió las intimaciones formuladas por el Ministerio Público Fiscal y las querellas particulares a su respecto, indicando que de ellas *"se desprende sin lugar a dudas las inconsistencias internas de cada una de las acusaciones y como así la también las externas, por la sustancial diferencia que se advierte entre todas las hipótesis planteadas por los acusadores"*. Ello, por su parte, se habría traducido, a criterio de la parte, *"en una manifiesta falta de claridad y precisión de la base fáctica que [...] ha entorpecido significativamente el ejercicio de la defensa al tener que plantear una estrategia frente a diferentes hipótesis auto-contradictorias de quienes acusaron a nuestra asistida..."*.

Ahora bien, ante todo he de destacar que, al igual que sucede con otros agravios ya analizados y algunos que restan por estudiar, los planteos de sendas defensas se corresponden con impugnaciones ya intentadas tanto durante el juicio oral, como en los respectivos recursos de casación interpuestos al efecto que, a su turno, merecieron oportuna respuesta tanto por parte del Tribunal Oral en lo Criminal n° 24 como por la Sala III de esta Cámara Federal de Casación Penal. En esas condiciones, no puedo dejar de destacar que el

procedimiento revisor ya ha garantizado, en este aspecto, la doble conformidad judicial exigida por el artículo 8.2(h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin perjuicio de ello, como lo he venido haciendo, corresponde efectuar las siguientes consideraciones.

En primer lugar, comienzo por recordar que el juicio oral y público es la etapa plena y principal del proceso penal, donde el momento de producción de los alegatos finales constituye la fase más estrictamente ligada a la idea de debate, pues, como bien lo sostiene Binder, es allí donde los sujetos procesales deberán presentar al tribunal la solución del caso que cada uno propone, mediante el análisis de la prueba producida y el de las normas que estiman aplicables al caso (cf.: "Introducción al derecho procesal penal", Editorial Ad-hoc, año 2000, segunda edición pág. 264).

La valoración de la prueba en la etapa de juicio, como clara manifestación del derecho de defensa, importa la equiparación de facultades (entre el acusador y el sujeto acusado) en relación a las posibilidades de influir en el resultado de la sentencia, lo cual se refiere al capítulo que intenta reconstruir el comportamiento atribuido, y también al aspecto jurídico del fallo, es decir, a la valoración jurídica del comportamiento que el debate reconstruye -tal como lo destaca Maier-.

Es por ello que, al finalizar el debate, la discusión final entre los intervinientes incluye, no sólo la valoración de la prueba, sino también el significado jurídico del comportamiento que, eventualmente se considere verificado, e, incluso, la determinación de la pena, porque, en base a ello, el defensor y el propio imputado tienen la oportunidad de influir en todos los aspectos que abarcará el fallo -reconstrucción del hecho, valoración jurídica y pena- y, también, de contestar los argumentos y afirmaciones con los que, sobre la base de lo percibido durante el debate, concluye el acusador (contradicción) (cf. Julio B. J. Maier, "Derecho Procesal



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Penal", Tomo I "Fundamentos", Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, segunda edición, pág. 588).

Así, se ha sostenido en un voto concurrente de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti, que "[s]i bien el sistema de enjuiciamiento criminal adoptado por nuestra legislación procesal penal nacional (ley 23.984 y modificatorias) pertenece a los sistemas denominados 'sistemas mixtos', la etapa del debate materializa claramente principios de puro cuño acusatorio dada la exigencia de oralidad, continuidad, publicidad y contradictorio, los cuales no sólo responden a un reclamo meramente legal sino que configuran verdaderos recaudos de orden constitucional (arts. 18 y 24 de la Constitución Nacional; art. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos; art. 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)" (cf. A. 2089. XLI. *in re* "Amodio, Héctor Luis s/ causa 5530", rta. el 12/06/07, en donde la mayoría del Supremo Tribunal declaró inadmisibile la vía extraordinaria con aplicación de lo normado en el art. 280 del C.P.C. y C.N.).

Es que una defensa efectiva presupone que sea el acusador, y no el tribunal de juicio, quien construya, a partir de la prueba producida en el debate, la imputación definitiva, la que debe contener una descripción clara y circunstanciada de los hechos con fundamentos suficientes que le permitan, en razón de su legitimidad, operar sus efectos legales.

La Corte Europea en el caso "Pélissier y Sassi vs. Francia" (25.444/94, [1999] ECHR, párrafos 51-54. Traducción de la Secretaría de la Corte), resolvió que las particularidades del delito juegan un rol crucial en el proceso penal, pues desde el momento de la comunicación de aquéllas es cuando el sospechoso es formalmente puesto en conocimiento de la base fáctica y legal de los cargos formulados en su contra. Y que el artículo 6.3.a) de la Convención Europea reconoce al

imputado el derecho a ser informado no sólo de la causa de la acusación, es decir, de los actos que supuestamente ha cometido y sobre los que se basa la imputación, sino también de la calificación dada a esos actos, información que debe ser adecuadamente detallada.

Se añadió asimismo que el alcance del precepto anterior debe ser determinado, en particular, a la luz del derecho más general referente a un juicio justo, garantizado por el artículo 6.1 de la Convención Europea; y que en cuestiones penales, el precepto concerniente a una información completa y detallada de los cargos formulados contra el imputado y, consecuentemente, a la calificación legal que el tribunal pueda adoptar al respecto, constituye un requisito esencial para asegurar que los procedimientos sean justos.

Concluyó el tribunal citado que los subpárrafos a) y b) del artículo 6.3 están conectados y que el derecho de ser informado sobre la naturaleza y la causa de la acusación debe ser considerada a la luz del derecho del imputado a preparar su defensa.

De manera que, culminada la recepción de la totalidad de la prueba en el debate, la "acusación" que en los términos del artículo 393 del C.P.P.N. debe formularse no puede ser suplida -ni siquiera en forma parcial- por el contenido del requerimiento de elevación a juicio regulado por el artículo 347 del código de rito, pues si bien ese acto fija el límite del objeto del juicio, resultando indispensable para su apertura, dicha pretensión es ejercida sobre la base de motivos "provisionales", pues los hechos que lo conforman deben probarse en el juicio en base a las únicas pruebas válidas: las incorporadas o producidas legítimamente en el debate previo (oral y público, contradictorio y continuo), sin el cual no es posible dictar una sentencia condenatoria constitucionalmente válida (en virtud del principio de legalidad consagrado por el artículo 18 de la C.N., y por los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 25 del Proyecto de



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

reglas mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento penal -derivado de la comisión reunida en Palma de Mallorca durante los años 1990 a 1992-).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido clara en este sentido, en cuanto sostuvo que *"Tal principio fue afirmado ya desde un punto de vista de las formas sustanciales del debido proceso, sin que se haya examinado la cuestión relativa a si el imputado pudo o no defenderse en la situación concretamente planteada en la causa"* (cfr. Considerando 20 del fallo Q.162.XXXVIII.Recurso de hecho., Quiroga, Eduardo Oscar s/ causa n° 4302, rta. el 23/12/04; con cita del criterio especialmente reforzado a partir del caso "Cáseres", registrado en Fallos: 320:1891).

Ahora bien, en el caso sometido a estudio, resulta innegable la capacidad real de ejercer una efectiva defensa en juicio tanto por parte de los letrados que asistieron a Fiszbin, como de quienes se ocuparon de la defensa de Fernández, lo que, tal como sostiene el voto mayoritario de la Sala III *"...es fácil de verificar gracias a la conducta adoptada a lo largo del juicio"*.

En efecto, durante el transcurso del debate las defensas participaron en la producción de prueba que hacía a sus respectivas teorías del caso y tuvieron la oportunidad y posibilidad de brindar todas aquellas explicaciones que creyeran pertinentes durante el juicio. Incluso en la discusión final las defensas formularon sus pormenorizadas apreciaciones vinculadas al plexo probatorio y tuvieron la posibilidad de refutar las acusaciones tanto del Ministerio Público Fiscal como las de las querellas. En este sentido, en particular, no alcanza a comprenderse el agravio impetrado por la defensa de Ana María Fernández, en la medida en que más allá de la transcripción genérica de las acusaciones, no ha identificado -y con seguridad no surgen "palmarias" como la parte sugiere- aquellas "inconsistencias internas y externas" que, a su criterio, habrían tornado irrealizable su derecho a defenderse en el juicio.

Ciertamente, la pluralidad de acusaciones responde a las particulares circunstancias del caso, con numerosas víctimas fatales a quienes el ordenamiento procesal les reconoce, en lo aquí relevante, autonomía de actuación. El hecho de que sus respectivas interpretaciones de los hechos sean, en algunos casos, incompatibles entre sí, no alcanza para vulnerar el derecho alegado si no se demuestra que las intimaciones han faltado a las exigencias legales -nada de lo cual la parte ha logrado mostrar que se verifique-.

Por su parte, la defensa de Fiszbin pretende una vez más ante esta instancia que se formule una descripción de las circunstancias exactas de lugar, fecha, y hasta hora y ocasión de la conducta ilícita que se le atribuye; una exigencia a todas luces excesiva y carente de fundamento legal, a poco se advierte que el reproche mismo refiere a un comportamiento conformado por una pluralidad de actos de gestión, prolongado en el tiempo, y en infracción sostenida de los deberes que la sujetaban funcionalmente.

Asimismo, el agravio no puede tener acogida favorable en virtud de que se no se advierte, ni demuestran las recurrentes, que como consecuencia del defecto invocado se haya visto cercenado el ejercicio del derecho a la defensa de Fiszbin y Fernández en el juicio.

En efecto, ninguna de las partes ha cumplido con el requisito indispensable para que proceda la vía intentada, que es explicar cuáles han sido las herramientas de defensa de las que se vieron privadas con motivo del vicio alegado. Se trata en definitiva de fundar el agravio, de demostrar la existencia de algún perjuicio que hubiera afectado la posibilidad de las imputadas de contrarrestar las acusaciones formuladas a su respecto, y que constituía un imperativo de su propio interés.

No se me escapa, por cierto, que la defensa de Fernández efectuó en su presentación una reseña de afectaciones concretas para completar su pretensión, pero ellas, se advierte, están referidas exclusivamente a la



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

estrategia defensiva que la parte -según sostiene- se habría visto privada de ejercer en virtud del cambio de calificación efectuada por la Sala III de esta Cámara, cuestión a la que me referiré puntualmente más adelante y que no guarda una relación más que indirecta con la indeterminación de las acusaciones que conforma el objeto del agravio en estudio.

En otras palabras, en fin, el planteo de invalidez de las acusaciones resulta manifiestamente incompleto, puesto que no se ha demostrado la afectación al derecho de defensa al que aluden las recurrentes; y en consecuencia, corresponde rechazar la impugnación sobre este aspecto.

Por otra parte, tampoco resulta atendible la tacha de nulidad de la réplica efectuada por el abogado Arturo López Santos -representante de una de las querellas-, siendo de aplicación las consideraciones efectuadas en los párrafos precedentes. En efecto, la acusación no presenta defectos que puedan ser conminados con pena de nulidad y tampoco se advierte ni ha demostrado el recurrente la afectación de un derecho sustancial como es el derecho de defensa en juicio.

En este sentido, como ya he señalado, no puede desconocerse que ante la ausencia de un perjuicio concreto que amerite la declaración de nulidad pretendida, no es dable declarar inválidos actos procesales que pueden exhibir meros defectos formales. De allí que no corresponde declarar la nulidad por la nulidad misma, en exceso ritual manifiesto.

En esa inteligencia, esta Sala IV tiene dicho que *"...las nulidades tienen un ámbito de aplicación restrictivo; y que, en todo caso, su declaración no resulta procedente si carece de utilidad para mejorar la situación de quien la invoca. Es que la nulidad no es un fin en sí misma, requiriendo la producción de un gravamen cierto que lleve a justificar una decisión contraria a la adoptada en la sentencia; de adverso, aún a despecho de su irregularidad, el acto no puede ser invalidado en el solo beneficio de la ley."* (conf., entre

otros, fallos "AYALA, Ofelia s/recurso de casación", causa Nro. 1426, rta. el 17/9/99, Reg. Nro. 2070.4; "GONZALEZ, Víctor Ramón y ACOSTA, María Rosa s/recurso de casación", causa Nro. 1274, rta. el 2/8/99, Reg. Nro. 1974.4; "DI GIANNI, Cristian Marcelo s/recurso de casación", causa Nro. 1117, rta. el 27/11/98, Reg. Nro. 1618.4; "GATICA, Eduardo José s/recurso de casación", causa Nro. 1188, rta. el 26/4/99, Reg. Nro. 1800.4 y "GAGLIANO, Cecilia s/recurso de casación", causa Nro. 949, rta. el 23/11/98, Reg. Nro. 1602.4." (Causa Nro. 1785, "TROVATO, Francisco Miguel s/ rec. de casación". Reg. Nro. 2614, rta. el 31 de mayo de 2000).

En definitiva, la nulidad no es un fin en sí mismo, y requiere la producción de un gravamen cierto que lleve a justificar una decisión contraria a la adoptada en la sentencia, circunstancia que no se advierte ni ha logrado demostrar la defensa de Fiszbin en el marco de la impugnación presentada.

4.v.b. Estructura del organismo de contralor gubernamental al que pertenecían los acusados.

Ahora bien, sentado cuanto antecede, en lo que aquí es de interés y no ha sido impugnado por las partes, corresponde delinear en primer lugar cuál era la estructura del organismo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires al que pertenecían los ex funcionarios condenados, encargado del contralor del funcionamiento de los locales bailables como "República Cromañón".

En este orden de ideas, se determinó que mediante el decreto n° 2116 de la Jefatura de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, del 10 de noviembre de 2003, se suprimió la entonces llamada "Dirección General de Verificaciones y Control" y se creó, como contrapartida, el Organismo fuera de Nivel "Unidad Polivalente de Inspecciones" (UPI), dependiente de la Subsecretaría de Regulación y Fiscalización de la Secretaría de Gobierno y Control Comunal. Se le transfirió, a su vez, el patrimonio, presupuesto y personal de una Unidad del mismo nombre pero de creación anterior y distinta ubicación en el organigrama del poder ejecutivo local



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

(cf. resolución n° 15/SGYCC/2002), que fue oportunamente suprimida. Asimismo, el artículo 9 de decreto referido autorizó a la Secretaría de Gobierno y Control Comunal a asignar a los profesionales de la UPI funciones de inspección y verificación, facultándolos a labrar las correspondientes actas de comprobación en caso de verificarse incumplimientos a la normativa vigente, y a actuar conforme lo establecido en el artículo 2 del decreto n° 1363/02 (i.e., facultad de disponer clausuras preventivas cuando se encuentren gravemente afectadas las normas de higiene, seguridad y orden público). Al igual que a su predecesora funcional, a la Unidad Polivalente se le asignó "Función Crítica Alta" en el escalafón remunerativo, de acuerdo con las responsabilidades que su titular tendría a cargo -esencialmente, como se verá, nada menos que ejercer de manera integral y coordinada el poder de policía en la égida de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (cf. decretos 726/01 y su modificatorio 761/01 del Poder Ejecutivo local)-.

Con posterioridad, por decreto n° 2696/03 del 11 de diciembre de 2003, se dispuso el cambio de denominación de la mencionada ex "Subsecretaría de Regulación y Fiscalización" por la de "Subsecretaría de Control Comunal", que pasó a depender de la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana. En lo aquí interesa, asimismo, se le transfirió la Dirección General de Habilitaciones y Permisos junto, con la Unidad Polivalente de Inspecciones.

Pasado en limpio, pues, para el 10 de diciembre de 2003, la Unidad Polivalente de Inspecciones -con funciones de inspección y verificación, entre otros, de los locales bailables clase, y con facultades para disponer clausuras frente a infracciones a las normas de higiene, seguridad y orden público- dependía de la Subsecretaría de Control Comunal que, a su vez, se encontraba en la órbita de la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Fabiana Gabriela Fiszbin fue designada titular de la Subsecretaría de Control Comunal por decreto n°

2718/03, del 12 de diciembre de 2003, cargo en el que se desempeñó hasta el 2 de enero de 2005 (decreto n° 3/GCABA/05).

Por su parte, el 13 de enero de 2004, se creó la Coordinación General de la Unidad Polivalente de Inspecciones mediante el dictado del decreto n° 37/04, que le asignó el rango de "Función Crítica Alta" y, en su artículo 4, designó a Ana María Fernández como su Coordinadora General.

Los cambios en el organigrama del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no cesaron allí: El decreto n° 1563/04 del 26 de agosto de 2004 suprimió la UPI a cargo de Fernández y, en su lugar, creó la Dirección General de Fiscalización y Control (DGFyC), dependiente directamente de la Subsecretaría de Control Comunal de la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana, que heredó también la "Función Crítica Alta" que le había sido asignada a la UPI. La nueva Dirección General de Fiscalización y Control absorbió las competencias, patrimonio, personal y presupuesto tanto de la Unidad Polivalente, como de la Unidad de Proyectos Especiales denominada Unidad de Evaluación y Resolución de Actuaciones (UERA), que fue suprimida por el mismo decreto 1563/04. El artículo 6 del decreto mencionado designó a Ana María Fernández como Directora General Adjunta de la Dirección General de Fiscalización y Control y, por decreto n° 1874 del 12 de octubre de 2004, se designó a Gustavo Juan Torres como Director General de dicho organismo.

Así, al 30 de diciembre de 2004 la estructura de los organismos de control del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires estaba conformada por la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana, de la que dependía la Subsecretaría de Control Comunal a cargo de Fiszbin, y por debajo de la cual, en la jerarquía burocrática, se encontraba la Dirección General de Fiscalización y Control, cuyo titular era Torres y su adjunta, Fernández -quien, a su vez, como se indicó, se había desempeñado desde enero de 2004 hasta agosto de ese



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

año como Coordinadora General de la Unidad Polivalente de Inspecciones, con las mismas competencias y funciones de contralor que luego fueron absorbidas por la Dirección General de Fiscalización y Control-.

Ahora bien, la actuación de la Subsecretaría de Control Comunal se regía por las disposiciones de su decreto de creación (2696/03, ya referido), que en su anexo II/4 establecía las siguientes funciones primarias: a) ejercer y coordinar en forma integral el poder de policía en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; b) ejercer el contralor y el poder de policía mediante la aplicación de las normas específicas en materia de habilitaciones, seguridad, calidad ambiental, higiene y seguridad alimentaria y salubridad; c) controlar la ejecución de las obras públicas y privadas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; d) supervisar y coordinar acciones polivalentes con la Unidad Polivalente de Inspecciones (reemplazada luego por la Dirección General de Fiscalización y Control, conforme a lo establecido en el decreto n° 1563/04); e) coordinar la Unidad de Proyectos Especiales Ferias de la Ciudad, y en este marco, coordinar las acciones tendientes al normal funcionamiento de las mismas.

Las funciones y responsabilidades de la Coordinadora General de la Unidad Polivalente de Inspecciones se estipularon, por su parte, en el anexo II/4 del Decreto n° 37/04, siendo las siguientes: a) asistir al Subsecretario en los temas de su competencia; b) ejercer el poder de policía en materia de habilitaciones y permisos que se refieran a establecimientos, los anuncios publicitarios y las actividades comerciales en la vía pública y las cuestiones atinentes que hagan a la seguridad, salubridad e higiene de los establecimientos de comercio, industria, depósito y servicios; c) intervenir en la gestión administrativa de bienes y servicios de la Unidad Polivalente de Inspecciones; d) labrar actas de comprobación y efectuar decomisos de mercadería y otros elementos cuando correspondiere; e) disponer e imponer

clausuras; f) efectuar clausuras preventivas; g) verificar el cumplimiento de las clausuras impuestas, entender sobre violaciones de clausuras y efectuar las denuncias correspondientes; h) organizar, coordinar y ejecutar inspecciones que requieran de un abordaje integral en relación a las materias de competencia de la Unidad Polivalente de Inspecciones y de las Direcciones Generales de Higiene y Seguridad Alimentaria, Protección del Trabajo, Fiscalización de Obras y Catastro y Control de la Calidad Ambiental, con las que actúa en coordinación y con la colaboración de sus agentes; i) disponer y practicar intimaciones; j) coordinar y verificar el tratamiento de las denuncias recibidas en relación a las materias de competencia de la Unidad Polivalente de Inspecciones.

A su turno, el mencionado decreto n° 1563/04 estableció que las funciones de la Dirección General de Fiscalización y Control eran las siguientes: a) asistir al Subsecretario en los temas de su competencia; b) ejercer el poder de policía en materia de habilitaciones y permisos que se refieran a establecimientos, los anuncios publicitarios y las actividades comerciales en la vía pública y las cuestiones atinentes que hagan a la seguridad, salubridad e higiene de los establecimientos de comercio, industria, depósito y servicios; c) confeccionar órdenes de inspección e instrumentarlas en la órbita de su competencia; d) practicar intimaciones; e) disponer las clausuras cuando las circunstancias así lo requieran y ratificar las clausuras inmediatas y preventivas; f) verificar el cumplimiento de las clausuras impuestas, entender sobre las violaciones de clausuras y efectuar las denuncias correspondientes; g) labrar actas de comprobación y realizar decomisos de mercadería y otros elementos cuando correspondiere; h) intervenir en la remoción de anuncios y/o elementos publicitarios que no se ajusten a la normativa vigente; i) coordinar operativos de verificación y control que requieran de un abordaje integral del poder de policía que ejerce el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Aires; j) tramitar las denuncias recibidas; k) analizar y resolver las actuaciones relevadas y pendientes de tramitación por parte de la ex Dirección General de Verificaciones y Control; l) intervenir en la gestión administrativa de bienes y servicios de la Dirección General.

Con esta breve introducción, me referiré a continuación a los distintos motivos de agravio traídos a estudio por las defensas de Fabiana Fiszbin, Ana María Fernández y Gustavo Juan Torres. Dado que sus impugnaciones se superponen parcialmente, a los efectos de lograr la máxima claridad analítica entiendo que resultará apropiado que me refiera uno a uno los fundamentos del juicio de subsunción que la Sala III efectuó, respecto de su comportamiento, en las previsiones del art. 189, 2º párrafo del C.P.

Como indiqué en el apartado correspondiente, ese juicio exige la constatación de los siguientes elementos: 1) la existencia de una situación típica cognoscible para el agente, definida como aquella en la que el objeto del bien jurídico tutelado por la norma relevante se encuentra amenazado; 2) que el autor se encuentre en posición de garante de neutralizar esa amenaza; 3) la capacidad agencial individual del autor de realizar la acción debida; 4) la omisión de hacerlo, propiamente dicha; 5) el acaecimiento del resultado prohibido; 6) y el ya recordado juicio sobre la probabilidad hipotética de la acción omitida respecto de la evitación del resultado.

Siguiendo ese orden de análisis, entonces, iré atendiendo a las impugnaciones cursadas contra cada uno de los pasos del razonamiento de la sentencia impugnada.

4.v.c Situación típica.

El estado de cosas que configuraba la situación típica exigida para el juicio de subsunción de la conducta de los funcionarios públicos acusados en las previsiones del delito de incendio culposo seguido de muerte (art. 189, párrafo segundo, del C.P.) estuvo dado por la constatación de una pluralidad de irregularidades

en las que se encontraba estructuralmente el local "República Cromañón", a las que se adunaban otras, vinculadas con las actividades que allí se desarrollaban, en sistemática infracción de la normativa de seguridad aplicable, y que concurrían al momento del incendio, el 30 de diciembre de 2004. Conjuntamente consideradas, las dos clases de irregularidades entrañaban el riesgo típico, consistente en la determinación de una probabilidad por encima de lo tolerable (riesgo no permitido) de que tuviera lugar un incendio peligroso para la vida o la integridad física de personas. Entre otras, la Sala III identificó las siguientes: **(1)** Incumplimiento de las exigencias de habilitación, que requería de un certificado expedido por la Superintendencia de Bomberos de la Policía Federal respecto del completo cumplimiento de las normas contenidas en la ley 19587 de Higiene y Seguridad en el Trabajo, de renovación anual, y que se encontraba vencido desde el 24 de noviembre de 2004; **(2)** Ausencia de coincidencia entre el titular formal del permiso de uso del local -"Lagarto S.A."- con la persona que lo usufructuaba efectivamente -Omar Emir Chabán-, en infracción al artículo 2.2.3 del Código de Habilitaciones y Verificaciones; **(3)** Existencia de una puerta que comunicaba el sector de camarines con el garaje del hotel lindero, en violación al artículo 10.2.3 del Código de Habilitaciones y Verificaciones, que en su inciso "d" dispone que los locales de baile clase "c" -como "República Cromañón"- no deben contar con comunicación de ninguna naturaleza con otros locales; **(4)** Existencia de un portón de grandes dimensiones que comunicaba el local de baile con la zona de ingreso y egreso de vehículos del garaje mencionado, infringiendo también el inciso "a" de la disposición aludida; **(5)** Utilización de una superficie total de 1.840m², en exceso del máximo permitido por el Código de Planeamiento Urbano (1500m²), e inconsistente con la asentada en el expediente de habilitación (1.447,5 m²); **(6)** Exceso de superficie del entresuelo del local (410m²) respecto de la máxima permitida (300m²) para



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

construcciones de esa clase, lo que exigía que el nivel contara con un acceso directo a la vía pública (no realizado); **(7)** Incumplimiento de la medida exigida a las aberturas "tipo cine" (9,21m); **(8)** Realización de recitales como actividad principal, desvirtuando así el objeto de su habilitación como "local de baile clase C" - de acuerdo con la nomenclatura del Código de Habilitaciones y Verificaciones-, en infracción del art. 10.2.20 de ese cuerpo normativo; **(9)** Clausura, obstrucción y desnaturalización de medios de salida, en infracción al art. 4.7.1.2 del Código de Edificación; **(10)** Existencia de matafuegos con el marbete indicador vencido y despresurizados al punto que resultaban inutilizables; **(11)** Utilización de mediasombra en el cielorraso, en contravención al art. 7.2.11.1 del mismo Código; **(12)** Utilización de pirotecnia dentro del salón; **(13)** Sobreocupación sistemática del local; **(14)** Contratación de personal de seguridad en infracción a la ley 118 de la Ciudad de Buenos Aires.

En definitiva, no menos de catorce irregularidades en las que incurría sistemáticamente "República Cromañón", las cuales convergían en la configuración de un elevadísimo riesgo de ocurrencia de incendio peligroso.

4.v.d. Cognoscibilidad de la situación típica.

En lo que respecta a este aspecto del juicio de subsunción -estrechamente vinculado a la determinación de la violación del deber de cuidado implícito en el reproche de un delito imprudente como el que es objeto de juicio-, la Sala III realizó las siguientes consideraciones.

En primer lugar, recordó que la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires inició de oficio, el 27 de enero de 2004, la Actuación n° 631/04, "*...en virtud de la cual se requirió a la Subsecretaría de Control Comunal que informe la cantidad de locales de baile habilitados en la ciudad y la situación de cada uno de ellos respecto a las instalaciones de medidas de prevención de incendios (conf. nota de fecha 29 de enero*

de 2004)" (cf. p. 558 de la sentencia 473/11 de la Sala III). A su turno, prosiguió el tribunal, "...en fecha 20 de febrero de 2004 Fabiana Gabriela Fiszbin elevó la respuesta (ver C.R.2704-MGESYA-2004, informe n° 00748-SSCC-2004), que ingresó en la sede de la Defensoría el 19 de marzo de 2004...", lo que permitió constatar un "alto incumplimiento a las normas vigentes por parte de los responsables de los locales de baile". Por ello y teniendo en consideración una resolución previa (i.e., la resolución n° 2022/03, en virtud de la cual la Defensoría había recomendado el seguimiento y control de las habilitaciones y funcionamiento de los distintos locales bailables), "...el Defensor Adjunto Atilio Alimena, el 5 de mayo de 2004, emitió una resolución por la que requirió a la Subsecretaría de Control Comunal que 'arbitre todos los medios a fin de intimar a los locales de baile clase 'c' al estricto cumplimiento de las normas vigentes, especialmente lo referido a la Ordenanza 50.250'. Además, para el caso de verificarse el incumplimiento de la norma vigente, solicitó que 'se apliquen las sanciones previstas a tal efecto en el régimen de penalidades'" (id., p. 559).

En dicha resolución, recordó la Sala III, "el Defensor Adjunto manifestó que el incumplimiento de 'las normas de seguridad contra incendio (Ordenanza n° 50.250) y otras, referidas al funcionamiento de locales bailables', ponía en peligro la vida de más de 400000 personas por fin de semana -prueba n° 230-" (id.).

Lo expuesto, en el razonamiento plasmado en la sentencia recurrida, puso en evidencia "la existencia de una actuación administrativa que, mediante el cauce formal, puso en conocimiento de las autoridades competentes la situación específica en la que se encontraban los negocios vinculados a la referida actividad" (id., p. 560).

Amén de lo expuesto -que, como resulta ostensible, basta para dar por acreditado que la crítica situación en la que se encontraban los locales de baile de la clase a la que pertenecía "República Cromañón"



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

había sido formalmente denunciada al organismo de contralor al que pertenecían Fabiana Fiszbin, Ana María Fernández y, más tarde, Gustavo Torres-, los jueces que entendieron previamente en estos actuados profundizaron la fundamentación de este aspecto del juicio de reproche teniendo en cuenta *"diversas resoluciones anteriores a la Actuación 631 que, si bien hacían referencia a determinados boliches en particular y versa[ba]n sobre diversas irregularidades, no es menos cierto que revelaban la situación por la que atravesaba el rubro desde antigua data"* (id., p. 570).

En palabras del tribunal, la conclusión que se infiere es que *"la problemática planteada [en la Actuación 631] no era una cuestión novedosa"*.

Concretamente, en lo que es aquí relevante, el tribunal que intervino anteriormente reseñó *"la resolución n° 1884/01 del 10/08/01 en cuanto se refiere a las 'maratones' y a la permanencia de menores de edad en horarios prohibidos, la resolución n° 2130/02 del 30/04/02 en relación a la sobre-ocupación, los medios de evacuación, el cambio de uso y la modificación del local y la resolución n° 6320/02 del 6/12/02 en torno a los inconvenientes generados por el funcionamiento de los salones de baile en zonas residenciales y de grandes concentraciones de población, destacándose al respecto las siguientes Actuaciones n° 2938/99, 3277/99, 3104/99 y 2326/99, 783/00, 4751/00 y 4471/00, 904/00, 1615/00 y 3749/00, 2635/00, 3405/00, 5501/02, 1029/01, 4956/01, 5929/01, 6736/01, 8080/02 y 8859/02, entre otras..."* (id.).

Por su parte, indicó que *"la propia Actuación n° 631 citó como precedente la resolución n° 2022/03 de fecha 8/05/03 originada en diversas denuncias relativas al funcionamiento de los locales de baile, en la que la Defensora del Pueblo Alicia Oliveira [había resuelto]: 'Recomendar al señor Director de Verificaciones y Control disponga la inmediata clausura de los locales de baile que no cuenten con la correspondiente habilitación, bajo apercibimiento de iniciar las acciones legales pertinentes'"* (id.).

En este punto, debo destacar que el valor de estas "alertas previas" no puede ser minimizado intentando objetar que algunas de las actuaciones citadas no refieren específicamente a cuestiones relacionadas con la prevención de incendios (así, por ejemplo, las relativas a la permanencia de menores en horarios prohibidos), pues independientemente del objeto concreto de cada una de ellas, el patrón común que se desprende de su cotejo global revela el grado de anomia en el que el sector desarrollaba sus eventos, y la correlativa virtual ausencia de toda actividad de policía por parte de los órganos competentes de control estatal, a pesar de los múltiples y sostenidos llamados de atención que recibían de una pluralidad de fuentes.

Ahora bien, como señala la sentencia recurrida, más allá de los alertas formales, la situación denunciada adquirió estado público a través de una nota periodística del diario Clarín, de fecha 26 de mayo de 2004, titulada *"Una señal de alarma: Capital Federal relevamiento de la Defensoría del Pueblo Porteña. El 86% de las discos no cumplen con las medidas de incendio. De 258, sólo 36 tienen el certificado de seguridad obligatorio que dan los bomberos. En los locales debe haber salidas de emergencia y matafuegos, entre otros requisitos. Los empresarios admiten el problema"*

Esa publicación, a su turno, motivó que la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires dispusiera, el 30 de septiembre de 2004, cursar al Poder Ejecutivo local un detallado pedido de informes al respecto. Como se indica en la resolución bajo análisis, mediante esa resolución n°359, *"se requirió al Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que informe en el plazo de quince días, sobre los siguientes puntos referidos al cumplimiento de las medidas de seguridad contra incendio en locales de baile: a) la cantidad de locales bailables y su clasificación de acuerdo a la categoría A, B o C; b) cuántas inspecciones se han realizado en dichos locales durante el año 2004; c) si se labraron actas contravencionales y, en caso afirmativo, detallar: 1)*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

cuántas en concepto de incumplimiento de las medidas de seguridad contra incendio, 2) cuántas por otros motivos; d) si se han realizado clausuras como consecuencias de las inspecciones; e) si todos los locales bailables cuentan con certificados de seguridad contra incendios y si fueron renovándolo anualmente (conf. prueba n° 3)" (id., p. 572).

La situación típica, en fin, resultaba plenamente cognoscible para los funcionarios acusados. Parte de su deber de obrar diligentemente en el ejercicio de sus respectivos cargos en efecto era, *justamente*, arbitrar los medios necesarios para informarse al respecto.

La sentencia atacada, no obstante, fue más allá en su estudio de la conducta reprochada a Fiszbin, Fernández y Torres, pues además de fundamentar su conclusión -en los términos recién reseñados- de que la situación típica era cognoscible para cualquier funcionario de las áreas de contralor relevantes que actuara de un modo mínimamente diligente, los jueces que conformaron la mayoría observaron también que ese conocimiento no era solamente *potencialmente* accesible - como exige el cuidado debido- sino, de hecho, *efectivo* en el caso de los tres funcionarios condenados.

En este sentido, respecto de Fabiana Fiszbin, el tribunal recordó que, en el marco de la Actuación 631, y luego de realizado un cotejo de la información que había colectado de parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires como, asimismo, de la Superintendencia Federal de Bomberos, Alimena realizó, el 5 de mayo del año 2004, *"una solicitud dirigida a la 'Señora Subsecretaria de Control Comunal', en la cual ponía en evidencia el alto grado de incumplimiento de las normas vigentes por parte de los responsables de los locales de baile"*, y en donde apuntaba que *"el no cumplimiento y/o violación a las normas de seguridad contra incendio (ordenanza 50.250) y otras, referidas al funcionamiento de los locales bailables, pone en peligro la vida de más de 400.000 personas por fin de semana, especialmente*

jóvenes". Por ese motivo, el Defensor del Pueblo Adjunto resolvió solicitarle a la Subsecretaria de Control Comunal que *"arbitre todos los medios con el fin de intimar a los locales de baile clase c al estricto cumplimiento de las normas vigentes, especialmente lo referido a la ordenanza 50.250"* como asimismo que *"de verificarse el incumplimiento de la normativa vigente, se apliquen las sanciones previstas a tal efecto en el régimen de penalidades vigentes"* (cf. id., p. 625).

Las referidas actuaciones formales, así como la publicación de la nota en el diario Clarín, fueron a su vez objeto de al menos tres encuentros que mantuvo Fiszbin y/o sus asesores directos con Alimena y su equipo. Por ello, no puede menos que acompañarse la conclusión de la Sala III en cuanto que *"se advierte sin hesitación, que al menos para el mes de mayo del año 2004 (momento en que recibió la resolución de Alimena y tomó conocimiento de la publicación del Diario Clarín), Fabiana Fiszbin no sólo estaba al tanto de la problemática de los locales bailables, sino que conocía que esta situación comportaba un peligro para la seguridad de los concurrentes a este tipo de lugares"* (id., p. 627).

Nada de ello, por lo demás, fue objetado por su defensa.

En relación con Ana María Fernández, a su turno, la sentencia impugnada destacó que *"se encuentra plenamente acreditado que una vez ingresada esa Actuación [631/04], Fabiana Fiszbin dispuso la intervención de la Unidad Polivalente de Inspecciones a cargo de Ana María Fernández, en donde recibieron las actuaciones el 26 de mayo del año 2004 (ver providencia 5/110/DGCOOR/2004 e informe nro. 2123- SSCC-2004 -sobre nro. 5 del índice de prueba)"* (id.).

Pero además -adujo- *"...la nombrada también había tomado conocimiento personal de la problemática aludida, en virtud de las reuniones de trabajo que se habían generado con los empleados de la Defensoría del Pueblo, ante la iniciativa emprendida por Alimena"*. Por ello, en



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

definitiva, concluyó que *"...para el 26 de mayo del año 2004, Ana Fernández se encontraba claramente en conocimiento de la situación de incumplimiento de la normativa de prevención contra incendios que los locales bailables presentaban y del peligro que ello comportaba para esta actividad cuyo deber de controlar estaba dentro de sus competencias"*.

Al igual que en el caso de Fiszbin, Ana Fernández en ningún momento negó ese conocimiento, motivo por el cual no corresponden ulteriores consideraciones.

Quien sí impugnó el conocimiento de la situación de peligro que se le atribuyó en la resolución traída a estudio de esta Sala fue Gustavo Juan Torres.

En su recurso, su defensor de confianza argumentó que Torres había iniciado sus actividades al frente de la Dirección General de Fiscalización y Control sólo dos meses antes del incendio, y que había asumido la función en el marco de un "desorden administrativo" debido a cuestiones organizativas, estructurales y a la mudanza hacia un nuevo edificio.

La defensa subrayó asimismo que carecían de presupuesto suficiente y que los recursos humanos e informáticos no alcanzaban para ordenar los distintos expedientes. Por su parte, explicó que a pesar de su breve gestión se habían ratificado clausuras preventivas y se había dictado la Disposición n° 424 que, a su criterio, *"...constituye un claro ejemplo de su obrar diligente y sus ganas de trabajar y sacar adelante el área, en tanto dicho acto administrativo tuvo como finalidad, precisamente, organizar y encauzar los serios problemas que heredara en la Dirección General"*.

En ese orden de ideas, el impugnante orientó su defensa argumentando que la sentencia recurrida no tuvo en cuenta su desconocimiento fáctico de al menos dos presupuestos sustanciales en virtud de los cuales la Sala III le atribuyó la omisión de cumplimiento de los deberes a su cargo y, correlativamente, lo responsabilizó por el incendio seguido de muerte. Veamos.

En primer lugar, la defensa de Torres planteó su total desconocimiento de la ya mencionada Actuación n° 631, promovida por el Defensor del Pueblo en relación con la situación de los locales de baile clase "c" y con el sistemático incumplimiento de la normativa vinculada con la prevención de incendios.

Cabe recordar, no obstante, que el 5/08/2004 la Defensoría del Pueblo de la ciudad de Buenos Aires solicitó a la UPI que remitiera un listado de los locales bailables clase "c" que habían sido inspeccionados durante ese año y en el que se señalara, además, cuáles habían sido clausurados y por qué motivos, como así también cuántos de ellos mantenían la clausura vigente a esa fecha. Esa solicitud, como se subrayó en la sentencia impugnada, fue cursada en el marco de la Actuación n° 631.

El 26 de noviembre de 2004, Torres, investido ya como Director General de la DGFyC, elevó a la Subsecretaría de Control Comunal la contestación de lo requerido por la Defensoría del Pueblo, donde expresamente dejó asentado que el informe que le remitía (informe técnico legal n° 611/DGFyC/2004) era, precisamente, en relación con la Actuación n° 631/04 que afirma desconocer.

En este sentido, la Actuación estaba radicada ante el área de control a cargo de Torres a partir de su nombramiento como Director, lo que equivale a decir que tramitaba en la órbita de su oficina, y es el propio imputado quien manifestó que en el sector de Fiscalización y Control, a su cargo, *"debían enfrentar actividades inspectivas de gran magnitud, destacando al control de los locales bailables como una de las dos más significativas"*.

Al respecto, en la sentencia puesta en crisis se afirmó que el hecho de haberle dado importancia a la cuestión de los locales de baile no obedecía a una elección arbitraria por parte de Torres, sino más bien a que contaba con algún tipo de información que le permitía valorarla en ese sentido. Y esa información no puede ser



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

otra que la que obraba en la Actuación 631, ya que en ella fue donde se puso de relieve la grave y deficiente situación de los locales de baile.

También en ese marco es que Torres confeccionó la nota solicitando las cámaras fotográficas -a las que me referiré más detalladamente en los párrafos subsiguientes- y que corroboran también que el funcionario estaba al tanto de los términos en los que el Defensor Adjunto había elaborado la Actuación 631.

En lo que respecta a las denominadas "reuniones de los lunes", a las que Torres concurría, junto con Fiszbin y Fernández, para delinear aspectos de la gestión, la defensa sostiene que no se encuentra acreditado bajo ningún aspecto que en ellas se hubiera siquiera mencionado la Actuación 631.

Pero ello no es así. Pues se encuentra probado que esas reuniones de trabajo eran coordinadas por Fabiana Fiszbin, y que en ellas se abordaban -entre otros temas vinculados con el control de los locales comerciales-, las cuestiones relacionadas con la actividad de los locales bailables clase "C", lo que evidencia que la trascendencia del tema se encontraba presente en el seno del área y se repetía constantemente en las reuniones de trabajo periódicas que mantenían los funcionarios del área de más alta jerarquía.

En ese orden de ideas, va de suyo que si en las "reuniones de los lunes" se trataba el tema de las inspecciones en los locales bailables, ninguno de los que asistía podía desconocer la problemática que presentaban esos lugares ni tampoco, como pretende el recurrente, la existencia de la Actuación 631 -esto es, precisamente aquella mediante la cual la Defensoría del Pueblo había instado a los funcionarios a abocarse a la delicada situación-.

Resulta ciertamente inverosímil pensar que en las reuniones se hablara de los locales bailables sin hacer referencia -aunque fuera mínima- a la mentada actuación; no sólo porque a partir de aquélla se habían realizado diversas intimaciones para que los respectivos

locales regularizaran sus actividades, sino también, en particular, porque, por ejemplo, en el marco del expediente n° 30386/04 de la Fiscalía de Primera Instancia en lo Contravencional n° 1 de la ciudad de Buenos Aires -en el que se investigaron las posibles contravenciones en las que habría incurrido el local "Cemento" (cuyo titular era también Omar Chabán)-, se encuentra agregada la copia de la intimación efectuada por la UPI, en la que se le solicitó a la dirigencia del local que acompañara la documentación que acreditase el cumplimiento de la normativa vigente relativa a la actividad comercial que desarrollaba, como así también obra copia del descargo de aquel requerimiento; todas ellas piezas que, con fecha 25 de noviembre de 2004, el propio Torres remitió a la Fiscalía Contravencional interviniente.

En efecto, esa intimación, con el correspondiente descargo -relativa al local "Cemento"-, fue cursada en el marco de la actuación registrada bajo el número 7256/UPI/2004 (al igual que el resto de las intimaciones), siendo que esta última había tenido su génesis con motivo de la Actuación 631 ya aludida.

Por lo demás, no puede dejar de destacarse que aun cuando, como sostiene el recurrente, no se hubiera hecho referencia explícita a que el trámite referido se enmarcaba en un actuación numerada con los dígitos "631/04", lo cierto es que lo relevante no es, obviamente, el conocimiento o no del número que denomina uno u otro expediente interno por parte de Torres, sino lo que a esta altura parece inobjetable, y es el conocimiento de la problemática que la Actuación reflejaba, y que claramente podía advertirse, por ejemplo, en relación con el local "Cemento".

En definitiva, tal como se afirma en la resolución recurrida, Gustavo Torres conocía la situación de los locales bailables y, además, sabía que esa situación merecía un carácter especial de importancia y atención porque había tomado contacto directo con un expediente -a la sazón, la Actuación 631/04- y sus



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

conclusiones habían generado un escenario tal en el que la problemática allí aludida sólo podía resolverse adoptando un esquema de trabajo a la altura de las circunstancias.

Era el *contenido* de la Actuación promovida por Alimena -y no la tramitación administrativa del expediente- lo imponía el inmediato despliegue de todos los recursos al alcance de los funcionarios competentes para su abordaje amplio y urgente, en lugar del tratamiento puramente formal y burocrático que se le dio.

Lo que la sentencia le reprocha a Torres, en fin, no era conocer la Actuación 631/04 por su numeración -como parece sugerir el recurso bajo análisis-, sino el haber estado perfectamente al tanto, y haber comprendido, la gravísima problemática puesta de manifiesto en aquel documento, entre otros. Ese reproche, a mi modo de ver, resulta indubitable por las razones apuntadas.

Por otra parte, la defensa de Torres se agravió de lo que definió como un *"intento por valorar también como prueba de cargo una nota del diario Clarín de fecha 26 de mayo de 2004, momento en el] que Torres aún no estaba a cargo de la DGFyC"*. En efecto, adujo que para esa fecha la Dirección ni siquiera existía con ese nombre, y que sus competencias por entonces pertenecían a la UPI a cargo de Ana María Fernández, por lo que mal podía achacársele el conocimiento de una nota periodística que no lo afectaba directamente.

Ahora bien, como recordé párrafos atrás, la Legislatura porteña requirió al Poder Ejecutivo de la Ciudad que informara en el plazo de quince días todo lo relativo a los locales de baile (clases "A", "B" y "C"). El pedido de informes incluía, entre otras cosas, datos de la administración pública en relación con la cantidad de inspecciones realizadas, la existencia de actas contravencionales y, en su caso, cuántas de ellas habían sido labradas por incumplimientos de las medidas de seguridad contra incendio, entre otras cuestiones.

Los jueces que conformaron la mayoría del fallo recurrido subrayaron que ese pedido de informes estuvo

164
motivado en la publicación del diario Clarín del día 26 de mayo de 2004. En este sentido, se afirmó en la sentencia que *“el efecto de lo publicado en Clarín fue tan importante que los representantes de los porteños quisieron saber si efectivamente las discotecas se encontraban en la situación de inseguridad e incumplimiento de las normas que reflejaba la nota”* (cf. p. 633 de la resolución nº 473/11 de la Sala III).

Como se ve, a diferencia de lo que intenta sugerir su defensa, lo que se desprende de la sentencia no es, nuevamente, un reproche a Torres por “no leer los diarios” o por “no leer determinado diario”. Por el contrario, lo que se advierte es que con la referencia a la mentada publicación, los jueces de la Sala III -con acierto- pretendieron poner de relieve que la problemática de los locales de baile era de tal magnitud que hasta llegó a ocupar la primera plana de uno de los periódicos de mayor tirada en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

En esa inteligencia, al asumir la titularidad del organismo de contralor directamente encargado de ejercer el poder de policía en la materia -i.e., la Dirección General de Fiscalización y Control-, no parece arriesgado concluir que Torres estaba obligado a informarse al menos mínimamente -y por cualquier medio, periodístico o de cualquier otra clase- respecto del sistemático incumplimiento de las normas de seguridad en los locales de baile clase “c”. Asumir el cargo jerárquico que ostentaba es, precisamente, asumir esa clase de compromisos y responsabilidades frente a la sociedad.

Por lo demás, cierto es que la publicación en el diario Clarín fue realizada cinco meses antes de que Torres asumiera la dirección; sin embargo, como ya se dijera, no se pretende endilgarle la responsabilidad de leer los diarios o uno en particular como si se tratara del Boletín Oficial sino, sencillamente, de darle pleno significado al deber mínimo de todo funcionario de jerarquía de informarse adecuadamente de los asuntos



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

urgentes que competen a la repartición a su cargo. Y no menos cierto es que, a pesar de tratarse de una nota periodística datada con anterioridad a la asunción de la función, la realidad mostraba que la problemática allí plasmada lejos estaba de haber sido solucionada en ese plazo por los funcionarios que le antecedieron en el ejercicio de las competencias confiadas.

Es en ese sentido que en la sentencia recurrida se consideró *"...manifiestamente inverosímil que, ante un anuncio de esas características en un diario nacional, el funcionario que a los pocos meses asumió la dirección del área directamente involucrada en la cuestión, no hubiera tomado contacto con la problemática y la situación de crisis en la que se hallaban los locales de baile ya mencionados...";* y, correlativamente, *"...de toda lógica suponer que al ser designado como el responsable del área, Torres se informó detalladamente de aquellas cuestiones inherentes a su sector que pudieran resultar sensibles desde un punto de vista político -a no olvidar la naturaleza política de su designación-, y en ese universo, la que ahora nos convoca ocupaba un lugar destacado."* (id., p. 634).

A lo antes dicho, en la sentencia se agrega como extremo que permite inferir que Torres estaba al tanto de la problemática la observación de que, al momento de la publicación, se desempeñaba como Controlador Administrativo de Faltas en la órbita del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires; esto es, que prestaba servicios en una dependencia íntimamente relacionada con el asunto tratado en la referida publicación. Todo ello, valorado conjuntamente, determina la irrazonabilidad del desconocimiento en el que pretende escudarse el recurrente.

El defensor particular se agravió también por considerar que los jueces Riggi y Catucci fundaron su conclusión incriminatoria, a su vez, en el conocimiento por parte de Torres de documentación -i.e., la vinculada con la Actuación nº 631- que, a su entender, se encontraban "resguardadas" en una caja azul a la que él

no podía acceder. En sus palabras, el recurrente se queja en la inteligencia de que la sentencia le reprocha que *“debió conocer aquello que no estaba registrado, que no llegaba a su despacho para su firma y de lo que ningún empleado, asesor, ni mucho menos las licenciadas Fiszbin y/o Fernández le informaron”*.

A esta altura es preciso recordar que cuando se crea la DGFyC, la mayor parte del personal de la UPI - incluyendo a quien fuera su titular, Ana Fernández- pasó a formar parte del nuevo organismo. El área en efecto mantuvo una continuidad de competencias, más allá de la denominación que se le diera y de que se sumaran otras, nuevos empleados y recursos. El personal afectado al ejercicio del poder de policía en la materia siguió siendo prácticamente el mismo.

En la sentencia recurrida se valora este dato haciendo especial énfasis en que algunas de esas personas que trabajaban primero en la UPI y luego en la DGFyC manifestaron que la caja azul donde eran guardadas las contestaciones de las intimaciones que fueron cursadas a raíz de la Actuación 631, *“siempre estuvo a la vista, arriba del armario que dividía los sectores de ‘Legal y Técnica’ e ‘Intimaciones’”* (id., p. 634).

Conforme surge del fallo impugnado, la testigo Carolina Albela (quien era empleada de la UPI y luego pasó a formar parte de la DGFyC) señaló que las intimaciones que se cursaban a los locales de baile clase “c” para que cumplieran con la normativa vigente tuvieron origen en una resolución de la Defensoría.

La testigo explicó que era la encargada de separar las intimaciones, que colocaba las que no eran respondidas en un bibliorato, y que aquellas que sí eran contestadas, luego de adjuntarlas a la documentación y cargarlas en una planilla informática, eran guardadas en la mentada caja azul. También puntualizó que cuando la DGFyC se mudó de edificio vio la caja con las intimaciones en un armario que separaba el área de Legales.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Asimismo, los jueces que conformaron la mayoría tuvieron en cuenta el testimonio prestado por Walter Entelman, quien en su calidad de ex inspector de la UPI declaró que mientras esa Unidad Polivalente funcionaba en la calle Lavalle observó una caja azul que contenía “requerimientos especiales” y que estaba colocada sobre un armario, refiriendo además que esos requerimientos de los locales de baile debían estar actualizados porque los utilizaba la Subsecretaria.

Entelman relató que en varias oportunidades alcanzaba a la caja a Carolina Albela, ya que era ella quien se encargaba de la recepción y clasificación de esas actuaciones. Y que, al igual que Albela, también había visto la caja cuando se mudaron de edificio.

Sobre la base de esos testimonios, la conclusión que se impone es que la caja azul no se encontraba “resguardada” como sugiere la defensa, sino a la vista y al alcance de todos los que trabajaban en la oficina, especialmente aquellos que tenían vinculación con el tema de los requerimientos. Mal puede suponerse que el propio director general de la dependencia no tuviera acceso a ellos.

Por lo demás, los sentenciantes se hicieron cargo de los dichos de María Angélica Lobo y de Vanesa Berkowski, quienes se refirieron en sendas declaraciones a la caja azul, manifestando no tener conocimiento previo de ella o de su contenido. Como se afirma en la sentencia, y la defensa no ha logrado objetar, en efecto, la ajenidad de las empleadas a las actuaciones no se explica porque la caja se encontrara “resguardada”, sino, más bien, porque su contenido era ajeno a las tareas que ellas desempeñaban.

Ahora bien, en subsidio de la objeción analizada en los párrafos precedentes, la defensa de Torres postuló también su desconocimiento de la existencia del local “República Cromañón” y de las actividades del grupo “Callejeros” en particular. En este sentido, argumentó que no había registro de denuncias sobre el local y muchos de los funcionarios asignados a

esa zona manifestaron desconocer su existencia, todo lo cual -adujo- *"conduce a pensar que no había ningún motivo particular que motivara que [su] asistido dirigiera su atención hacia este local"*.

En apoyo a su postura, citó breves fragmentos de las declaraciones de testigos con funciones directas de fiscalización, quienes se expidieron *"...respecto al [des]conocimiento que tenían acerca de la existencia o irregularidades en el local República de Cromagnon."* (sic).

Sobre este aspecto, empero, tampoco puede prosperar el recurso de la defensa; pues, de manera similar a lo que ocurrió con su intento de desvincularse de la imputación alegando el desconocimiento de la Actuación 631/04 por su número de expediente, el error que en definitiva alega es un *error in objecto*, irrelevante para la exclusión de la subsunción, pues lo que exige la adecuación al tipo atribuido es solamente la cognoscibilidad de la posible causación de un incendio peligroso para la vida que, vinculado con una omisión penalmente reprochable de cumplir con un mandato de acción fundado en deberes de garantía.

Así, en la sentencia recurrida no se exige -y correctamente, porque no forma parte de los elementos del tipo enrostrado- que Torres tuviera conocimiento específico del local donde sucedió la tragedia que se llevó la vida de tantos jóvenes. Antes bien, a él -al igual que a los demás funcionarios del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires condenados- se le reprocha el haber estado al tanto de la problemática de los boliches bailables, del nivel de riesgo absolutamente inaceptable en el que funcionaban sistemáticamente y, a pesar de eso, haber omitido obrar diligentemente en el marco de sus atribuciones, responsabilidades y posibilidades.

En abono del conocimiento que los jueces integrantes de la Sala III le atribuyen a Torres, entre otras cosas, se tuvo en cuenta la nota en la que éste requirió a la Subsecretaria Fiszbin la compra de cámaras fotográficas para equipar a los inspectores de su área.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

En la misiva, el funcionario utiliza los términos “urgencia y necesidad” para contar con los elementos solicitados, de lo cual se infiere su perfecto conocimiento del estado de situación de los locales de baile clase “c” (cf. id., p. 658).

Haciendo referencia a esa cuestión, el recurrente afirma, no obstante, que la sentencia “*extrae arbitrariamente conclusiones incriminantes a partir del obrar diligente del encausado en autos*”. Se pasa por alto, empero, que el pasaje aludido no pretende desconocer un aspecto del obrar de Torres que pudo haber estado orientado en la dirección correcta, sino que ello era en efecto demostrativo de que el nombrado estaba al tanto de la problemática de los locales bailables.

En concreto, el voto mayoritario afirmó que si en la nota, fechada poco tiempo después de su asunción en el cargo, Torres ya requería recursos urgentes para enfrentar la problemática del área que representaba, principalmente por el control de expendio de alcohol y de discotecas, era claro que tenía conocimiento de cuáles eran las tareas más relevantes a realizar. Nada de ello luce arbitrario y el recurrente no ha demostrado que lo fuera.

En la misma dirección, los sentenciantes tuvieron en cuenta la intervención de Fabiana Fiszbin en el Congreso de CEDEBA (Cámara de Empresarios de Discotecas y Entretenimientos de la Ciudad de Buenos Aires) llevado a cabo a principios del mes de noviembre del año 2004. Los jueces afirmaron que “...la situación de incumplimiento de la normativa vinculada a los locales bailables y, en especial, la carencia de los sistemas de prevención contra incendios por parte de los explotadores de los comercios era a tal punto relevante que Fiszbin la mencionó durante su exposición [...] oportunidad en la que no sólo existía la DGFyC sino que Torres estaba en funciones” (id., p. 658).

En la resolución se destaca que se trató de un congreso de alta repercusión en el sector, al que asistieron el Secretario del área, Juan Carlos López, y

el Fiscal Adjunto de la Ciudad de Buenos Aires, Luis Cevasco, entre otros funcionarios, miembros de partidos políticos y, por supuesto, los integrantes de la cámara empresarial. Como ya se indicó, se encuentra fuera de discusión el conocimiento acabado que tenía Fiszbin sobre la problemática de los locales bailables; pero nuevamente, lo que queda demostrado en la sentencia recurrida en este punto es que la gravedad del tema llegaba a un punto tal que éste fue tratado en un congreso público, como se dijo, de gran trascendencia.

Una vez más se advierte que la temática era importante a tal punto que la propia Subsecretaria Fiszbin la mencionó durante una conferencia -aunque no se tratara más que un modo de guardar las formas y mostrarse activa- y, en esa inteligencia, no resulta posible pensar que el entonces Director General del área directamente involucrada -Torres- la desconociera.

En definitiva, lo expuesto en los párrafos precedentes permite tener por probado el conocimiento no solamente posible, sino efectivo, que Torres tenía de la situación alarmante en la que se encontraba el rubro de los locales bailables. Y ello es todo lo que él tenía que saber para considerarlo penalmente responsable por el incendio imprudente, por lo que corresponde rechazar la impugnación deducida a su favor en lo que respecta a esta cuestión.

4.v.e. Posición de garantía

El próximo elemento a analizar es si los funcionarios condenados se encontraban sujetos al deber de garantizar la evitación o neutralización del riesgo de ocurrencia del resultado típico -en el caso del delito previsto en el art. 189, 2º párrafo- por encima de lo socialmente tolerado.

Pues bien, la Sala III de esta Cámara consideró por mayoría que tanto Fabiana Fiszbin como Ana María Fernández y Gustavo Juan Torres ostentaban en efecto la posición de garantía requerida para la subsunción de su conducta en el tipo penal omisivo previsto en el art. 189, 2º párrafo del C.P. esencialmente sobre la base de



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

los deberes que les venían impuestos en virtud de la normativa orgánica que reseñé en el apartado correspondiente, que reglamentaban la competencia y responsabilidades funcionales de las reparticiones a cargo de cada uno de los condenados. En concreto, los fundamentos de esa conclusión pueden reconstruirse del siguiente modo.

En primer lugar, el votante que lideró el acuerdo subrayó que Fiszbin, en calidad de Subsecretaria de Control Comunal de la Ciudad de Buenos Aires tenía asignada como funciones primarias, entre otras, las de *"ejercer y coordinar en forma integral el poder de policía en el ámbito de la ciudad autónoma de Buenos Aires"* y *"ejercer el contralor y el poder de policía mediante la aplicación de las normas específicas en materia de habilitaciones, seguridad, calidad ambiental, higiene, seguridad alimentaria y salubridad (Conf. Anexo II/IV del decreto 2696)"*. A su vez -indicó el magistrado- conforme ese último anexo también competía a la Subsecretaría a su cargo *"supervisar y coordinar acciones polivalentes con la Unidad Polivalente de Inspecciones"* (p. 621).

En relación con Ana María Fernández, a su turno, se recordó que su competencia funcional como Directora General de la Unidad Polivalente de Inspecciones desde el 13 de enero de 2004 incluía *"ejercer el poder de policía en materia de habilitaciones y permisos que se refieran a establecimientos [...] y las cuestiones atinentes que hagan a la seguridad, salubridad e higiene de los establecimientos de comercio, industria, depósito y servicios; confeccionar ordenes de inspección o instrumentarlas en la órbita de su competencia; practicar intimaciones; disponer clausuras... [y] verificar [su] cumplimiento"* (id.).

Ahora bien, como indiqué, la Unidad Polivalente fue disuelta el 26 de agosto mediante el dictado del decreto n° 1563/04, que la sustituyó por la Dirección General de Fiscalización y Control, trasladándole sus competencias, responsabilidades, presupuesto y recursos.

Sin perjuicio de ello, según se desprende de la sentencia impugnada, los jueces que entendieron previamente en estos autos concluyeron que Fernández no cesó en el ejercicio del poder de policía en aquella oportunidad, sino que lo retuvo en virtud de su designación, sin solución de continuidad, como Directora General Adjunta de la flamante repartición que reemplazó orgánicamente a la UPI.

En efecto, el pronunciamiento recurrido destaca que el Anexo II/4 del decreto n° 1563/04 dispuso, en lo aquí relevante, que la instancia adjunta que ocupaba Fernández debía “[a]sistir al Director General de Fiscalización y Control en los temas de su competencia y reemplazarlo en caso de ausencia”. Para completar el sentido de la normativa, asimismo, el tribunal tuvo en cuenta que “...en los fundamentos del decreto [n° 1563/04] se consignaba expresamente que la Dirección General adjunta se establecía para asistir a la Dirección General por la complejidad operativa y los objetivos que se pretendían alcanzar -entre los que se encontraba el ejercicio del poder de policía en el ámbito de la ciudad-” (id., p. 622), por lo que el alcance de sus responsabilidades no podía ser otro que, precisamente, el de coadyuvar al Director General en el ejercicio de ese poder de contralor (entre otras funciones que también le competían).

Es que de otro modo -explica el fallo- “...la creación de la Dirección Adjunta carecería de sentido, puesto que no se advierte cómo es que con ella se pretendía alcanzar los objetivos asignados a la Dirección General de Fiscalización y Control, si el Director Adjunto [i.e., Fernández] no ostentaba la posibilidad de intervenir en los asuntos de competencia del área” (id., p. 623).

Por ello, más allá de que, al asumir como Director General (titular) Gustavo Torres haya dictado la Disposición n° 424 estableciendo ciertas funciones de índole administrativa para la Dirección General Adjunta, la Sala III de esta Cámara entendió que “...esta última



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

dependencia no podía ver modificada la competencia original que pretendió darle el Jefe de Gobierno con su creación y que no era otra que asistir -en los términos ya precisados- a la Dirección de Fiscalización" (id.,). Así, concluyó que "la Directora General Adjunta no podía abdicar de ejercer esa función asignada como responsabilidad primaria por el simple hecho de que el Director General le haya encomendado otras funciones"; máxime -y ello fue determinante-, "...cuando de la normativa no surge que la Dirección Adjunta dependa jerárquicamente de la Dirección General de Fiscalización y Control" (id.).

Más allá de las obligaciones normativas, la Sala III tuvo en cuenta también la circunstancia de que, como lo afirmó el testigo Oscar Lucangioli, Ana Fernández continuó asistiendo a las reuniones que se llevaban en el área los días lunes, *"donde se trataban, entre otras cuestiones, las inspecciones a locales de baile, es decir, temas vinculados al ejercicio del poder de policía" (id.).*

Así, en definitiva, el tribunal tuvo por probado que para el momento de los hechos acaecidos en el local "República Cromañón", *"...el control de los locales de baile clase 'c' derivado del ejercicio del poder de policía estaba en cabeza de la Subsecretaría de Control Comunal y de la Dirección General de Fiscalización y Control, con la asistencia de la Dirección General Adjunta".* Es en ese marco -concluyó el juez que lideró el acuerdo- que sus titulares, Fabiana Fiszbin, Gustavo Torres y Ana María Fernández, se encontraban en posición de garantes de la evitación del resultado de incendio típico.

La defensa de Ana María Fernández impugnó esa conclusión de la Sala III respecto de su asistida -la tesis, digamos, de la "continuidad del poder policía"-, considerando que resultaba violatoria del principio de legalidad. En particular postuló que, si bien mediante el Decreto 37/04, *"el Jefe de Gobierno le asignó a Ana Fernández, en su calidad de Coordinadora de la UPI, el*

poder de policía requerido para cumplir con las funciones genéricas allí encomendadas..." esa facultad -presupuesto de la posición de garantía identificada en la sentencia impugnada- no se habría mantenido luego de que, con el dictado del Decreto 1563/04, la UPI fue reemplazada por la DGFyC, en la que Fernández fue designada Directora General Adjunta. En respaldo de su objeción, la defensa consideró que la sala que intervino previamente no tuvo en cuenta que en el decreto de creación de la UPI (n° 2116/03) se preveía expresamente la creación de dos Coordinaciones Generales (una operativa y otra administrativa), que luego fueron condensadas en una sola, ocupada por Fernández. Ese criterio unificador -sostuvo la defensa- fue el que inspiró el organigrama del área que reemplazó a la sazón a la UPI (a saber, la DGFyC), y es la razón que explicaría que el Decreto 1563/04 no le atribuyera a la Dirección General Adjunta funciones derivadas del poder de policía, sino tan solo responsabilidades residuales de asistencia y reemplazo del titular (i.e., Torres) en caso de ausencia.

En definitiva, pues, sostuvo que la alegada violación al principio de legalidad tuvo lugar en la medida en que la resolución atacada incurrió en una interpretación por analogía al determinar que las funciones de la Adjuntía incluían el ejercicio del poder de policía, cuando éste no se le había adjudicado expresamente en el decreto correspondiente. Como corolario de su conclusión, consideró que las únicas funciones cuya infracción podrían fundamentar la responsabilidad de Fernández con posterioridad al 31 de agosto de 2004 (fecha en la que entraron en vigor las disposiciones del Decreto 1563/04) eran las que el Director General Torres le asignó mediante la Disposición 424 en noviembre de 2004, y que no incluían la mentada atribución, lo que resultaría conteste con los testimonios de Carlos Heraldó López, Oscar Soler (aunque en su recurso se refiere a él incorrectamente como "Héctor Soler"), Claudia Molina Capdevilla y Viviana Busto, entre otros.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Ahora bien, en primer lugar, corresponde recordar que la tesis de la continuidad del ejercicio del poder de policía en cabeza de Fernández no fue respaldada solamente por la Sala III de esta Cámara, sino que a esa misma conclusión ya había llegado el Tribunal Oral n° 24. En efecto, sobre la base del estudio comparativo de la normativa que fue definiendo y modificando progresivamente las funciones y responsabilidades de Ana Fernández en los diversos roles que ocupó en la administración pública durante el período relevante para el caso de autos, el tribunal de juicio concluyó también que, comparando los Decretos 37/04, 1563/04 y la Disposición DGFyV n° 424, *"...surge claramente que las responsabilidades primarias de la imputada Fernández siempre estuvieron durante todo su desempeño, como ya se dijo, relacionadas con el poder de policía y que no hubo al respecto ninguna cesura. Ello desmiente su explicación en cuanto a que el concepto de 'asistencia', luego de disuelta la UPI, debiera ser relleno por Torres mediante la Disposición 424, pues por un lado el decreto 1563 ya había sido expreso al respecto y lo que hizo la última resolución fue, en consonancia con sus propios considerandos, delegarle otras funciones"* (cf. p. 2131 de la sentencia del TOC; el destacado me pertenece).

Habiendo entonces concordancia entre lo resuelto por el tribunal ante el cual se sustanció el debate y la decisión de la Sala III en su intervención casatoria, se advierte que, al menos respecto de esta cuestión, la impugnante ha tenido oportunidad de ejercer su derecho a recurrir ampliamente el fallo condenatorio de conformidad con lo previsto en el art. 8.2(h) de la C.A.D.H. y ha obtenido, en esa medida, la doble conformidad judicial -de manera similar a lo que ocurre, como ya señalaré, con el recurrente Villarreal en relación con la materialidad de su participación en el delito de cohecho-.

En derredor de esta cuestión, por lo tanto, la jurisdicción de esta Sala en la presente instancia recursiva no encuentra justificación en la garantía del

derecho convencional al recurso amplio -lo que ya ha ocurrido- sino en razón de que el núcleo del agravio entraña el posible menoscabo de una cláusula constitucional (art. 18 de la C.N.) que debe ser atendido por la Cámara Federal de Casación Penal, en calidad de "tribunal intermedio", por aplicación de la doctrina emergente del precedente "Di Nunzio" (Fallos: 328:1108).

He de adelantar, no obstante, que la decisión alcanzada en este punto por los tribunales que intervinieron previamente se observa ajustada a derecho y a las exigencias constitucionales que, en materia penal, prohíbe la interpretación judicial por analogía *in malam partem*.

En efecto, para interpretar el alcance de las atribuciones en cabeza de Fernández luego de la disolución de la UPI, la Sala III (y también el tribunal de juicio) partieron de las disposiciones del Decreto n° 1563/04 que le asignaban a la Directora Adjunta de la DGFyG la responsabilidad de "[a]sistir al Director General de Fiscalización y Control en los temas de su competencia y reemplazarlo en caso de ausencia" (el destacado me pertenece). Los propios términos de la disposición administrativa exigen tener en cuenta cuáles eran, a su turno, las funciones del Director General; pues ciertamente la clase de asistencia que debía proveer la Adjunta al Director General es ininteligible si no se identifican cuáles son, correlativamente, "los temas de la competencia" de éste último.

Como ya he mencionado -y también lo hicieron los tribunales que se pronunciaron previamente sobre esta cuestión- entre esos temas se encontraba el deber de "b) ejercer el poder de policía en materia de habilitaciones y permisos que se refieran a establecimientos, los anuncios publicitarios y las actividades comerciales en la vía pública y las cuestiones atinentes que hagan a la seguridad, salubridad e higiene de los establecimientos de comercio, industria, depósito y servicios" (el destacado me pertenece).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Resulta ostensible, así, que sea cual fuere el alcance que se pretenda atribuir a los deberes funcionales de Fernández, éstos jamás podrían dejar de incluir la asistencia del Director General (primero Lucangioli y luego Torres) en el ejercicio del poder de policía, en los términos referidos. Tales fueron los términos expresos del decreto de quien entonces revestía la calidad de autoridad máxima de la administración en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y no podían ser modificados sino en virtud de normativa de jerarquía igual o superior. En este sentido, como bien señalaron tanto el Tribunal Oral como la Sala de esta Cámara que intervinieron previamente, el hecho de que el Director General haya atribuido funciones específicas a Fernández con el dictado de la Disposición n° 424/04 jamás podría interpretarse como una derogación de las facultades, deberes y responsabilidades que se le habían establecido por decreto de la jefatura del ejecutivo local. La observación del juez Riggi en relación con que no existía subordinación jerárquica entre la Dirección General Adjunta y la Dirección General (digamos, principal) obtura cualquier discusión al respecto (cf. p. 623 de la sentencia 473/11 de la Sala III).

Eso no quiere decir, por supuesto, que se pueda extraer sin más la conclusión de que las funciones de Fernández no fueron alteradas con el decreto 1563/04, en relación con las que desarrollaba de conformidad con la norma que delimitaba su competencia previamente (i.e., el decreto 37/04). Todo lo contrario: es claro que fueron reducidas.

Pero ello, a lo sumo, podría tener un impacto en otros elementos del juicio de adecuación típica (por ejemplo, en la determinación de los deberes de cuidado que debía observar la nombrada o en la elucidación de la capacidad agencial para llevar adelante la acción debida, todo lo cual será analizado más adelante). En lo que respecta al ejercicio del poder policía como fundamento al menos parcial de la posición de garantía en la que se ubicó a Fernández, empero, el argumento de su defensa

resulta inatendible, pues la atribución de dicho deber se fundó (luego de la entrada en vigor del decreto 1563/04) precisamente en la obligación de asistencia en ese tema de competencia de la DGFyV, sin que se advierta que el término haya sido forzado o interpretado más allá de su sentido literal posible, que constituye el límite de la interpretación constitucionalmente permisible.

Por lo demás, como se ve, tampoco pueden resultar atendibles las alegaciones de la defensa relacionadas con la supuesta omisión de valorar testimonios que, durante el debate, dieron cuenta de las tareas a las que efectivamente se abocó Fernández luego de su designación como Directora General Adjunta. Y es que, sean cuales fueren esas funciones, el fundamento de su deber de control surgía directamente de la normativa ya analizada, que incluía el deber de asistencia en materia de ejercicio del poder de policía, propio de la posición funcional que ocupaba.

Ese vínculo jurídico, vale decir, no es meramente formal como se ha intentado sugerir en diversas oportunidades, sino que contiene el componente material y específico de la asunción voluntaria: no son las instituciones o convenciones sociales las que sujetaban a Fernández a ejercer sus facultades de policía -con mayor o menor amplitud según el período considerado-, sino la normativa que delimitaba las competencias *primarias* de los diversos cargos públicos jerárquicos de importancia "crítica alta" (cf. decretos 726 y 761 del 2001) que *ella misma decidió ocupar* y por los que percibía una remuneración que se fijaba, precisamente, de acuerdo con el nivel de responsabilidad orgánica asumido.

Nuevamente, pues, la discusión en derredor a las posibilidades materiales de las que disponía para desarrollar sus tareas y cumplir con sus obligaciones puede tener sentido en el contexto de otros elementos típicos, pero carecen de relevancia en la determinación de una posición de garantía cuyos fundamentos la defensa no ha logrado rebatir.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Corresponde, por lo tanto, rechazar este aspecto de la impugnación intentada.

4.v.f. Conducta debida: Capacidad individual de realizarla y omisión propiamente dicha.

En lo que respecta a la conducta debida de Fabiana Fiszbin -incluyendo su capacidad agencial para llevarla adelante- la Sala III sostuvo que ésta no era otra que la de *"disponer la inspección -y su seguimiento- de la totalidad de locales bailables existentes en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires que figuraban en el padrón de habilitaciones o, al menos, de todos aquellos sindicados en el listado de Bomberos remitido al Defensor del Pueblo"*. Es que, al decir de los jueces, *"la única medida idónea tendiente a conjurar el peligro anunciado por Alimena era inspeccionar in situ todos los locales de baile, puesto que sólo así hubiera sido posible en los hechos conocer si efectivamente cumplían o no con la normativa vigente para funcionar y, concretamente, con aquélla inherente a la prevención de incendios"* (id., p. 640).

En concreto, sostuvieron que *"a partir de la alarma de Alimena y resultando una cuestión prioritaria, Fabiana Fiszbin como máxima autoridad en lo que a coordinación de inspecciones se refiere (según la modalidad de trabajo ya descripta adoptada por el área [...] y en el marco de esa necesaria prevención en materia de seguridad a la que ella misma hizo alusión en el citado congreso [de CEDEBA], debió haber desarrollado un sistema de control de oficio y exhaustivo que permitiera en el menor tiempo posible y teniendo en cuenta los recursos existentes, llegar a inspeccionar la totalidad de los locales clase 'c' de la ciudad, y también efectuar el pertinente requerimiento de esa labor para lo cual contaba con el padrón de Habilitaciones y Permisos, y con los listados acompañados por Alimena que podían resultar una guía inicial de actuación"*. (id., p. 642).

Sin embargo -concluyeron- *"...ni siquiera la denuncia de Alimena fue tratada como tal, y no se ha podido advertir que a partir de ella, la funcionaria*

inspeccionara la totalidad de los establecimientos allí apuntados. Simplemente se limitó a ordenarle a su inferior jerárquico que cursara intimaciones a los locales para que presentaran la documentación relativa a las normas de prevención contra incendios, sin realizar un seguimiento serio y racional de las actuaciones que se labraban en consecuencia. En este punto, aun cuando pudiera alegarse, como de hecho lo hace la defensa de Fiszbin, que ante la denuncia de Alimena se actuó intimando a los locales, la falta de seguimiento del resultado de tales intimaciones que hemos tenido por acreditado, derivó en una ausencia de control" (p. 643).

En relación con los recursos a disposición del área a su cargo, por su parte, los jueces señalaron que "si bien es cierto que al inicio del año 2004 con la creación de la UPI los mismos eran exiguos, no lo es menos que para la fecha de ingreso de la Actuación 631 se habían incrementado notablemente y, para la fecha de creación de la DGFyC y hasta el fin de ese año, eran bastante más importantes. Quizá no eran los ideales para un área de control como plantean los imputados, pero frente al peligro concreto bastaban para actuar, era cuestión de utilizar eficientemente dichos recursos para lo cual, aunque resulte obvio, era menester dar lugar a tales objetivos prioritarios. Aquí, reiteramos, no estamos diciendo que la Subsecretaria no realizaba ninguna actividad incumpliendo deliberadamente alguna norma, [sino que] lo que afirmamos es que en su accionar fue negligente puesto que, a pesar de tenerlo oficialmente como un tema sensible y prioritario, al control de los comercios bailables no le dio el tratamiento que se merecía, ni aún siquiera según los parámetros de importancia que ella misma le reconocía" (p. 645).

En definitiva, pues, los fundamentos transcritos -que no han sido rebatidos- lucen suficientes y adecuados a las constancias de la causa para tener por acreditado que Fiszbin contaba con capacidad individual para llevar adelante la conducta



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

debida y, aun así, omitió hacerlo, en infracción de los deberes a su cargo.

Para el caso de Gustavo Juan Torres, los magistrados que intervinieron previamente en estos actuados consideraron que *“la conducta ajustada al deber de cuidado era también la de disponer que se inspeccionaran todos los locales de baile que funcionaban en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires –según el padrón del área– o, al menos, aquéllos señalados en el listado elaborado por la Superintendencia Federal de Bomberos enviado por el Defensor del Pueblo de la Ciudad al área de control”*. En este sentido, adujeron que *“la circunstancia de que la denuncia haya sido recibida en el seno de la UPI no es óbice para que tras disolverse el área y haber sido reemplazada por la DGFyC, a cargo de Gustavo Juan Torres, se interrumpiera el trámite en forma absoluta pues nadie puede negar que lo expuesto por Alimena resultaba ser un tema candente y con vigencia que exigía una veloz y eficaz respuesta. Ha quedado suficientemente claro que la DGFyC continuó con las actividades que previamente desarrollaban la UPI y la UERA, prueba de [lo cual] es que muchas de las disposiciones firmadas por Torres consisten en trámites que habían sido iniciados en las dependencias antecesoras, por lo que no hallamos explicación lógica a la completa ausencia de tratamiento de la denuncia del Defensor del Pueblo Adjunto por parte de este funcionario”* (p. 657).

Por lo demás, en relación con la capacidad del funcionario para ajustar su comportamiento a derecho, los sentenciantes refirieron que *“más allá de no contar con todos los insumos y la cantidad de personal ideales o deseados, los recursos humanos y materiales eran suficientes para afrontar las tareas del área y concretamente la conducta debida”*. En particular, destacaron que *“...al momento en que se hizo cargo de la DGFyC [Torres] tenía a su disposición un total de 137 inspectores con autorización para ejercer el poder de policía, más el personal administrativo”* (p. 660).

No obstante esa sensible mejor posición, la sentencia recurrida destacó que las tareas inspectivas desarrolladas por el área a su cargo resultaron aún más pobres que las de su antecesora: durante el mes de febrero de 2004, señaló la sentencia, "la UPI llevó a cabo 11 inspecciones de comercios destinados a la actividad de baile -de los cuales 5 fueron clausurados-, cifra que aproximadamente coincide con las llevadas a cabo por la DGFyC en el mes de diciembre -en este caso fueron 12 los sitios visitados, habiéndose procedido a la clausura de 6 de ellos-. No obstante, la comparación resulta llamativa cuando recordamos la diferencia sustancial de recursos humanos y materiales que tenían quienes estaban a cargo de las dependencias, pues, en definitiva, Torres efectuó igual cantidad de verificaciones contando con unos 100 profesionales con poder de policía más que Fernández. Por si no fuera lo suficientemente contundente la comparación, notemos que al mes de julio de 2004, ocasión en la que Ana Fernández tenía a disposición alrededor de 76 inspectores, la UPI concretó 38 inspecciones y clausuró 20 de los locales verificados [...] Si bien para ese momento el área había incrementado los recursos jamás obtuvo los mismos que la DGFyC. Es lógico afirmar que cuanto menos Torres debió mejorar esa cifra, pues tenía la posibilidad material para hacerlo. Entonces, pobre se advierte la actuación de Torres a cargo de esa Dirección; y si se la compara con la de Fernández en la UPI resulta todavía menos eficiente" (p. 661).

Nada de ello, empero, puede conducir a la conclusión de que la conducta de Fernández fue adecuada; pero sí permite ilustrar lo lejos de lo exigible que se encontraba la de Torres. En efecto, los jueces fueron contestes en señalar que no pretendieron "aseverar que se desplegaran funciones en las condiciones ideales, puesto que existían necesidades que debían ser contempladas; no obstante, el acusado disponía de una cantidad razonable de recursos que le permitían cumplir con las tareas propias del área que estaba a su cargo".



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Así, en definitiva, *"lo cierto es que [Torres] tuvo ante sí la posibilidad de actuar conforme a derecho, al menos dándole cauce al resultado de las intimaciones y disponiendo la inspección de los locales bailables, pero no lo hizo. El azar siguió siendo el criterio de actuación y siempre actuando a partir de denuncias y nunca en forma preventiva, pese a que, como dijimos, el área tenía como cuestión prioritaria el tratamiento de la problemática de las discotecas"* (p. 663).

Finalmente, teniendo en cuenta la pluralidad de cargos públicos que ocupó Ana María Fernández en el período relevante -Coordinadora General de la Unidad Polivalente de Inspecciones, primero, y Directora General Adjunta de la Dirección General de Fiscalización y Control, luego de la entrada en vigor del decreto n° 1563/04- la Sala III reconstruyó la conducta debida por la funcionaria del siguiente modo.

En relación con el primer momento, la sala consideró que la conducta debida, en su calidad de titular de la UPI, tendiente a neutralizar el peligro de incendio típico en alguno de los locales que, como República Cromañón, incumplían sistemáticamente la normativa de habilitaciones, no era otra que *"...disponer la inspección de la totalidad de los locales bailables clase 'c' que figuraban en el padrón de habilitaciones del GCBA o al menos en el listado remitido por la Superintendencia Federal de Bomberos [por cuanto] la única medida idónea capaz de conjurar el peligro evidenciado por la Actuación 631, era inspeccionar in situ todos los locales de baile, puesto que sólo así hubiera sido factible en los hechos conocer si efectivamente tales establecimientos cumplían o no con la normativa inherente a la prevención de incendios"*.

Ello así, sostuvo el tribunal, puesto que *"Ana Fernández era la encargada directa de ejercer el poder de policía en materia de seguridad, salubridad e higiene de los comercios habilitados en el ejido de la Ciudad; [e]lla era quien tenía la facultad de inspeccionar y disponer las clausuras como asimismo era la encargada*

184
directa de ordenar la actividad de los inspectores [y] por ello, habiendo sido notificada de la existencia de la denuncia de Alimena que denotaba que unas 400000 personas por fin de semana se veían expuestas al peligro derivado del incumplimiento de la normativa de prevención contra incendios, debió haber dispuesto sin mayores dilaciones la inspección efectiva de los establecimientos que tenía registrados. Esa era la única medida que ex ante lucía idónea para erradicar ese peligro y que la funcionaria no sólo estaba capacitada para realizar, sino que además formaba parte de su deber conforme las competencias que le fueran asignadas como Coordinadora General de la UPI" (p. 648).

En efecto -continuaron los jueces- "entendemos que Fernández, sabiendo certeramente de la existencia de la mentada denuncia y de su tratamiento deficiente ya desde el mes de mayo del año 2004, debió haber coadyuvado con el Director General e instado a éste para que ordene la inspección generalizada de los locales bailables que se encontraban registrados en el padrón de habilitaciones o al menos en el listado remitido por la Superintendencia Federal de Bomberos. Puesto que, como ya hemos explicado sobradamente, esa era la única medida que en definitiva podía haber conjurado el peligro denunciado por la Actuación 631. Es más, nótese que para el día primero de octubre del año 2004 el padrón de habilitaciones ya estaba depurado, razón por la cual, sabiendo del tratamiento defectuoso a que se había arribado con las intimaciones, debió haber bregado para corregir la situación deficitaria y para que el Director General ordenara las inspecciones de los locales que allí figuraban" (p. 653).

La defensa objetó este aspecto de la resolución sobre la base de las siguientes consideraciones. En primer lugar, adujo que la conclusión sería arbitraria puesto que "...desconoce que dentro de las facultades que el decreto 37/04 le asignaba a la Dra. Fernández estaba la de dictar intimaciones, de manera tal que esto sin lugar a dudas se enmarcaba dentro de los parámetros de la



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

conducta adecuada a derecho". A ello, adunó que "de dicho cuerpo normativo no se desprende que estuviera reglada la obligación de inspeccionar in situ los locales en casos de denuncia o por otros motivos".

Asimismo, la defensa recordó que *"El local 'República Cromañón' fue uno de los pocos [locales bailables exhortados a presentar el certificado de bomberos] que contestó en tiempo y forma dicha intimación, acompañando copia de habilitación y certificado de bomberos vigente".* Por ello, consideró que se acreditó que *"hasta el 31 de agosto de 2004 -fecha de disolución de la UPI- el local 'República Cromañón' desarrolló su actividad cumpliendo con los requisitos que la normativa de seguridad contra incendios reclamaba".*

Por lo demás, consideró falsa la afirmación de la sentencia impugnada según la cual *"luego de vencido el plazo para contestarlas [las intimaciones] ninguna decisión diligente sobre el caso se adoptó",* argumentando que así el tribunal omitió tener en cuenta que *"se siguió un curso de acción definido, que no sólo incluía el seguimiento de dichas intimaciones sino también la respuesta a múltiples requerimientos judiciales de intervención y a peticiones de otros organismos estatales".*

Ahora bien, como se observa de esta transcripción, los argumentos esgrimidos por la defensa oficial impugnaron la reconstrucción de la conducta debida por Ana María Fernández de modo solamente parcial: todos ellos dependen de la premisa implícita de que la violación de los deberes funcionales de Fernández que fundamentaron, en el razonamiento de la Sala III, la infracción de los deberes de cuidado a su cargo, se reducen a su desempeño como titular de la Unidad Polivalente de Inspectores (UPI). Dicho de otro modo, ninguna de las objeciones intentadas se hace cargo de los fundamentos de la sentencia que le atribuyeron, también, una infracción a las responsabilidades que la alcanzaban, luego de disuelto ese organismo, en su calidad de Directora General Adjunta de la Dirección General de

Fiscalización y Control -esto es, no haber asistido al Director General en el ejercicio del poder de policía, que formaba parte de los "temas de su competencia", en el lenguaje del decreto que regulaba sus atribuciones-.

Ello por sí mismo sella la suerte del recurso en contra de la pretensión de la parte, porque aun si la defensa llevara la razón, el reproche penal formulado en la resolución atacada contaría todavía con respaldo suficiente, fundado en la violación a los deberes que sujetaban a Fernández en virtud de su designación como Directora Adjunta de la DGFyC.

No obstante ello, corresponde formular las siguientes precisiones, a fin de dar acabada respuesta a los agravios cursados. En este orden de ideas, lo primero que ha de destacarse es que del hecho de que el decreto 37/04 haya atribuido a Fernández la competencia para practicar intimaciones formales no se sigue en modo alguno que esa fuera la conducta debida por la funcionaria. En efecto, el criterio para determinar los contornos de su mandato no depende (simplemente) de la elucidación de cuáles eran los posibles cursos de acción, sino esencialmente de la idoneidad de cada uno de ellos para satisfacer las exigencias del deber. En este sentido, del hecho de que la normativa aplicable previera la facultad de Fernández de cursar intimaciones a la conclusión de la defensa de que esa era la conducta debida existe un hiato lógico insalvable. Ello así, por dos motivos.

En primer lugar, porque el decreto en cuestión, como se vio, sí contemplaba, también, la facultad de la funcionaria de disponer la realización de inspecciones y de las clausuras preventivas correspondientes. De ello da cuenta no sólo el texto de la normativa transcrita, sino el hecho de que algunas inspecciones de la clase exigida sí fueron realizadas -bien que de modo aleatorio y sin responder a criterios racionales de organización-. En segundo lugar, porque como correctamente se destaca en la resolución impugnada, las intimaciones a las que alude la defensa no importaron más que un ejercicio puramente



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

formal y aparente, pues ningún seguimiento apropiado se les dio, más que la inclusión de las respuestas en una base de datos y su resguardo en un bibliorato. Ello mal puede considerarse un actuar diligente.

A su turno, la observación de que los responsables de "República Cromañón" hayan respondido a la nota cursada tampoco constituye un argumento atendible. Por un lado, nuevamente, porque ninguna diligencia adecuada a las exigencias de las circunstancias se tomó; y, por el otro, porque una masiva cantidad de las infracciones en las que incurría el local -particularmente las vinculadas con el desarrollo de las actividades que tenían lugar allí- no podían ser identificadas simplemente mediante una intimación a presentar el certificado de Bombero. La fiscalización de ese cúmulo de irregularidades ni siquiera formaba parte de la competencia de la Superintendencia de Bomberos -cuya certificación se extiende sólo al cumplimiento de normas de seguridad estructural- y sólo podía ser adecuadamente controlada mediante la inspección que correctamente se exige en la resolución.

Por lo demás, no puede soslayarse que el certificado de Bomberos se encontraba vencido desde el 25 de noviembre de 2004 -situación de la que dio cuenta precisamente la intimación cursada-, y no se ha acreditado en modo alguno que Fernández haya adoptado medida alguna para requerir nuevamente la certificación correspondiente una vez vencido el plazo, ni como titular de la UPI ni como Directora General Adjunta de la DGFyC.

No puedo dejar de recordar aquí, asimismo, que la sentencia profundizó su razonamiento para mostrar cuán posible era para los funcionarios actuar conforme a deber. En ese orden de ideas, con argumentos que comparto y hago propios, los jueces tomaron "*...como punto de partida, a favor de los acusados la finalización del mes de mayo del año 2004 -es decir, el momento del ingreso formal de la Actuación 631 a la UPI a cargo de Ana Fernández, pese a que los reclamos del Defensor, como*

sabemos, habían comenzado en el mes de enero de ese mismo año”.

Y con ese norte, indicaron: “Sabemos que en el lapso que va desde esa fecha al día 26 de agosto cuando la UPI fue disuelta, esta dependencia contaba con una dotación de inspectores con poder de policía que osciló entre 84 y 74 personas. También en beneficio de los incusos, ponderemos el número más favorable, es decir, 74 inspectores y supongamos que para cada inspección se necesitan dos personas, lo que se traduce en 37 grupos. Asimismo, tengamos en cuenta que hemos identificado como acción debida la inspección de la totalidad de locales que existían en el padrón de habilitaciones que alcanzaban los 279 antes de la depuración o al menos los 177 remitidos en el listado de la Superintendencia Federal de Bomberos. Por lo tanto, en la hipótesis de máxima complejidad, es decir la inspección de los 279 locales del padrón, teniendo en cuenta que las visitas debían hacerse los fines de semana (viernes y sábado por la noche), con 37 pares de inspectores revisando un local por noche cada una de las parejas, concluimos que la verificación de todos los establecimientos se podía realizar en un mes aproximadamente”.

A fortiori, continuó la sentencia, “[m]ás simple aún era la situación durante el segundo período, esto es, cuando el área de control estaba integrada por Fabiana Fiszbin como Subsecretaria, Gustavo Torres como Director General de la Dirección de Fiscalización y Control, con la asistencia de Ana Fernández como directora adjunta. Ello así, por cuanto no solamente en este período se contaba con un cuerpo de inspectores con poder de policía que alcanzaba un total de unas 136 personas, sino que además, el padrón de habilitaciones ya había sido depurado por el CEVIP reduciéndose el número a tan solo 145 locales clase ‘c’. Así, con grupos de dos inspectores, en tres días, es decir, en dos fines de semana (viernes, sábado, viernes) se podía haber realizado la acción debida para conjurar el peligro que la actividad de baile comportaba. Si se quiere, en una



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

noche podrían haberse verificado la totalidad de los locales, bastaba que un administrativo acompañara a un inspector con poder de policía y, algunos, chequearan dos locales el mismo día" (cf. id., pp. 666/667).

Como conclusión de lo expuesto, resulta inobjetable que tanto Fiszbin, como Fernández y Torres, tenían el deber de disponer -cada uno en el marco de sus competencias- la inspección de la totalidad de los locales que habían sido objeto de denuncia -incluyendo a "República Cromañón"- y contaban con la capacidad y los recursos para hacerlo. Por ello, corresponde rechazar las objeciones al respecto.

4.v.g. Imputación objetiva del resultado: riesgo no permitido y su realización en el resultado típico.

Por último, el tribunal consideró que la omisión de realizar la conducta debida por cada uno de los tres funcionarios acusados -i.e., la falta de inspección en tiempo oportuno de la totalidad de locales bailables registrados en el Gobierno de la Ciudad y en el listado de bomberos, con la consiguiente clausura del local de marras- comportó la creación de un riesgo no permitido de incendio (típicamente relevante en los términos del artículo 189 del Código Penal). El punto de partida de esa conclusión estuvo dado por la observación de que ello, en consonancia con el criterio expuesto por el suscripto al analizar los elementos del tipo omisivo imprudente, *"sucede tanto en los casos de creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante como consecuencia de un comportamiento humano o si no se ha controlado un riesgo existiendo el deber de hacerlo de forma que equivalga valorativamente a su creación"*.

En este sentido, la resolución afirmó que *"Esto último es lo que ha ocurrido en el caso, puesto que los encargados de ejercer el poder de policía y de controlar que el funcionamiento de los locales bailables se realizara de acuerdo a la normativa vigente, no observaron el cuidado debido en el ámbito que se desempeñaban, lo que en términos normativos significó una*

creación de riesgo penalmente relevante" que, a su vez, fue el riesgo que se realizó en el resultado típico (i.e., incendio peligroso).

Fue la defensa de Fernández la que objetó la atribución del resultado a la conducta de su asistida, sobre la base de los siguientes argumentos, a los que, adelanto, me referiré en un orden distinto al utilizado en el escrito recursivo, en tanto resultará más claro para la exposición tratar en primer lugar aquellos vinculados con cuestionamientos a la afirmación de que la conducta de la funcionaria importó la creación de un riesgo no permitido de incendio, para recién luego abocarme a cuanto fuera materia de agravio en relación con la tesis de que ese riesgo fue el que se realizó efectivamente en el resultado prohibido.

Así, en primer lugar, aludiendo al principio de confianza la defensa de Fernández consideró que no es posible sostener que *"la omisión de inspeccionar el local 'República Cromagnon' (sic) hubiera significado la creación de un riesgo no permitido de incendio, puesto que al haberse presentado la copia de habilitación y certificado de bomberos vigente a esa fecha a instancias de la solicitud de la Dra. Ana María Fernández, ella podía razonablemente confiar en que las condiciones del lugar no generaban un peligro de incendio, puesto que se contaba con el aval de la certificación de los funcionarios que tienen la competencia específica de evitar la ocurrencia de incendios"*.

En similar tesitura, si bien la defensa compartió la observación de la Sala III respecto de que la doctrina de la prohibición de regreso no tiene un ámbito de aplicación tan extenso como el que le adjudicó el tribunal de juicio -tal que excluya toda posibilidad de reproche imprudente a los agentes que actúan con anterioridad a los autores directos de un hecho ilícito-, consideró no obstante que la conducta de su asistida quedaba de todos modos abarcada por el mencionado instituto, excluyendo así la imputación objetiva del resultado.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

En ese sentido, adujo que, conforme a los propios principios de la dogmática jurídico-penal adoptados en la sentencia, la conclusión que se sigue sería que *"no surge ningún indicio de que la Dra. Ana María Fernández hubiera estado al tanto de las irregularidades realizadas posteriormente por los autores dolosos del incendio o que hubiese tenido algún contacto con los nombrados, por lo que mal puede sostenerse que ella hubiese fomentado o favorecido la perceptible inclinación o propensión al plan criminal de quienes actuaron ulteriormente"*.

Por lo demás, postuló que *"la sola creación de un riesgo no tolerado no puede ser suficiente para la imputación del resultado por cuanto [ello] implicaría transformar un delito de lesión en uno de peligro, pues lo único que se acredita es que la acción no realizada habría reducido el riesgo de producción del resultado, pero no que lo hubiera evitado. Ello supondría que no se encuentra probada la relación de causalidad entre omisión y resultado, por lo que no se estaría imputando un resultado de lesión a quien lo habría causado, sino sólo a quien lo [hubiera] puesto en peligro"*.

Ahora bien, lo primero que he de recordar es que, como ya expliqué en el apartado correspondiente, el delito atribuido a Fernández -incendio culposo seguido de muerte, previsto en el art. 189, 2º párrafo, del C.P.- no es, como sugiere la defensa, un "delito de lesión" sino, precisamente, un delito de peligro (concreto). Ello así, puesto que de la simple lectura del artículo referido se constata que la consumación del delito no exige la producción de un resultado lesivo (i.e., la muerte), sino que se satisface ya con la puesta en peligro, mediante la creación (o no evitación) de un incendio que ponga en riesgo la vida de una o más personas.

En otras palabras, el resultado cuya imputación objetiva se encuentra en tela de juicio no es la muerte, sino el propio incendio peligroso en sí mismo. Desde luego que ello no implica que la sola creación (o no evitación) de un riesgo intolerable en abstracto baste

para satisfacer el juicio de subsunción, pero ese riesgo no es otra cosa que el de elevar la probabilidad (o no reducirla estando el agente obligado a ello) de que el incendio ocurra, por encima de lo socialmente admisible.

Efectuadas esas aclaraciones, advierto por lo demás que las impugnaciones relacionadas con la aplicación del principio de confianza y de la doctrina de la prohibición de regreso tampoco pueden tener acogida favorable. Veamos.

En relación con las primeras, la defensa postula que Fernández tenía derecho a confiar en el certificado de bomberos que el gerenciador de "República Cromañón" remitió como respuesta a la intimación cursada, de modo tal que su conducta no puede considerarse típica del delito de incendio cuya autoría se le atribuye. La objeción fracasa, no obstante, por dos motivos. En primer lugar, porque la omisión de arbitrar los medios a su disposición para inspeccionar los locales bailables clase "C" -entre los que se encontraba "República Cromañón"- que se le reprocha a Fernández no se fundaba únicamente en su deber de controlar que el local satisficiera las exigencias reglamentarias de habilitación -que incluía el certificado correspondiente expedido por la autoridad de bomberos, referido exclusivamente a la situación estructural del predio-. Antes bien, su deber como titular del ejercicio del poder de policía en el ámbito aquí relevante se extendía también a la fiscalización de las condiciones en las que el local funcionaba cotidianamente y que, como correctamente se destaca en la sentencia, habría conducido a verificar la pluralidad de infracciones en las que éste incurría de manera sistemática y sostenida.

Todas esas infracciones -sobreocupación del lugar, uso de pirotecnia, desnaturalización del objeto de la habilitación, etc.- confluían, como se indicó, en la situación típica prevista en el art. 189, 2º párrafo del C.P. y resultaban ajenas a la competencia de los bomberos. En efecto, la competencia fiscalizadora en relación con las múltiples irregularidades de uso (por



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

oposición a las estructurales) en las que "República Cromañón" desarrollaba su actividad recaía precisamente en los organismos de contralor del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y, en última instancia, en la persona de sus titulares: Fabiana Fiszbin, Ana María Fernández y Gustavo Torres.

En segundo lugar, cabe destacar que el principio de confianza tampoco excluía el reproche de Fernández en razón de que, como fuera señalado por los jueces de la Sala III de esta Cámara -y Fernández no desconocía- el certificado de bomberos, de validez anual, vencía para "República Cromañón" el 24 de noviembre de 2004 -y de hecho no fue renovado al momento de ocurrencia del incendio, el 30 de diciembre de ese año-. Es decir que, aun cuando el local contestó la intimación cursada por Fernández, el deber de ésta última como titular del poder de policía incluía, como mínimo, arbitrar los medios para constatar que el día 25 de noviembre Cromañón contara con la certificación actualizada, bajo perjuicio de imponerle las sanciones correspondientes. Muy por el contrario, como se indicó en la resolución atacada, la funcionaria no adoptó ninguna medida idónea que permitiera efectuar un seguimiento racional y conducente de las contestaciones recibidas, limitándose a la tarea puramente formal de cargar los resultados de la pesquisa en una base de datos a la que, por lo demás, no se le dio utilidad alguna de contenido fiscalizador. En este punto, la sentencia es elocuente: *"...advuértase que Ana Fernández fue la funcionaria que suscribió las intimaciones y luego de vencido el plazo para contestarlas, ninguna decisión diligente sobre el caso adoptó, limitándose su actividad a separar las contestadas de las no contestadas, pero sin analizar el contenido de esas respuestas ni ordenar a sus empleados como actuar en cada caso. Aquí [...] nos preguntamos qué finalidad pudieron haber tenido las intimaciones si, luego de vencidos los plazos para ser respondidas por los explotadores de los locales, no se ejecutó ninguna medida al respecto. Es que la supuesta actividad que implicaba realizar las intimaciones a los*

locales clase 'c', deja de ser tal, si en los hechos nada serio se hace luego de recibidas las respuestas. Nuevamente, si la funcionaria no evalúa los resultados, es decir no verifica mínimamente la documentación acompañada ni se dedica a realizar una inspección para determinar si la realidad del establecimiento se adecua a los instrumentos presentados, las intimaciones pierden todo tipo de sentido, y denotan un accionar negligente, imprudente e irracional, que se transforma en una ausencia de contralor de la actividad cuya supervisión le había sido encomendada normativamente y que, por ende, eleva los niveles de riesgo tolerado para su desarrollo" (id., p. 649).

A su turno, el fundamento central de la Sala III para descartar la posibilidad de que la conducta de los funcionarios públicos del Gobierno de la Ciudad - entre ellos, Ana María Fernández- quedara excluida de la tipicidad por aplicación de la doctrina de la prohibición de regreso puede resumirse en la transcripción que el tribunal hizo de un pasaje de la obra de Claus Roxin que aborda la cuestión en los siguientes términos: "No es desde luego que, como a menudo se suponía antiguamente, el hecho doloso del ejecutor inmediato interrumpa el nexo causal o que, en virtud de la impunidad de la participación imprudente, no pueda hacerse responsable en ningún caso al tercero imprudente. Pues no es posible concebir un nexo causal simultáneamente como existente e 'interrumpido'; y, dado que en los delitos imprudentes rige el concepto unitario de autor, en el supuesto de causación imprudente de un hecho doloso no se trata de una participación, sino de autoría imprudente. Tampoco se puede negar sin más el nexo de antijuridicidad o de imputación aludiendo a la propia responsabilidad del autor doloso, pues cuando un sujeto que actúa sin dolo ha creado el peligro intolerable de un delito doloso, no hay razón alguna para excluir la posibilidad de una imputación imprudente junto al delito doloso. La solución no consiste por tanto en una prohibición absoluta de regreso, sino que se trata de trazar los límites del



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

principio de confianza y por tanto del riesgo permitido' (ROXIN, Claus, '*Derecho Penal Parte General*', edición 1997, reimpresión 2007, Civitas, Madrid, p. 1006/7)" (citado en la página 611 de la sentencia en revisión).

En efecto, sobre la base de esas premisas teóricas, los jueces que conformaron la mayoría en este aspecto de la resolución concluyeron que la conducta de Fernández no quedaba excluida de imputación, en virtud de que su obrar imprudente excedía los contornos de la prohibición de regreso -en los términos referidos-.

El argumento de la defensa, por su parte, pretende controvertir los límites trazados a la doctrina citando al efecto el ejemplo académico de quien alcanza un cuchillo a una persona inmersa en una encarnizada pelea. Parafraseando nuevamente a Roxin, la parte postuló que *"ha de resultar improcedente la imputación imprudente incluso en caso de perceptible inclinación al hecho delictivo, cuando falte un 'fomento o favorecimiento' porque la conducta del extraneus sólo se convierte en causal para el resultado mediante una combinación caprichosa de condiciones por parte del autor doloso..."* (Roxin, Claus, '*Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*', Civitas, pág. 1007)" (citado en su presentación ante esta Sala)

En la misma dirección, la recurrente consideró que la afirmación de la Sala III respecto de que el riesgo que los funcionarios que ejercían el poder de policía en la materia omitieron fiscalizar y neutralizar adecuadamente estaba abarcado por el fin de protección de la normativa de prevención contra incendios *"no se ajusta a las constancias de la causa puesto que las normas de seguridad persiguen evitar la propagación del fuego frente a un desarrollo normal de la actividad, sin abarcar los actos que impliquen un acontecer irregular por la dolosa intervención de terceros"*. En ese sentido, adujo que el fallo impugnado resultaría auto-contradictorio en virtud de que *"reconoció que con posterioridad a la conducta omisiva que se le atribuye a*

nuestra defendida hubo otras acciones dolosas de otros autores que desnaturalizaron la habilitación del predio en condiciones de extremo peligro".

Pues bien, sin pretender ingresar en una disquisición teórica abstracta acerca de los alcances de la prohibición de regreso, corresponde sí poner de resalto que su fundamento y, correlativamente, su ámbito de aplicación, no es otro que el de excluir de la imputación objetiva a quienes de algún modo favorecen o fomentan un hecho doloso ajeno, en razón de que el comportamiento mediante el cual intervienen constituye aquello que Hans Welzel dio en llamar una "conducta socialmente adecuada". En efecto, en ausencia de una prohibición de regreso que limite la imputación objetiva de un resultado típico, cualquier conducta que formalmente luzca como un favorecimiento debería contar, al menos *prima facie*, como un supuesto de participación criminal.

Sobran ejemplos en la doctrina: desde el ferretero que vende un hacha a una persona que, a la postre, la utiliza para matar a otro; hasta el taxista que traslada al sicario a su destino, aun conociendo - porque le fue revelada en el transcurso del viaje- el objeto del transporte solicitado. No obstante, todos los ejemplos que ilustran el ámbito de aplicación de la prohibición de regreso contienen una propiedad común que se encuentra ausente en el caso bajo examen, y que sella definitivamente la suerte del agravio intentado: en todos ellos, en efecto, la conducta de quien de algún modo favorece el hecho del autor doloso que actúa ulteriormente se ajusta a un comportamiento estereotipado -venta de elementos de ferretería, servicio de transporte, etc.- que se mantiene dentro de los parámetros de interacción social normal y esperada.

En otras palabras, no se exige, al menos en principio, que los ferreteros inquieren acerca del destino que le darán sus clientes a las herramientas que les proporcionan, ni a los taxistas que conozcan el propósito que motiva a sus clientes a requerir sus



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

servicios. Los términos de su interacción se agotan, digamos, en prestar normalmente servicios que son útiles a la sociedad. Y así como los ferreteros no tienen participación en las ganancias por las obras de ingeniería que los clientes puedan llegar a concretar por haber utilizado las herramientas que les proporcionan, ni los taxistas son recompensados por los contratos que puedan cerrar quienes requieren sus servicios precisamente por haber sido trasladados a tiempo, tampoco es razonable sostener que son responsables por los hechos ilícitos que esas mismas personas puedan cometer gracias a los servicios prestados.

Pero la situación de los funcionarios públicos acusados difiere radical y decisivamente de los presupuestos de interacción social lícita (por no superar el ámbito del riesgo permitido) ilustrados en ejemplos como los que reseñé. Pues en su omisión de cumplir diligentemente con su responsabilidad de fiscalización, ellos no sólo incumplen el deber genérico de no favorecer hechos ilícitos ajenos –que es el que queda cubierto por la prohibición de regreso–, sino que, centralmente, infringen la obligación de ejercer adecuadamente el poder de policía en la materia de su competencia; el cual, como ya expliqué, no sólo surge del deber formal-institucional derivado del cargo que ostentaban, sino del presupuesto material que entraña la asunción voluntaria de ese cargo, como contraprestación por la remuneración mensual que les corresponde y la jerarquía de su función en el organigrama de la administración pública.

De allí que, habiendo asumido un deber de garante que excede los contornos de los deberes genéricos a los que está sujeto cualquier ciudadano, sea cual sea la concepción de la prohibición de regreso que se adopte, ésta no puede alcanzar jamás el quebrantamiento de la función que estaban llamados a cumplir y que constituye el ejercicio de una atribución en el que Estado posee una competencia indelegable.

La conclusión que se impone, en fin, es que la conducta adoptada por Fernández entrañó efectivamente la

creación del riesgo no permitido de incendio que se le atribuye -en la significación que dicho requisito reviste para la imputación de un delito de omisión, esto es, como omisión de neutralizar o al menos reducir el riesgo inherente a la situación típica-, en tanto no está cubierto ni por el principio de confianza ni por la doctrina de la prohibición de regreso.

Por último, la defensa de Fernández impugnó también la conclusión de la Sala III de acuerdo con la cual el resultado típico constituyó la realización del riesgo creado (o, más precisamente, *no evitado*) por los funcionarios públicos. En ese sentido, postuló que no logró acreditarse que la realización de la conducta debida hubiese evitado el resultado con una probabilidad rayana a la seguridad. Concretamente, adujo que *"los jueces Riggi y Catucci [...] se limitaron a señalar dogmáticamente que si se hubiera efectuado una inspección [ésta] habría desembocado en la clausura del local y que ese cierre habría evitado el incendio, pero sin brindar las premisas para arribar a dicha conclusión"*.

En su opinión, por el contrario, *"se encuentra demostrado que el local 'República Cromagnón' (sic) contaba con habilitación y certificado vigente al momento del requerimiento y expedido por los bomberos, por lo que no es razonable suponer que si se hubiera efectuado la inspección in situ hubiera sido necesariamente clausurado, sino que lo más lógico es presuponer lo contrario: si los que poseen conocimientos especiales en materia de incendios otorgaron el aval para su funcionamiento, no parece atinado sostener que una verificación física del lugar hubiese llegado a una conclusión diferente. Por lo demás, [...] Ana María Fernández no tenía potestad para imponer clausuras definitivas, sino que estaba facultada para disponer clausuras preventivas (cfr. decretos 1363/2002 y 37/2004) y el único organismo que tenía la autoridad para ordenar una clausura definitiva era la Dirección General de Habilitaciones y Permisos, previa intervención de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires"*.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

En un sentido similar, la defensa argumentó también que *"el reconocimiento expreso de que con posterioridad a la conducta omisiva que se le atribuye a [Fernández] hubo otras acciones dolosas de otros autores que desnaturalizaron la habilitación del predio en condiciones de extremo peligro, es decir, con medios de salida obturados, con exceso de concurrentes, con la presencia de materiales inflamables y ante el incesante empleo de elementos de pirotecnia por parte de los asistentes [...], es auto-contradictorio con la conclusión de que estas acciones voluntarias no interrumpieron el nexo de imputación"*.

La sentencia impugnada, empero, no adolece de los vicios que la recurrente le atribuye. En efecto, a diferencia de lo sostenido por la defensa, los jueces de la Sala III observaron que *"...debido a las manifiestas irregularidades, tanto estructurales como en el uso del local, de haber sido el mismo debidamente controlado por el órgano de fiscalización -siguiendo los criterios y observando los parámetros legales correspondientes-, dicho establecimiento "República Cromañón" hubiera sido clausurado"* (id., p. 604).

Bien que sencillo, el fundamento resulta suficiente. En efecto, cabe destacar en primer lugar que la normativa de habilitación vigente siempre previó la clausura (preventiva o definitiva, según el caso) como posible sanción frente a la constatación de una infracción; y la facultad de disponerla recaía, correlativamente, en la Subsecretaría de Control Comunal y, en particular, en los organismos de control que dependían de ella -primero la UPI y luego la DGFyC-.

Como he resumido oportunamente -y así obra en la sentencia impugnada- *"República Cromañón"* incurría sistemática y sostenidamente en no menos de catorce (14) graves infracciones reglamentarias, todas ellas vinculadas con la elevación del riesgo de incendio peligroso para la vida por encima de lo permitido. Tal cúmulo de irregularidades -que era competencia de los funcionarios acusados fiscalizar y sancionar

apropiadamente- es lo que deja a salvo de cualquier objeción la conclusión de la Sala III de acuerdo con la cual, de haberse procedido a una adecuada y racional política de verificación, el local habría sido clausurado; pues luce a todas luces irrazonable suponer que ante un cuadro de situación como el descrito la penalidad resultara puramente pecuniaria.

Repárese, nuevamente, que el certificado de Bomberos sólo entrañaba, a lo sumo, una exigencia necesaria de habilitación estructural del local; pero en modo alguno puede derivarse de él, como pretende la defensa, un "aval" incondicionado para su funcionamiento. Antes bien, las principales infracciones eran "de uso", y sólo podían verificarse mediante el adecuado ejercicio de la actividad inspectiva que los funcionarios le debían como mínimo a los administrados, y cuya omisión constituye precisamente el objeto de su reproche penal.

Por lo demás, el argumento de que Fernández no estaba facultada para imponer clausuras definitivas (sino sólo provisionales) mal puede conmovir el razonamiento plasmado en el voto mayoritario de la sentencia impugnada, pues incluso la medida cautelar sólo podría haberse levantado en caso de que el local en cuestión acreditara la adecuación de sus condiciones a las exigencias de seguridad relevantes. La única posibilidad de que la clausura preventiva no surtiera el efecto reductor del riesgo típico que fundamenta el nexo de imputación, entonces, es que los responsables del establecimiento burlaran la prohibición. Pero esa posibilidad -por lo demás, puramente hipotética-, no modifica en nada la conclusión que aquí se postula pues, al igual que si el incendio se hubiera producido de todos modos a pesar de que los funcionarios pertinentes hubieran ajustado su comportamiento a los deberes que los sujetaban, ello bastaría para eximirlos de responsabilidad.

Sin embargo, los deberes a su cargo *sí fueron* incumplidos, y es ese cumplimiento, precisamente, aquello que explica -al menos en parte, pero de manera adecuada a



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

las exigencias del tipo- la producción del resultado. Por todo lo expuesto es que habré de propiciar al acuerdo el rechazo de las objeciones a la atribución de responsabilidad penal de Fabiana Gabriela Fiszbin, Ana María Fernández y Gustavo Juan Torres por infracción al art. 189, 2º párrafo del C.P.

4.v.h. Subsunción de la conducta en las previsiones del art. 249 del C.P. Concurso ideal.

Corresponde, por último, analizar los planteos de las defensas vinculados con la subsunción concurrente que realizó la Sala III respecto de la conducta de los tres funcionarios públicos, que se consideró constitutiva, también, del delito de omisión de cumplimiento de deberes funcionales (cf. art. 249 y 54 del C.P.); norma que, en lo relevante, reprime al funcionario público que "ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio".

En este sentido, los jueces que conformaron la mayoría en la sentencia traída a estudio entendieron que *"Fiszbin y Fernández eran las encargadas de ejercer el poder de policía en materia de seguridad, salubridad e higiene respecto de los locales comerciales de la ciudad, y habiendo sido anoticiadas de la denuncia de Alimena no dispusieron en el momento oportuno, esto es, en forma inmediata dado la urgencia que el caso requería, la inspección generalizada de los locales bailables clase 'c'. Lo propio cabe señalar en relación a Gustavo Torres dado que, desde el momento en que fue nombrado a cargo de la DGFyC y tomó conocimiento de la mentada denuncia [...], debió llevar a cabo de manera urgente la conducta debida ya analizada, lo que nunca ocurrió. De esa manera, Fiszbin, Fernández y Torres desatendieron el reclamo realizado por el Defensor del Pueblo, por lo que sus comportamientos se encuentran abarcados también por la norma analizada"* (id., p. 692).

Asimismo, señalaron, con cita de Núñez y Soler, que *"...debe tenerse presente que el delito previsto en el artículo 249 del Código Penal se consuma al no realizarse el acto en la oportunidad legal o al diferirse su*

realización [...] para lo cual la inexistencia de término no excluye la posibilidad de su comisión". Así, en definitiva, concluyeron que "...en la especie, se verifica el comportamiento típico en la medida en que, a sabiendas de las circunstancias que les exigía llevar adelante la conducta debida ut supra valorada, los ex funcionarios decidieron no cumplir debidamente con ese acto propio de su oficio. Acto éste que estaba dentro de sus competencias y de sus posibilidades realizar" (p. 693).

Las defensas se agraviaron de la imputación referida en los siguientes términos. En primer lugar, el defensor de confianza de Gustavo Juan Torres postuló que "la subsunción de las acciones [atribuidas a Torres] en los presupuestos objetivos y subjetivos del artículo 249 del C.P. no ha sido materia de debate, motivo por el cual introducir esta arbitraria calificación, como lo hace el voto de los jueces Riggi y Catucci, afecta en forma ostensible los derechos de defensa en juicio y al debido proceso legal (art. 18), todo lo cual conforma cuestión federal suficiente".

En un sentido similar, la defensa pública oficial de Ana Fernández argumentó que el fallo incurrió en "una indebida variación de la calificación legal que impacta decisiva y necesariamente en el ejercicio de la defensa en juicio de esta parte, pues no hemos tenido, durante el juicio oral, la oportunidad de contestar jurídicamente esa nueva subsunción normativa que fue sorpresivamente incorporada por la Sala III de esa Cámara".

En particular, adujo que "no es posible predicar que es lo mismo dictar resoluciones u órdenes contrarias a las leyes nacionales o provinciales o ejecutar las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere (art. 248 del C. Penal) que ilegalmente omitir, rehusar hacer o retardar algún acto de su oficio (art. 249 del C. Penal).

En respaldo de su pretensión, citó los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

registrados en Fallos: 329:4634, 330:4945 (disidencia de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni) y 330:5020 (voto concurrente de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni), postulando que *"los cambios de calificación generan agravio constitucional aun cuando versan sobre los mismos hechos que fueron objeto de debate en el juicio, por cuanto sólo se ajustarán al art. 18 de la C.N. los que no hayan desbaratado la estrategia defensiva a través de una subsunción sorpresiva sobre la cual el imputado y su defensor no pudieron expedirse en el juicio"*.

La defensa completó su exposición reseñando *"las defensas concretas que se vio privada de ejercer como consecuencia directa de tal situación"*. En esa dirección, sostuvo que *"no es lo mismo la preparación de una defensa ante la intimación de dictar resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutar las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere que otra que deba hacer frente a una acusación de ilegalmente omitir, rehusar hacer o retardar algún acto de su oficio, pues surge en el primer caso la necesidad de enfocar la tarea de resistencia a partir de una discusión de derecho casi en forma exclusiva, vinculada con la concreta actividad que se entiende anti normativa, con especial detenimiento en la tarea interpretativa de normas legales y constitucionales, que se entiende por 'ley", etc.; por oposición a la predominante generación y discusión de hecho en el segundo con determinación de la categoría 'oficio' en el caso concreto, con la diferencia respecto del resto de los ilícitos contra la administración pública en que no se contempla aquí los actos de autoridad, sino a cualquier clase de tarea administrativa que integre el contenido de la función o de la prestación de servicios del agente"*.

En el primer caso -concluyó la defensa- *"deberá relevarse la posición funcional y la naturaleza, características y contenido de la resolución u orden cuestionada, su correspondencia con la constitución y las*

leyes y la situación personal del agente al momento de la conducta debida, mientras que en el otro supuesto deberá determinarse la naturaleza de la omisión o retardo de la actividad que implica rehusar en el caso concreto; presentando ambos, diversas características constitutivas, el primero -248- consistente en una estructura conformada por dos conductas activas y una omisiva y el segundo -249- por tres omisivas".

Ahora bien, a fin de dar acabada respuesta a los planteos incoados, he de destacar en primer lugar que es correcta la reconstrucción de la doctrina sobre los límites de la facultad del órgano jurisdiccional de mutar la calificación legal de un hecho que expuso con elocuencia la defensa oficial de Ana Fernández.

En efecto, como lo he sostenido en numerosos precedentes, aun cuando la base fáctica objeto de imputación se mantenga incólume, los cambios de calificación pueden importar, eventualmente, una afectación a derechos fundamentales, cuando desbaratan la estrategia defensiva del imputado. (cf. mis votos en las causas de la Sala IV: "SILVA, Oscar Alberto y otros s/ recurso de casación" -causa Nro. 8030, Reg. Nro. 10.890.4, rta. el 26/9/08- y "TEODOROVICH, Cristian David s/ recurso de casación" -causa Nro. 8469, Reg. Nro. 11.216.4, rta. el 6/2/08- entre varios otros, con cita del sufragio conjunto de los doctores Zaffaroni y Lorenzetti *in re* "CIUFFO Javier Daniel s/ recurso de hecho", Fallos: 330:5020, en donde sostuvieron que "[e]l principio de congruencia, exige que el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que fue objeto de la imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva. Sin embargo, de ello no se sigue que los cambios de calificación no generan agravio constitucional alguno si versan sobre los mismos hechos que fueron objeto de debate en el juicio, pues, sólo se ajustarán al art. 18 de la Constitución Nacional los que no hayan desbaratado la estrategia defensiva del acusado



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

impidiéndole formular sus descargos (conf. Fallos: 319:2959, voto de los jueces Petracchi y Bossert)").

Sin perjuicio de ello, advierto que en el caso concreto las defensas no han logrado demostrar que el cambio de calificación objetado haya importado un menoscabo de los derechos de los condenados.

En efecto, cabe destacar en primer lugar que, si bien el art. 248 del C.P. describe -como postula la defensa- "dos conductas activas y una omisiva" -i.e., (i) dictar resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales; (ii) ejecutar las órdenes o resoluciones de esta clase existentes; o (iii) no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere- mientras que el art. 249 del mismo cuerpo tipifica tres comportamientos omisivos -(i) omitir algún acto de oficio; (ii) rehusar hacerlo y; (iii) retardarlo, lo cierto es que a lo largo de todo este proceso de juzgamiento ha sido claro que la imputación trasladada a Fiszbin, Torres y Fernández consistió en la omisión de cumplir con sus deberes funcionales, lo que echa por tierra la pretensión de considerar que ambos artículos poseen estructuras fundamentalmente diversas e incompatibles entre sí.

En otras palabras, la determinación y delimitación de las conductas punibles no se encuentra inexorablemente atada a la técnica con la que el legislador decida criminalizarlas -bien podría haber dedicado un artículo o inciso a cada una de las conductas descriptas en los arts. 248 y 249 del C.P., o incluir todas en uno sólo-, sino en la reconstrucción analítica de los tipos penales que subyacen al texto legal.

En el caso concreto, se advierte que existe una superposición, al menos parcial, entre el tipo penal descrito en el art. 248 *in fine* del C.P. -un tipo penal omisivo- y las previsiones del art. 249 del C.P. En esa medida, entre ambas disposiciones media una relación de especialidad (concurso aparente de delitos), pues es evidente que toda omisión de ejecutar las leyes cuyo cumplimiento le incumbe al funcionario público (cf. art.

248 del C.P.) constituye, a su vez, una omisión (agravada) de ejercer algún acto del oficio. Las penas con las que el Código Penal conmina la infracción de una y otra forma de omisión de cumplimiento de los deberes funcionales corrobora esta interpretación.

De lo expuesto se derivan dos conclusiones. En primer lugar, que devienen en principio inaplicables al caso las consideraciones tenidas en cuenta en los precedentes de la Corte Suprema citados por la defensa de Fernández, pues la estructura de los delitos que en esas oportunidades llevaron a los jueces cuyos votos se transcribieron a verificar un desbaratamiento del derecho de defensa no guardaban la identidad que, en lo relevante, media entre las figuras aquí analizadas.

Y en segundo lugar, que al defenderse de una acusación por infracción al art. 248 *in fine* del C.P., las partes tuvieron necesariamente la oportunidad de hacerlo también respecto del ilícito que finalmente se les atribuyó (cf. art. 249 del C.P.), que no es más que una forma simple de la calificación original; esto es, una con una menor cantidad de elementos típicos.

En otro orden de ideas, no puede pasarse tampoco por alto que el sustrato fáctico de las omisiones funcionales enrostradas a Fiszbin, Torres y Fernández que fueron calificadas como constitutivas del delito de omisión de los deberes de funcionario público constituyó, precisamente, en la no realización de las conducta debidas en los términos del art. 189, 2º párrafo del C.P. -por las que fueron acusados, en concurso ideal, desde el inicio de estas actuaciones-. De esa manera, al desarrollar su estrategia defensiva en relación con esta última figura, la asistencia técnica de los tres funcionarios públicos que recurren ante este Tribunal tuvieron concreta y real oportunidad de resistir también, en todos sus términos, la intimación por infracción a los deberes especiales a los que se encontraban sujetos en virtud de haber asumido voluntariamente la función pública de contralor previamente analizada.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Por lo demás, tampoco puede tener acogida favorable el planteo de la defensa de Ana María Fernández de acuerdo con el cual la subsunción idealmente concurrente en un delito culposo -cf. art. 189, 2º párrafo del C.P.- y uno doloso -cf. art. 249 del C.P.- importe una contradicción que descalifique el pronunciamiento puesto en crisis.

En efecto, la subsunción en un ilícito doloso requiere que dolo exigido alcance la totalidad de los elementos del tipo, bastando -como se verifica en la especie, en virtud del criterio adoptado por los jueces de la Sala III y cuya revisión en esta instancia recursiva excedería la jurisdicción del tribunal e importaría una *reformatio in pejus*- la ausencia de uno de ellos (v.gr., el conocimiento y la voluntad de ocurrencia del resultado mortal) para frustrar el juicio de tipicidad.

Por su parte, ello no implica en modo alguno que las conductas atribuidas a Fiszbin, Torres y Fernández como constitutivas del delito previsto en el art. 249 del C.P. carezca de adecuación subjetiva en relación con los elementos de *ese tipo penal*, que sólo requiere -en lo relevante- dolo respecto del mandato funcional, de la capacidad individual para llevarlo a cabo y de la omisión propiamente dicha; todo lo cual se tuvo por acreditado aquí.

Vale destacar, por cierto, que el Código Penal ya regula una pluralidad de hipótesis de delitos estructuralmente complejos que combinan la exigencia de dolo respecto de algunos de sus elementos, mientras que se satisfacen con la imprudencia respecto de otros. Es el caso, sin ir más lejos, de cada uno de los delitos "preterintencionales", como el homicidio del art. 81, inc. 1.B) o, el incendio doloso seguido de muerte del art. 186, inc. 5º del C.P. -que sólo exige dolo respecto de la causación del incendio peligroso -resultado de peligro-, pero solamente culpa en relación con el resultado de muerte -resultado de lesión- (cf. por ejemplo, Sebastián Soler, *Derecho Penal argentino*, 1. IV,

40 ed., Buenos Aires, 1987, págs. 572-585; Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, 1. III, Buenos Aires, 1981, págs. 427-431; Marcelo A. Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, págs. 240-247 citados por el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su dictamen en autos C. 1745 L.XLVIII, correspondiente a esta misma causa)

Por ello corresponde, en definitiva, rechazar los agravios intentados.

5. Responsabilidad penal de los recurrentes por el delito de cohecho.

Corresponde analizar seguidamente las impugnaciones que los recurrentes Fontanet, Torrejón, Carbone, Djerfy, Delgado, Vásquez, Cardell y Villarreal dirigieron contra sendas atribuciones de responsabilidad penal por la comisión del delito de cohecho activo, en calidad de partícipes necesarios (cf. arts. 45 y 258 del C.P.).

A ese fin, en primer lugar analizaré conjuntamente los motivos de agravio formulados por la defensa oficial de Delgado, Carbone y Vásquez –la cual cuestionó la materialidad misma del acuerdo espurio pergeñado entre Omar Chabán y el Subcomisario Carlos Rubén Díaz, del que los aquí recurrentes fueron considerados cómplices primarios– y luego me referiré a las objeciones dirigidas específicamente contra la atribución de responsabilidad por participación, aspecto en el que se concentró la defensa de confianza de Fontanet, Torrejón, Djerfy Cardell.

Por último, estudiaré las impugnaciones de Villarreal, cuya aptitud recursiva, en la medida en que, a diferencia del resto de los recurrentes, el sí fue condenado por su participación en la maniobra ilícita tanto por el Tribunal Oral n° 24 como por la Sala III de esta Tribunal, se encuentra limitada a cuestionar el *grado* de la participación (i.e., necesaria, cf. art. 45 del C.P.), que le fuera atribuida recién en el proceso de



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

revisión llevado adelante por ante la Sala III, al hacer lugar a las pretensiones de las partes acusadoras.

5.i. Recurso de Eduardo Arturo Vásquez, Elio Rodrigo Delgado y Juan Alberto Carbone.

Comienzo por recordar que la Sala III de esta Cámara Federal de Casación Penal rechazó oportunamente los recursos de las defensas de Argañaraz, Chabán Díaz y Villarreal dirigidos a cuestionar la existencia misma del pacto venal en el que habrían intervenido los aquí recurrentes en carácter de partícipes necesarios y, correlativamente, confirmó los extremos de la sentencia del Tribunal Oral n° 24 que a continuación reseñaré.

Esa decisión, es más, se encuentra hoy firme y ha pasado en autoridad de cosa juzgada a partir del rechazo, por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de las quejas interpuestas por Chabán y Argañaraz ante la denegación de la vía extraordinaria (cf. "Recursos de hecho deducidos por las defensas de Omar Emir Chabán y Diego Marcelo Argañaraz en la causa 'Chabán, Omar Emir y otros s/ causa n° 11684', C.14.LXLIX y C.1734.XLVIII).

De ese proceso impugnatorio, empero, no fueron parte quienes recurren su condena en esta oportunidad, en la medida que habían sido absueltos de su responsabilidad por el Tribunal Oral n° 24, siendo esta la primera oportunidad en este proceso penal en la que tienen la posibilidad de impugnar todos los términos de la condena que los agravan.

De allí que devenga necesario ahora, cuando esta Sala interviene a los efectos de garantizar el derecho a recurrir en forma amplia el fallo condenatorio en los términos del art. 8.2(h) de la C.A.D.H., ingresar también en el estudio de los agravios referidos a la materialidad del ilícito del que han sido considerados partícipes.

Así, en lo que aquí es de interés, la Sala III afirmó: *"La prueba señalada permite concluir que en noviembre de 2004, entre el Subcomisario Carlos Rubén Díaz y Omar Emir Chabán celebraron un acuerdo espurio en*

virtud del cual el primero de los nombrados se comprometió a brindar seguridad al local referido y garantizó la omisión funcional de denunciar o hacer cesar las numerosas contravenciones en las que incurría el establecimiento, obligándose el último a entregar -cuanto menos- la cantidad de cien pesos. En efecto, a lo largo de la lectura de la sentencia [del Tribunal Oral], queda claramente expuesto quienes fueron las partes que comprometieron sus voluntades -Omar Emir Chabán y Carlos Rubén Díaz-, como así también el objeto del pacto ilícito -seguridad e impunidad a cambio de una suma mínima de 100 pesos-, y quien prestó su colaboración para que ello fuera posible -Raúl Alcides Villarreal-, mediante la concreción del pago de pesos 600 por los recitales de los días 28 y 29 de diciembre de 2004. Por último, el pacto citado operaba con el consentimiento de las bandas que desplegaban su actuación en el local 'Republica de Cromañón', habiéndose situado en dicho papel, los días referidos y el 30 del mismo mes y año, el grupo 'Callejeros'" (cf. p. 406 de la sentencia 473/11 de la Sala III).

La defensa pública oficial de Vásquez, Delgado y Carbone objetó la existencia del pacto venal referido considerando únicamente que "...cree que no ha podido probarse fehacientemente respecto de Carlos Díaz y Omar Chabán, [por lo que] menos aún puede extenderse a nuestros defendidos en calidad de 'partícipes necesarios'".

Concretamente, señaló que "...los votos mayoritarios tuvieron en cuenta testimonios que fueron dejado[s] de lado por el TOC 24, atento a que entendieron que no resultaban suficientes para formar su convencimiento respecto de este delito en particular, y allí, cree esta Defensa técnica, se ha roto con el mandato de respetar la inmediación que tuvieron los jueces de 'a quo', y que no tuvieron los Sres. Jueces de la CFCP".

Tal como resulta de la transcripción, no puedo dejar de mencionar que el recurso en este aspecto se



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

encuentra lejos de cumplir con el requisito de fundamentación exigido por la normativa procesal. Ello así, pues, como se advierte, la recurrente se ha limitado a expresar su disconformidad con la decisión adoptada, sin individualizar siquiera cuáles son los testimonios de cuya valoración se agravia concretamente ni, mucho menos, si el poder convictivo que le otorgó la Sala III a esas declaraciones innominadas importó invadir atribuciones que son propias del tribunal de juicio, dada la inmediación de aquél órgano decisor con quienes son convocados a testimoniar en el debate, y que constituyen el límite de lo que es materia revisable por parte de esta Cámara (cf. doctrina de Fallos: 328:3399).

He de hacer notar, a su vez, que el único testimonio que –en palabras de la defensa– fue “dejado de lado por el TOC 24” (sic) en relación con la prueba del cohecho resulta ser el de Héctor Damián Albornoz, quien declaró haber presenciado un “pasamanos” entre Omar Chabán y el subcomisario Díaz, mas, sin embargo, respecto de esas expresiones el tribunal de mérito concluyó que fueron fruto de *“...una confusión en la retención de la percepción y su evocación, sea en cuanto al día de ocurrencia del episodio, las condiciones de visibilidad del momento, o el evento mismo del pasamanos de ‘algo color violeta’”* (ver p. 2064 de la sentencia del Tribunal Oral del 19 de agosto de 2009).

Por ese motivo, el tribunal de mérito en efecto indicó que *“Esta confusión a nuestro entender se ha dado en un grado suficiente para que no podamos considerar como prueba de cargo este episodio (la escena del ‘pasamanos’ del billete), como ocurrida el día 29 de diciembre...”* (id.).

Sin perjuicio de ello, pasa por alto la defensa que el tribunal de juicio no consideró insalvable el testimonio de Albornoz en su totalidad, sino que, por el contrario, tuvo en cuenta el resto de sus apreciaciones “por resultar verosímiles las manifestaciones del testigo en su conjunto”, junto con la restante prueba valorada, que incluyó no solamente la deposición del nombrado sino

-y centralmente- las declaraciones concordantes de Viviana Cozodoy, Alfredo Mario Díaz y Ana María Sandoval (incorporada por lectura con la anuencia de las partes), así como el folleto del evento denominado "Rockmañón" en el que se halló consignado el emulomento ilícito (v.gr, la contraprestación del servicio corrupto prestado por Díaz) en una liquidación correspondiente a los recitales de "Callejeros" del mes de diciembre de 2004, que Villarreal mismo reconoció como de su puño y letra.

Entiendo, por lo expuesto, que el motivo de agravio debe ser rechazado.

5.ii. Recursos de Patricio Rogelio Santos Fontanet, Christian Eleazar Torrejón, Maximiliano Djerfy y Daniel Horacio Cardell.

En relación con los epigrafiados, el juez Riggi, con la adhesión simple de la jueza Catucci, consideró que *"el pago de sumas de dinero a funcionarios policiales [Carlos Rubén Díaz] por parte del explotador del local 'República Cromañón' [Omar Emir Chabán] no era una circunstancia conocida y consentida sólo por el manager de la banda [Diego Marcelo Argañaraz] sino, antes bien, por la totalidad de los miembros"* (cf. p. 514 de la sentencia 473/11 de la Sala III).

En abono de esa tesitura, el magistrado tuvo en cuenta que *"entre todos [...] tomaban las decisiones indispensables relativas a la preparación de [los recitales]",* por lo que, a su criterio, *"...no es sostenible que los artistas desconocieran las liquidaciones de gastos confeccionadas por el manager, en cumplimiento de la función que le es propia, cuando, en realidad, en esos papeles se plasmaba la voluntad acerca de los aspectos organizativos previamente decididos de común acuerdo"* (id.).

A su turno, precisó que entre esas decisiones indispensables tomadas en conjunto por todos los aquí recurrentes se encontraba centralmente *"[l]a decisión de realizar los espectáculos en el local 'República Cromañón', [que] fue del grupo y obedeció a que gracias al acuerdo que el explotador mantenía con el personal*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

policial podrían desarrollar los shows con total ausencia de control, asegurando, de esa manera, la posibilidad de que los seguidores utilizaran la tan deseada y ansiada pirotecnia que caracterizaba a los eventos de esa banda" (p. 515).

Asimismo, refirió también a la existencia de "... una situación incontrastable que es pauta determinante para sostener el conocimiento por parte del grupo y no sólo de Argañaraz del pago de coimas: ese gasto se descontaba de las ganancias obtenidas por los eventos".

Sobre la base de esas dos premisas -el haber tomado en conjunto, entre otras, la decisión de presentarse en "República Cromañón" a sabiendas de que allí se podría detonar pirotecnia (prohibida) y el hecho de que los emolumentos ilícitos se descontaban, en definitiva, de sus propias ganancias- el juez concluyó, en fin, que resultaba irrazonable la conclusión del Tribunal Oral de acuerdo con la cual "...por no tener asignadas tareas relacionadas con la representación del conjunto, los músicos y el escenógrafo desconocieran el destino del dinero obtenido por los espectáculos que ellos brindaban."

Los recurrentes, en este respecto, se han limitado a postular que la atribución de responsabilidad a Fontanet, Delgado, Djerfy, Carbone, Torrejón, Vásquez y Cardell por este hecho "...obedeció a un supuesto de puro voluntarismo judicial, basado en meras sospechas, conjeturas o intuiciones", calificando a los párrafos transcritos que dan cuenta del razonamiento seguido por la sentencia impugnada como "carentes de coordinación lógica, aun como supuesto de convergencia de indicios, y violatorios de las reglas que rigen la sana crítica racional".

Sin perjuicio de señalar aquí también que este aspecto de la impugnación adolece de una fundamentación insuficiente (cf. art. 463 del C.P.P.N.) que, en principio, sella la suerte de la pretensión por cuanto no se observa ningún argumento que sustente la objeción -que

ha quedado meramente enunciada-, corresponde en cualquier caso efectuar las siguientes precisiones.

En primer lugar, cabe recordar que también el tribunal de juicio consideró que la responsabilidad del manager Argañaraz surgía, en principio, de la elección del lugar donde se brindarían los recitales de los días 28, 29 y 30 de diciembre, aspecto que *"...fue un resorte sobre el que el sindicato tenía poder de decisión"*. Como he mostrado en el apartado correspondiente, no obstante, quedó probado más allá de toda duda racional posible que los restantes miembros del grupo musical tomaron parte en esa decisión.

Asimismo, se ha indicado que *"Argañaraz conocía las características del lugar y no le era desconocida la prohibición existente, por ejemplo sobre el uso de pirotecnia, extremo del que ya la banda había sido alertada en otras ocasiones, verbigracia, en los espectáculos ofrecidos en "Obras Sanitarias" los días 30 y 31 de julio de 2004"* (p. 2076 de la sentencia del TOC; el destacado me pertenece).

Ese conocimiento de toda la banda, ciertamente, no ha sido objetado; antes bien, nadie dudaba -ni los propios asistentes al evento- del carácter ilícito del uso de esos elementos.

En esa dirección, el tribunal de juicio concluyó que *"Sin dudas la elección del lugar, en el que se podían llevar a cabo comportamientos reñidos con la seguridad como lo es el uso de pirotecnia en un local cerrado, formó parte de la selección efectuada por el manager"*; a lo que cabe agregar, de acuerdo con las consideraciones ya expuestas en este voto, que el mismo razonamiento cabe trasladar a los restantes integrantes del grupo.

Por su parte, tampoco está en discusión su conocimiento del acuerdo de distribución de las ganancias establecido entre Chabán, como gerenciador del local, y ellos mismos como integrantes de la banda, correspondiéndoles el 70% de las ganancias, esto es, *previo descuento de los gastos*. El tribunal de juicio, al



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

respecto, tuvo por acreditado también que el grupo musical podía para esa época “...efectuar liquidaciones de sueldo, tratándose de los pagos de setecientos pesos que aparecen asignados para Elio [por Delgado], Dani [por Cardell], Diego [por Argañaraz], Edu [por Vásquez] y Juancho [por Carbone]” (cf. id., p. 2078).

En palabras del tribunal de mérito, en definitiva, “...a esta altura ‘Callejeros’ ya ‘vivía de la música’.

Lo expuesto permite colegir que en efecto, como sostuvieron los magistrados de esta Cámara en su anterior intervención, todos los integrantes de “Callejeros” – quienes participaron de la selección del local con conocimiento de que allí se ingresaría y se detonaría pirotecnia a pesar de que ello se encontraba prohibido, y que los gastos de policía se descontaban de sus propios ingresos– se representaron la posibilidad de que existían gastos destinados a funcionarios policiales y fueron al menos indiferentes respecto de sus fines. Aunque a la postre fue descartada arbitrariamente, se advierte así que el propio razonamiento del tribunal de juicio llevaba a esa conclusión, pues las mismas consideraciones efectuadas en torno de la conducta de Argañaraz eran, como reconoció la Sala III y aquí mostré, necesariamente extensibles al resto de los integrantes del conjunto musical.

Ello es suficiente para tener por acreditada la subsunción de su conducta en el tipo penal atribuido, motivo por el cual en definitiva corresponde rechazar el recurso intentado.

5.iii. Recurso de Raúl Alcides Villarreal

Como adelanté, la situación de Raúl Villarreal difiere sustancialmente de la de los demás recurrentes analizada en los párrafos precedentes, en tanto el nombrado fue condenado como partícipe del delito de cohecho activo ya por el Tribunal Oral, en un extremo del fallo luego confirmado por la Sala III de esta Cámara Federal de Casación Penal. Éste último tribunal, no obstante, difirió con el juzgador de instancia en

relación, específicamente, con la calidad de esa intervención: mientras que el tribunal de juicio calificó el aporte de Villarreal al pacto espurio como constitutivo de una participación secundaria, la Sala III consideró que aquél tuvo la significación jurídica de una participación necesaria, lo que en definitiva implicó una modificación sustancial de la escala penal aplicable (cf. arts. 45 y 46 del C.P.).

Así las cosas, la jurisdicción habilitada a esta Sala queda reducida a hacer efectivo el derecho a obtener doble conformidad respecto de este último extremo.

En este sentido, la resolución bajo estudio fundamentó el carácter "necesario" de la participación de Villarreal en el pacto corrupto recordando en primer lugar que, tal y como se tuvo por probado, *"en oportunidad de los recitales previos de 'Callejeros', Chabán lo consultó acerca de si 'ya había arreglado con el Comisario', a lo que [Villarreal] le respondió que sí, 'lo de siempre más doscientos más... como anoche"*, lo que fue avalado por Chabán (p. 525 de la decisión de la Sala III registrada con el número 473/11).

Entonces, es claro que, en el caso puntual, quien acordó sobre cuestiones concretas con el "Comisario" (i.e., Díaz) fue Villarreal: dentro del marco del pacto trazado entre el Subcomisario Díaz y Chabán -"lo de siempre"- decidió sin ningún tipo de consulta y por propia iniciativa pagar "doscientos [pesos] más". Si no fuera así y no hubiera existido esa autonomía, concluyó el tribunal, *"no se explica por qué Chabán lo consultó"*

En realidad, como sostienen los jueces, *"esa pregunta es una clara prueba de la autonomía que gozaba Villarreal en el predio, y de que no era un mero ejecutor de las indicaciones que el gerenciador le daba"*. A ello se aduna que *"únicamente una persona de suma importancia en el lugar podría estar en condiciones de resolver en el caso concreto cuestiones vinculadas al acuerdo ilícito llevado a cabo [pues] Chabán no delegaría una cuestión de*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

esa magnitud en un empleado jerarquizado, necesitaba invariablemente a una persona de suma confianza, rol que a esa altura únicamente podía ocupar Raúl Villarreal" (id.).

Más aun, prosiguió el razonamiento, *"el Subcomisario Diaz nunca hubiera aceptado tratar con un empleado más sino que solamente lo haría con alguien de extrema confianza del gerenciador del lugar. La confianza era tal que el acusado era quien en muchos casos practicaba las liquidaciones -él mismo lo reconoció-, consignando el importe correspondiente al pago ilegal" (p. 526).*

Ese contexto, amén de demostrar el conocimiento que tenía del pacto espurio, *"habla a las claras de la relevancia de su intervención en todos los órdenes del lugar, especialmente en uno que pertenece al ámbito más privado posible, dado que se vincula a la comisión directa de un ilícito y en el que intervienen aquellos cuyo deber es reprimirlo".*

Por ello, en definitiva, concluyó que *"la relevancia del rol de Raúl Villarreal en el lugar, a diferencia de lo sostenido en la sentencia, es superlativa y tal que sin ella los hechos no se podrían haber llevado a cabo".*

A mi modo de ver, el razonamiento expuesto resulta inobjetable. En efecto, el argumento del Tribunal Oral para considerar que la participación de Villarreal fue secundaria -y que el recurrente retoma en esta instancia- consistió simplemente en la consideración de que su aporte no podía considerarse una "prestación escasa", en la medida en que podría haberla efectuado cualquier persona de confianza de Chabán.

Sin embargo -como sostiene correctamente la sentencia impugnada en los párrafos antes transcritos-, Villarreal era el empleado de máxima confianza de Chabán; y aun si se considerara que la prestación (i.e., llevar dinero para coima a funcionario público a nombre de Chabán) podía ser provista por *otra* persona de confianza, ello no obsta al carácter necesario de la participación,

pues el círculo de colaboradores con ese grado de fidelidad que podían llevar adelante un "servicio" de esa clase era, a lo sumo, de 3 personas -entre las que se encontraba prominentemente Villarreal-.

En modo alguno, pues, puede pensarse que el aporte realizado -cuya materialidad no está en discusión- pudiera ser obtenido con relativa facilidad y de una pluralidad de personas. Antes bien, el carácter de la participación estuvo signado sin lugar a dudas por la especialidad de su contribución, lo que determina su calificación como necesaria para la consumación del hecho.

Propiciaré al acuerdo, así las cosas, rechazar los agravios analizados.

7. Sobre la determinación de la pena

Llegado a este punto, habré de referirme por último a las objeciones que los recurrentes han dirigido contra la determinación de la pena aplicable para cada uno de los condenados, que tuvo lugar por decisión del 17 de octubre de 2012 de la Sala III de esta Cámara, número 1470/12 de su registro. Como lo he venido haciendo a lo largo de este voto en el espíritu de dotar de la máxima claridad que esté a mi alcance a los motivos de mi pronunciamiento, efectuaré las referencias correspondientes consignando el número de página de la resolución atacada -en este caso, obrante a fs. 71749/71805 y disponible para su consulta en formato digital-, en lugar de hacerlo respecto de la numeración del expediente, que a esta altura tornaría innecesariamente dificultoso el eventual confronte.

A su vez, para dar sistemática respuesta a los planteos de las partes, estudiaré en primer lugar los agravios de quienes resultaron condenados por la comisión de los delitos de incendio culposo agravado y cohecho activo, cuya escala penal resulta ser de uno a once años de prisión, por aplicación de la regla del artículo 55 del C.P. (cf. arts. 45, 55, 189, 2º párrafo y 258 del C.P.). Luego, me referiré a las penas impuestas por la comisión, en concurso ideal, de los delitos de incendio



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

culposo agravado y omisión de cumplimiento de deberes funcionales (cf. arts. 45, 54, 189, 2º párrafo y 249 del C.P.), que conjuntamente prevén una escala que va de un mes a cinco años de prisión.

7.i. Patricio Rogelio Santos Fontanet.

La Sala III condenó a Fontanet a la pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas. El juez que lideró el acuerdo -y a cuyo voto adhirieron, con sendas consideraciones, los restantes magistrados- tuvo en cuenta para ello que *"su posición de líder, miembro fundador y cara visible del grupo le daba un mayor predicamento en el conjunto y especialmente sobre sus fans. La capacidad de evitación del hecho [en referencia al incendio] era mayúscula. Era el cantante, arriba del escenario, con el micrófono en la mano. Bastaba que se negara él para que el recital no empezara"* (cf. p. 52 de la sentencia nº 1470/12 del registro de la Sala III, del 17 de octubre de 2012, obrante a fs. 71749/71805, y a la que me referiré en lo sucesivo). A ello, adunó la postura adoptada por el músico en relación con el uso de pirotecnia y su posición central en el show.

Como atenuantes, a su turno, ponderó *"sus condiciones personales y el intento de lanzarse hacia el público luego de desatado el incendio con cierta actitud de salvamento"* (id.).

La defensa, a su turno, postuló que *"la atribución de 'líder' como pauta agravante de la pena, no se cohonestaba con las consideraciones efectuadas en la sentencia condenatoria de fecha 20 de abril de 2011 por medio de la cual se sostuvo que las decisiones '...eran adoptadas de manera democrática por sus integrantes mediante votación, lo que significa que todos, sin excepción, a través de su libre voluntad, generaron la decisión final que permitió unificar el criterio acerca de cómo iban a ser esos recitales' (pág. 472 de la sentencia de la Sala III de la CFCP de fecha 20/4/2011)".* En particular, argumentó que *"o existe un líder o se trataba de un órgano deliberativo y democrático, [pero]*

ambas afirmaciones no pueden coexistir porque, de lo contrario, se incurre en autocontradicción".

Criticó asimismo el mayor reproche atribuido a su pupilo, derivado de la consideración de que Fontanet era la "cara visible del grupo", indicando que "...salvo que el juez RIGGI haya entendido que el resto de los músicos actuaban encapuchados, ni quita ni pone para agravar la pena de nuestro defendido". (sic)

A su vez, sugirió que "el hecho que detentara el micrófono sólo sería admisible como circunstancia diferenciadora del resto, si se hubiera probado que, el suyo, era el único micrófono arriba del escenario. Pero no sólo no se probó, sino que hay elementos que permiten afirmar exactamente lo contrario (pág. 1595 de la sentencia dictada por el T.O.C. N° 24 de fecha 19/8/2009)".

Finalmente, consideró que el fallo incurrió en arbitrariedad al considerar como circunstancia atenuante "...cierta actitud de salvamento" a través del "...intento de lanzarse hacia el público"; lo que, a criterio de la defensa, implicó minimizar la conducta de Fontanet, soslayando "numerosos testimonios de sobrevivientes de la tragedia que demuestran mucho más que cierta actitud, sino que, lisa y llanamente, Patricio Rogelio Santos Fontanet salvó vidas".

Ahora bien, como se advierte de la transcripción precedente, se ha pretendido fundamentar varios aspectos de la impugnación intentada sobre la base de una lectura de la sentencia francamente forzada, irrazonable y reñida con el sentido común, amén de permitirse alguna ironía innecesaria justamente en una cuestión tan álgida como lo es la determinación de la pena.

Así, por ejemplo, obviamente la observación de que Fontanet era "la cara visible del grupo musical" no hace referencia a la posibilidad de los asistentes de observar sus rasgos faciales, sino a que, como suele suceder en la música popular, su calidad de cantante, el hecho de que fuera quien habitualmente se dirigía al



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

público oficiando de "animador" ("front-man"), concediera numerosas entrevistas, entre otras cosas, fueron consolidando su imagen como referente principal del conjunto. Y es esa cualidad, sumada a su carisma, lo que indiscutiblemente, como se valora en la sentencia, posicionaba a Fontanet en un lugar de especial ascendencia respecto de sus seguidores y, correlativamente, aquello que agrava su culpabilidad por no haberla utilizado para evitar el resultado catastrófico.

De manera similar, esa posición que Fontanet se había ganado entre sus fans tenía un reflejo al interior del grupo -cierto liderazgo artístico, que se manifestaba en su influencia en las composiciones, el manejo de los tiempos durante los shows, etc.- que de ningún modo resulta contradictorio o incompatible con la conclusión de que la decisión acerca de la presentación de "Callejeros" en un ámbito cerrado de las características de "República Cromañón" -fundamento central de la comisión del delito imprudente que se le atribuyó- fuera adoptada por la totalidad de los integrantes del conjunto de manera más o menos democrática.

Tampoco se advierte -ni explica la defensa- por qué el hecho de contar con un micrófono sólo podría ser relevante si hubiera sido el único disponible o habilitado, cuando esa circunstancia misma era la que le permitía comunicarse con el público y, tal como se refiere en la sentencia, le otorgaba la posibilidad de rehusarse a cantar en las condiciones peligrosas, dejando escaso margen para la continuidad del recital en virtud de lo central e irremplazable que resultaba el rol que ocupaba.

Por lo demás, advierto que la actitud posterior de Fontanet cuya omisión de valoración denuncia su defensa sí tuvo lugar en el razonamiento plasmado en la sentencia recurrida, que específicamente destacó su intento salvador. Por cierto que el hecho de que los jueces de la Sala III no le hayan otorgado a esa circunstancia la misma relevancia que la defensa le

adjudica mal puede erigirse en una causal de impugnación, quedando reducida a una disconformidad con el criterio adoptado que resulta inatendible.

Como ya indiqué oportunamente, la regla del art. 189, 2º párrafo del C.P. agrava la pena máxima del delito de incendio culposo, alternativamente, tanto cuando éste pone en riesgo una o más vidas (resultado de puesta en peligro de un bien jurídico), o cuando definitivamente se realiza en el resultado muerte ("resultado de definitiva lesión al bien tutelado en cuestión"), como ha ocurrido en la especie. En la medida en que el legislador previó para la comisión dolosa del incendio una escala penal distinta para cada uno de esos supuestos (cf. incisos 4 y 5 del artículo 186 del C.P.), la interpretación según la cual corresponde reservar las márgenes superiores de la escala para estragos que derivan en víctimas fatales resulta ajustada a derecho y proporcional a la clase de resultado verificado.

A ello se aduna la catastrófica *magnitud* del daño causado, que no sólo es una consecuencia de la conducta imprudente de Fontanet, sino de su participación dolosa en el cohecho activo que posibilitó, junto con otros factores, que una tragedia de estas características pueda tener lugar. Ello, vale aclarar, no implica en modo alguna una doble valoración o *bis in ídem*, en tanto ambos comportamientos ilícitos concurrieron materialmente (cf. art. 55 del C.P.).

Todo considerado, en fin, corresponde rechazar la impugnación y confirmar la pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas impuesta.

7.ii. Christian Eleazar Torrejón

La sentencia impugnada condenó a Torrejón a la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas. Entre las circunstancias agravantes consideradas, la defensa objetó que la sentencia tuviera en cuenta que se trataba de "...uno de los fundadores del grupo, cercano a su líder y de mayor edad...". En este sentido, adujo que "no se advierte -ni se explicita- por qué la 'cercanía a su líder' se erige en una circunstancia agravante. ¿Alude



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

a cercanía física en el escenario o a una cercanía afectiva? No lo sabemos. Igualmente, sea uno u otro caso, se presenta como contradictorio con el aberrante criterio de responsabilidad objetiva impuesto bajo el falaz argumento de que todos participaban de un órgano deliberativo y democrático. Tampoco el factor temporal (fundador y de mayor edad) puede ser entendido como una circunstancia agravante..."

Nuevamente no puede menos que lamentarse el recurso a la ironía en el tratamiento de una cuestión tan delicada como la presente. En efecto, la respuesta a la pregunta retórica que plantea la defensa se encuentra precisamente a continuación de la cita textual que aquí transcribe de manera recortada. Originalmente, el texto del fallo decía: *"Por ser uno de los fundadores del grupo, cercano a su líder, y de mayor edad le otorgan mayor preponderancia a la vez que responsabilidad"* (p. 59). Es evidente, en fin, que los tres factores tenidos en cuenta no se referían ni a la ubicación física que ocupaba Torrejón en el escenario, ni a que fuera mayor de edad; más bien, a que las tres circunstancias convergían en conferirle un mayor poder de influencia sobre el grupo en la deliberación -lo que, nuevamente, en nada contradice que la decisión final fuera adoptada democráticamente-.

Defecto similar se advierte en el recorte que la defensa realiza del fallo para impugnar otra de las circunstancias agravantes tenidas en cuenta. En este sentido, adujo dolerse por no encontrar explicación a *"... que se haya aludido a que nuestro defendido toca '...un instrumento como el bajo...'. ¿Cuál es el elemento gravitante que tiene dicho instrumento musical para constituirse en una agravante de la pena?"*

El texto original, empero, señalaba lo siguiente: *"Su menor intervención a la hora de llevar a cabo cuestiones organizativas -no de decidir las- con respecto al manager se contrarresta con su mayor posibilidad de detener el show a partir de encontrarse sobre el escenario tocando un instrumento como el bajo,*

pese a lo cual siguió acompañando a la banda hasta que se produjo el doloroso suceso" (p. 59).

La decisión impugnada, en fin, no le reprocha especialmente el haber tocado un instrumento en particular, sino que destaca las posibilidades de Torrejón de detener el espectáculo a diferencia, por ejemplo, del mánager o el escenógrafo, en virtud de que se encontraba en el escenario como músico y, al igual que todos ellos, pudo haber elegido no tocar en las ostensibles condiciones de riesgo, aumentando así las chances de que sus compañeros lo siguieran en la decisión al verse privados de uno de los instrumentistas, lo que a su vez habría importado un llamado de atención de relevancia. Sin embargo, nada de eso hizo; y es precisamente ello lo que el fallo impugnado le recrimina.

Finalmente, la defensa se agravió por lo que consideró *"...la omisión -por parte de los tres magistrados- de no haber valorado la actitud posterior que -al igual que SANTOS Fontanet- tuvo Christian Eleazar Torrejón"*. Citó al efecto diversos testimonios de sobrevivientes de la tragedia.

Un repaso de esas declaraciones, empero, no permite acompañar la posición de la defensa. En efecto, si bien algunos testigos refirieron haber visto a Torrejón colaborando de algún modo con la evacuación, la mayor parte de ellos sólo mencionaron, sin precisiones, que los miembros de la banda fueron vistos ayudando de algún modo; otros no se refirieron a Torrejón del modo que lo pretende la defensa (i.e., Adrián Matías Ramírez mencionó haber visto al *guitarrista* de la banda -Torrejón siendo el *bajista*- y menciona un apodo -"Dios"- cuya vinculación con el condenado sólo puede conjeturarse; y, finalmente, unos más indicaron haber visto a Torrejón en las inmediaciones del local pero sin llevar adelante tareas específicas.

Sin perjuicio de lo expuesto, ciertamente resulta verosímil que los miembros de la banda, incluyendo a Torrejón, hayan prestado alguna clase de ayuda en las postrimerías del incendio. Habiendo estado



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

en una posición privilegiada para escapar, teniendo en cuenta que entre el público se encontraban sus allegados y familiares, y que el suceso no fue buscado sino producto de un comportamiento temerariamente imprudente, es razonable plantear esa posibilidad. No obstante, advierto que la graduación de la pena en cinco años – menos de la mitad del máximo posible– resulta más que adecuada, teniendo en cuenta la magnitud que alcanzó la pluralidad de injustos cometidos y la extensión del daño causado –que, una vez más, recordaré que no se limitó a una conducta culposa sino que también fue una derivación de su participación necesaria en un pacto venal–.

En definitiva, también en el caso de Torrejón corresponde rechazar el recurso intentado y confirmar la pena impuesta oportunamente por la Sala III de esta Cámara.

7.iii. Maximiliano Djerfy

En relación con el nombrado –cuya pena se graduó también en cinco años de prisión, accesorias legales y costas–, los jueces de la Sala III tuvieron en cuenta, como elementos atenuantes, *“su ingreso al grupo luego de su fundación –aunque años antes del hecho– y su falta de experiencia previa en el rubro...”*. Como circunstancias agravantes, a su turno, se valoró que *“... para la fecha de los hechos era mayor de edad, aun mayor que Fontanet y Argañaraz, con plena capacidad para decidir como lo hacían sus compañeros y con las responsabilidades que ello implica...”*. Asimismo, los jueces ponderaron *“la intensidad de su pertenencia al conjunto y la confianza lograda”*, que se evidenciaba con *“...la presencia de su primo hermano Leonardo Djerfy entre el personal de seguridad y no en cualquier sitio, sino específicamente en la zona de camarines”*. Por lo demás, al igual que el resto de los músicos, se indicó que *“estaba sobre el escenario junto a sus amigos al momento del hecho y tenía en sus manos al menos intentar evitarlo; como señalamos, con sólo detener su guitarra, pero al igual que el resto, frente a las irregularidades*

apreciables por doquier, también optó por continuar con su conducta culposa" (pp. 60-61).

La defensa, a su turno, cuestionó que el fallo valorara -en su inteligencia- la circunstancia de que Djerfy fuera "...mayor de edad...", remitiéndose a lo referido en relación con Torrejón. En este punto, caben al respecto, correlativamente, las mismas apreciaciones que determinan el rechazo de la pretensión: como surge palmario de una transcripción no fragmentada del fallo como la que intenta introducir la defensa, el mayor reproche no provino de que Djerfy fuera mayor de edad, sino de que era *mayor que varios de sus compañeros* -incluyendo a Fontanet, líder artístico, y al propio manager-, lo que determinaba cierta confianza y capacidad de influencia en las decisiones, por más que resultara contrapesada parcialmente por otras circunstancias, también tenidas en cuenta.

Esa observación, que inicialmente podría considerarse conjetural, se vio respaldada asimismo por el hecho de que era un familiar directo suyo a quien se le había encomendado la seguridad de los propios camarines. Así, no es el caso, como sugiere la defensa, de que los jueces que intervinieron previamente hayan considerado que la conducta de Djerfy pudiera resultar agravada por una relación de parentesco o por una conducta ajena, en burda infracción al principio de culpabilidad. Antes bien, la propiedad subrayada por el tribunal como fundamento de la mayor gravedad de su reproche fue precisamente la especial confianza depositada en Maximiliano Djerfy por parte del resto de los integrantes del grupo que esa circunstancia reveló, y que indudablemente constituye una pauta de mensuración atendible pues le permitía influir en mayor medida en las decisiones del conjunto.

De allí que se impone rechazar el recurso intentado y confirmar la pena de cinco años, accesorias legales y costas impuesta oportunamente por la Sala III de esta Cámara.

7.iv. Daniel Horacio Cardell.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Los integrantes de la Sala III impusieron a Cardell la pena de tres años de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas. Del acápite que el primer votante -con la adhesión de sus colegas- dedicó específicamente a la situación de Cardell, se desprende que en esa determinación se tuvo en cuenta, como atenuantes, *"Su especialidad dentro del grupo -escenógrafo- y su ingreso al final de su desarrollo"*, así como que su capacidad para detener el show *"era mucho menor que la del resto dado que si bien podría encontrarse ocasionalmente sobre el escenario, no tocaba ningún instrumento [sino que] su trabajo era previo"* (p. 61).

Sus defensores consideraron que la fundamentación de la pena impuesta resultó insuficiente, y se agravaron concretamente en la inteligencia de que *"ninguno de los tres magistrados aludió a circunstancias agravantes de la pena respecto del defendido [de manera que] no se brinda razón alguna (arts. 123 y 404 inc. 2 CPP) para haberse apartado del mínimo legal"*.

El vicio referido, empero, no se verifica en la especie. En efecto, una lectura integral de la sentencia revela que los magistrados sí tuvieron en cuenta las circunstancias agravantes que la defensa echa en falta. Así, el votante que lideró la decisión unánime adoptada por la Sala recordó que en la determinación de la pena de todos los integrantes del grupo "Callejeros" *"...rigen las pautas ya indicadas en lo que hace a la magnitud del injusto y la extensión del daño causado"*, precisando que todos ellos *"...intervinieron de manera activa en la creación de la fuente de peligro pues estuvieron encargados de ciertos aspectos del show y colaboraron a generar las condiciones riesgosas para que se produjera la tragedia"*, como así también que *"[s]obre su responsabilidad se marcó como punto de partida la decisión de actuar en 'República Cromañón' en razón de que la ausencia de controles permitía la estimulación de los espectadores mediante la publicidad y eventual uso de bengalas o candelas, además [de] que todos se avinieron a*

dar comienzo a la función del 30 de diciembre de 2004 con pleno conocimiento" (p. 46).

En la misma dirección, al detenerse particularmente en la situación de "Christian Eleazar Torrejón, Juan Alberto Carbone, Maximiliano Djerfy, Elio Rodrigo Delgado y **Daniel Horacio Cardell**" (punto 4.d del voto del juez Riggi, p. 55; el destacado me pertenece), se reiteró que se consideraban circunstancias agravantes la *"magnitud del injusto, la pluralidad del víctimas, como asimismo [...] que las decisiones de los miembros de la banda se tomaban de manera democrática..."*.

Esas consideraciones bastan a mi modo de ver para considerar debidamente fundamentada la decisión impugnada. Por lo demás, el criterio referido se revela consistente con las constancias de la causa y proporcional en relación con la escala penal aplicable y las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del C.P., todo lo cual determina en definitiva el rechazo de la pretensión.

Ahora bien, al confirmarse la imposición de una de pena de tres años de prisión en relación con Daniel Horacio Cardell, cobran virtualidad los agravios de sus defensores en torno a la modalidad de su cumplimiento, en la medida en que, a diferencia de lo que sucedía con los anteriores casos analizados, su situación lo coloca *prima facie* en las previsiones del art. 26 del C.P.

En esta dirección, la parte postula que el beneficio de la condenación condicional debe aplicarse en la especie sobre la base de que, a su entender, el precedente de la Corte Suprema registrado en Fallos: 329:3006 ("Squilario") habría establecido la doctrina según la cual la ejecución de la pena debe dejarse en suspenso siempre que la pena impuesta no exceda los tres años y el condenado no sea reincidente.

La exégesis propuesta del fallo, empero, parte de una lectura apresurada y no puede considerarse correcta. Ello así, en primer lugar, porque como se señala en la sentencia impugnada, no puede pasarse por alto que los hechos en función de los cuales se expidió



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

la Corte en el precedente aludido versaban en torno de una estafa simple ejecutada individualmente por un abogado; hechos que, obviamente, en nada guardan relación con los acontecimientos objeto de este proceso, las inconmensurables proporciones del daño causado y la conmoción social que provocó, siendo al día de hoy una herida abierta en una comunidad que perdió a casi doscientos jóvenes.

Pero, más allá de esa circunstancia, tampoco es cierto que la doctrina de "Squilario" posea el alcance que le atribuye la defensa -para ningún caso-. Pues, como se desprende de su cotejo, las referencias en el considerando 8^{vo} a que *"...la razón por la cual la condena condicional se limita a la pena corta de prisión es porque el hecho no reviste mayor gravedad, lo que sucede cuando la pena no excede de cierto límite, o cuando no provoca mayor peligro de alarma social, es decir cuando el sujeto no es reincidente..."* provienen, como se consigna en el propio párrafo, del dictamen emitido por el Procurador Fiscal en Fallos: 327:3006, esto es, un caso en el que lo que estaba en juego era, precisamente, la interpretación arbitraria por parte del tribunal superior de la causa de lo que entraña la expresión "primera condena", en la letra del art. 26 del C.P.

Por lo demás, cabe recordar que la recta interpretación de las disposiciones del Código Penal es, en principio, materia ajena al recurso extraordinario federal. Así, no puede perderse de vista que las expresiones referidas, efectuadas a título de *obiter dicta*, resultan inescindibles del marco jurisdiccional dentro del cual se expidió la Corte; y, en particular, deben estudiarse a la luz de lo que constituye el verdadero sustrato del fallo, esto es, la doctrina según la cual es arbitraria, por carecer de fundamentación suficiente, la sentencia que aplica una pena de efectiva cumplimiento con el único argumento de que sólo la condenación condicional debe estar fundada.

Desde esa óptica, por lo demás, se advierte que los jueces que integraron la Sala III de esta Cámara

dieron acabado cumplimiento a la doctrina federal enunciada, en relación con la necesidad de que las penas impuestas en estos actuados, aun cuando no excedieran los tres años de prisión, sean de efectivo cumplimiento.

En efecto, como lo he sostenido también al votar en la causa "Deutsch", ya citada -y que, por vincularse también con el juzgamiento de ilícitos culposos de consecuencias catastróficas y enorme trascendencia social, constituyó un punto de referencia obligatorio para el análisis del presente caso- es evidente que frente a un grave suceso como el aquí juzgado, el Estado tiene el deber ineludible de aplicar las normas penales que correspondan legalmente. En el ejercicio de dicha obligación no puede olvidar, cuando se juzgan episodios delictivos de la magnitud del resultado que éste tuvo, que no se podría construir ni, finalmente, ejecutar, un derecho penal sin la imposición de una pena, en el caso de prisión, y, más especialmente, de efectivo cumplimiento.

Ello, por cuanto, en definitiva, esa pena pública así aplicada constituye el más poderoso medio de que dispone el Estado para asegurar también, por fin, la inquebrantabilidad del orden jurídico; toda vez que, por definición, cuando otras medidas morales, sociales, y hasta legales no penales e incluso reglamentarias fracasan, el derecho penal asegura, en última instancia, la coercibilidad del orden jurídico.

Como lo sostuvo con meridiana claridad Jescheck: *"El derecho penal es uno de los componentes imprescindibles en todo orden jurídico, pues, por mucho que el moderno estado social haya ampliado sus funciones de planificación, dirección y prestación, la protección de la convivencia humana en sociedad sigue siendo una de sus principales misiones cuyo cumplimiento constituye el presupuesto de toda actividad de prestación positiva en materia asistencial"* (cf. Jescheck, Hans H., "Tratado de derecho Penal", Parte General, T.I., pág., 16, Ed. Bosch, Barcelona, 1981).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Todo lo expuesto, obviamente, sin dejar de reparar en la relatividad de la pena para erradicar el delito, sobre lo que advirtiera magistralmente Carrara (Ver "Programa de Derecho Criminal", Parte especial, Vol. I, págs. 14 y 15, Ed. Temis, Bogotá, 1957).

Cierto es que, como ya se consideró en concreto, además del análisis de la culpabilidad - entendida como reprochabilidad- del autor del delito, deben jugar los principios que sostienen la resocialización del autor, por una parte; pero asimismo debe operar, en sustancia, el fin de restaurar el orden de la justicia que ha sido quebrantado por el delito y el de dar satisfacción en tal sentido a las víctimas de tal quebrantamiento en su búsqueda de justicia en los casos delictivos que las afectaron. Y es en virtud de ello que cabe concluir que el difícil problema de la graduación de las penas debe resolverse sin descuidar, nuevamente, el punto de partida: la naturaleza del delito en sí misma, los medios para cometerlo, sus consecuencias y el número de víctimas y la gravedad de los bienes jurídicos afectados. En el caso que nos ocupa, sus vidas y sus integridades físicas.

En definitiva, no puede perderse de vista que la sentencia judicial pone de manifiesto de forma inequívoca, tanto frente al autor del hecho como frente a la comunidad toda, que, si bien a veces tarde, el Derecho debe prevalecer siempre, que consigue imponerse, y que puede contarse con que lo hará también en el futuro. Y que *"Gracias al cumplimiento equitativo y mesurado de la función represiva, el Derecho Penal desarrolla su fuerza configuradora de las costumbres, señalando al conjunto de los miembros de la comunidad las pautas jurídicas para su comportamiento y persiguiendo, por esta vía, un efecto preventivo general denominado prevención general [...] este efecto del Derecho Penal se alcanza con la creación de preceptos penales claros, susceptibles de ser comprendidos por el común de los hombres y que caractericen inequívocamente el disvalor de la acción prohibida; con una determinación de la pena basada en la*

gravedad del hecho y en la culpabilidad, que se sienta como justa por la colectividad, y con una objetiva información judicial consciente de su importancia pedagógica social" (cf. Jescheck, H.H., op. Cit., pág. 6).

Por supuesto que todo esto debe hacerse imperando la justicia distributiva, que lleva a no minimizar las infracciones graves por una benevolencia infundada. Lo que debe tenerse en cuenta en esta causa, ateniendo, asimismo, a que las numerosas víctimas tienen derecho, justamente, a que el delito con tales terribles consecuencias no pase desapercibido en la comunidad y, en definitiva, sirva su juzgamiento para dejarlas tranquilas a ellas y a sus allegados, a la par que la enorme reprochabilidad que quepa atribuir a los autores de este episodio de tanta gravedad se refleje en una proporcionalidad y justa penalidad, en el caso de prisión de efectivo cumplimiento.

Hay que insistir en el derecho de las víctimas a obtener una estricta justicia en los casos en que fueron damnificadas. Porque, además, ocurre que la comunidad toda se intranquiliza, cuando se entera, en gran medida por fallos que deben dictarse como en la especie aquí examinada, que el Estado no cumple adecuadamente y con el rigor necesario y pertinente a la naturaleza de un hecho como el que se juzga en estas actuaciones, con su principal misión protectora a través del derecho, ni asegura la inalterabilidad del orden jurídico, ni crea una conciencia de seguridad general que haga posible a todos los habitantes del país el libre desarrollo de su personalidad y de su accionar, en nuestro caso, con elementales garantías de seguridad para la participación en la vida cultural y artística que nuestro país tiene para ofrecer. Lo que implica, en definitiva, el debido control de esa actividad, y, cuando suceden tragedias como la aquí investigada, el serio y legal juicio a los responsables penales con las consiguientes penas de prisión que correspondan.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

El efectivo cumplimiento de estas sanciones privativas de libertad está dado, por cierto, por las disposiciones penales que son privativas de la valoración de política criminal que le corresponden al legislador y no a los jueces, en tanto no sean irrazonables ni arbitrarias ni afecten garantías constitucionales.

Por ello, en este caso, el cumplimiento efectivo de las penas de prisión, aparece indudable.

7.v. Elio Rodrigo Delgado, Juan Alberto Carbone y Eduardo Arturo Vásquez.

La Sala III condenó a los nombrados a las penas de cinco años de prisión -para los casos de Delgado y Carbone- y seis años de prisión, accesorias legales y costas -en el caso de Vásquez-.

Su defensa impugnó conjuntamente los fundamentos de la decisión sobre la base de las siguientes consideraciones. En primer lugar, adujo que la sentencia sería arbitraria por haber calificado como "festivo" el trabajo de los músicos, lo que supondría -a criterio de la recurrente- restarle importancia a la tarea por ellos realizada "*...cuando ese era precisamente su función, era una banda de rock, tocando sobre un escenario, [y] aunque se trate de lugares cerrados, los músicos perciben muy poco de lo que pasa fuera del escenario, no porque no vieran al público encender bengalas, sino porque [...] se trataba y aún lo es de una manifestación cultural del tipo de público que seguía a este tipo de música*".

Asimismo, postuló que "*...también cabe destacar que arriba del escenario, hay una sola voz, un líder, (como en toda agrupación humana), y quedó registrado también que Fontanet, al menos en una oportunidad solicitó al público que depusiera su actitud de encender pirotecnia, pero al igual que Chabán fue completamente ignorado, [por lo que] ninguna responsabilidad le cabe aquí al resto de los músicos, pues si uno de ellos ya se había manifestado al respecto, es porque el resto delegó en él, precisamente esa función la de ser el 'vocero', y esto es así no solo en el caso de 'Callejeros', que hoy*

están bajo la lupa, sino en todos los grupos musicales y no exclusivamente de rock, siempre y en todos los casos, existe uno o la sumo dos líderes que son los llevan adelante el evento y hablan con el público".

Los agravios referidos no pueden tener acogida favorable. En primer lugar, puesto que la mera objeción a una adjetivación -quizás innecesaria, es cierto- como el haber permanecido tocando "festivamente" mal puede conmover un razonamiento fundado en una pluralidad de circunstancias, dentro de las cuales la expresión referida no jugaba ningún papel decisivo. Lo que se reprocha en la sentencia -y huelga decir, en este pronunciamiento- no es, por cierto, el modo en el que los músicos desarrollaban el show artístico, sino su impasividad e indiferencia frente a la situación riesgosa que habían configurado y que, en el momento de subir al escenario, alcanzó su concreción más evidente.

En este sentido, también, cabe precisar que aun cuando Fontanet se hubiera referido -con mayor o menor seriedad- a la utilización de pirotecnia en el recital, lo cierto es que -como bien se destaca en la sentencia atacada- todos los músicos retenían en mayor o menor medida la posibilidad de desistir de continuar con el show en las conocidas circunstancias, reduciendo así las chances de que éste continuara en su totalidad -pues habría implicado proseguir sin un miembro de la banda-, amén de significar, como ya he señalado, un llamado de atención relevante para el resto de sus compañeros y el público en general.

Por lo demás, en relación con la pretensión de la defensa de que se aplique el instituto de la "pena natural" en virtud de la lamentable pérdida de seres queridos que los propios integrantes del grupo debieron padecer junto con el resto de las víctimas por su propio comportamiento, cabe estarse a los fundamentos de la resolución impugnada -que no han sido rebatidos adecuadamente-, en los que se hace referencia a que ésta no se encuentra legislada en nuestro ordenamiento jurídico y que, aun si se la considerara como pauta de



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

atenuación por su vinculación con los principios de humanidad y proporcionalidad de las penas, la magnitud inusitada del injusto y la abrumadora cantidad de otras víctimas fatales determina que las penas impuestas en definitiva se correspondan, aún, con este parámetro como norte que guía la decisión.

Habré de propiciar al acuerdo, así, el rechazo de los motivos de agravio aquí analizados.

7.vi. Raúl Alcides Villarreal

La pena de Villarreal fue graduada por la Sala III en seis años de prisión, accesorias legales y costas. Su defensa particular cuestionó genéricamente la fundamentación de la decisión pero, como se advierte de la lectura de su presentación, sin cuestionar concretamente los argumentos de la sentencia impugnada. En este sentido, refirió que *"al imponer una pena no sólo debe estarse al hecho en sí y en la calificación adoptada en la condena, sino que también la ley de fondo reconoce en el art. 40 y 41 la facultad que tiene el juez de conocer personalmente al imputado y evaluar de esa forma ciertas características personales del mismo para merituar la condena"*.

En la misma dirección, postuló que *"una armónica interpretación de los artículos 40 y 41 del Código Penal, artículo 18 de la Constitución Nacional, artículos 5 y 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 10, inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 1 de la Constitución Nacional que establece la forma republicana de Gobierno imponiendo que todo acto debe tener una explicación racional y más aún si se tratara de la libertad de las personas, podemos colegir que en el caso concreto imponer una pena de prisión efectiva al Sr. Raúl Villarreal a todas luces resultaría ser un castigo, lo que cada artículo mencionado prohíbe terminantemente"*.

Como se desprende de la simple lectura del fallo recurrido, no obstante, la fundamentación de la pena impuesta resulta de meridiana claridad y, ajustada a las constancias de autos, libre de los defectos que le

atribuye la defensa. En efecto, el tribunal consideró en primer lugar que *"...deb[ía] hallarse un adecuado equilibrio entre la condición que ostentaba en el local 'República Cromañon' y la experiencia que tenía en el manejo de espectáculos como los que allí se brindaban"*. Asimismo, ponderó negativamente *"[el] rol preponderante que le fuera asignado en el manejo de la seguridad en la noche del 30 de diciembre de 2004 en ocasión del recital brindado por el grupo 'Callejeros'"*. También se valoró con sentido negativo, y en cuanto a su vinculación con el incendio, *"el papel preponderante en el pacto espurio entre Omar Chabán y el Subcomisario Díaz, pues justamente a través de éste se permitía el desarrollo de la actividad del local por fuera de las ordenanzas y reglamentos que debían observarse para el cuidado de la seguridad de los asistentes"*.

Por lo demás, el tribunal también tuvo en cuenta como aspectos atenuantes, por un lado, la circunstancia de que *"...su papel no fue decisivo al acordarse la realización del recital en esa situación riesgosa"*, como asimismo *"[sus] condiciones personales"*, y que *"el rol de Villarreal no era el mismo que el de Chaban, [sino que] era su subordinado"* (pp. 39-42).

Esos fundamentos, en definitiva, no lograron ser desvirtuados por la parte recurrente y, correlativamente, me convencen de la corrección de la pena impuesta -cuya motivación comparto y haga propia-, al tiempo que determina que la impugnación deba ser rechazada.

7.vii. Fabiana Gabriela Fiszbin

La pena impuesta a Fiszbin quedó establecida en cuatro años de prisión, accesorias legales y costas. La Sala III fundamentó esa decisión en las siguientes consideraciones. En primer lugar, como circunstancia agravante, tuvo en cuenta el hecho de que *"ha[bía] quedado descartado que durante el cumplimiento de sus funciones existiera causa alguna que siquiera menoscabara el ejercicio en plenitud de [sus] responsabilidades"*. Asimismo, se valoró negativamente *"su abierta desidia*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

[durante el desempeño de su cargo], *su prolongación en el tiempo y la magnitud inconmensurable del daño que a la postre implicó y que se le ha atribuido a título culposo*". A su vez, se ponderó la capacidad de evitación del resultado que ostentó Fiszbin, indicando que *"...era plena y [...] no sufrió mengua alguna"* pues *"[s]us amplias y profundas facultades para actuar en el caso con toda intensidad surgen categóricamente del decreto 2696 [...] que enumera específicamente sus responsabilidades primarias y las potestades inherentes a ellas"*. Así, en definitiva, se concluyó que *"...desde la óptica de la actuación de la imputada no existen atenuantes"*, por lo que *"...la evidente culpa grave que evidencia la actuación de la imputada en todo el año 2004, su posición jerárquica y su conocimiento certero de la problemática planteada en la Actuación 631, la coloca cerca del máximo de la escala penal aplicable pues su culpabilidad por el hecho y los daños causados resultan mayúsculos"*.

Sí se tuvo en cuenta como factor de atenuación del reproche, no obstante, *"...[su] situación familiar y ausencia de antecedentes"* (pp. 63-66).

Como se desprende de la impugnación cursada, nuevamente he de advertir el yerro en el que ha incurrido la defensa al interpretar que la Corte Suprema "anuló" el fallo de la Sala III que determinó su responsabilidad penal como autora de los delitos de incendio culposo agravado y omisión de cumplimiento de los deberes de oficio -en concurso ideal- y fijó la pena correspondientemente, soslayando que el reenvío dispuesto por el Alto Tribunal fue a los efectos de garantizar el derecho al recurso amplio contra los tramos de la sentencia que implicaron para Fiszbin una primera condena.

Esa circunstancia, que ha viciado varios pasajes del recurso interpuesto a su favor -e incluso de las breves notas presentadas cuando la parte ya había tenido oportunidad también de tomar conocimiento de cuál era la resolución a la que todas las demás partes se refirieron, sin excepción-, se verifica aquí nuevamente.

Y, frente al enojo personal que la defensa técnica manifiesta en reiteradas oportunidades, resulta ciertamente desafortunado que no se haya adelantado a la eventualidad referida con argumentos subsidiarios.

Se incluyen entre las impugnaciones manifiestamente improcedentes las relativas a la imposición de una pena de efectivo cumplimiento - inaplicable en virtud del monto de pena individualizado-; y las vinculadas con un supuesto tratamiento desigualitario en relación con el co-condenado Villarreal -quien a la postre recibió una pena todavía mayor-.

En lo que sí resulta de aplicación al caso, la recurrente se agravió por considerar que *"su edad [i.e., de Fiszbin], sus condiciones y circunstancias personales, familiares, sociales, su situación de primaria en la escena penal (sic), no han sido tenidas en cuenta por el Tribunal"*. Ello, no obstante, resulta rebatido por la propia lectura de la sentencia que, como se ve de los párrafos transcriptos, sí se hizo eco de esas cuestiones y fueron, precisamente, las que llevaron a la Sala a no aplicar el máximo de la pena posible.

Por su parte, cabe poner de resalto que los agravios relativos a la supuesta omisión de considerar *"el carácter problemático"* del área que tenía a su cargo como circunstancia atenuante ya fueron tratados por la Sala III sin que la parte logre conmovir los fundamentos del rechazo a esa pretensión con la reedición de los mismos argumentos. En este sentido, se señaló en la sentencia impugnada, de un modo que comparto y hago propio en un todo, que *"No puede considerarse como lo pretende la defensa que el carácter problemático del área que afrontaba resulte una atenuante, cuando la acusada contó con recursos suficientes durante casi un año para disponer la acción debida y no lo hizo. Su capacidad de evitación era plena y por ello no hay atenuantes en el marco de su desempeño funcional"* (p. 65).

Así las cosas, y verificando que la pena impuesta resulta ajustada a las constancias de la causa y proporcional a la medida del reproche formulado contra



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Fabiana Fiszbin, corresponde confirmar este extremo de la sentencia en estudio.

7.viii. Gustavo Juan Torres

La Sala III individualizó la pena impuesta a Torres en tres años y nueve meses de prisión, accesorias legales y costas. Para ello, tuvo en cuenta en primer lugar que el nombrado *"cuenta con cincuenta y dos años de edad, es divorciado aunque tiene pareja con la cual convive, junto a sus hijos, en una propiedad familiar ubicada en nuestra ciudad"*. Los jueces destacaron asimismo que *"[es] abogado, ha trabajado en el ámbito judicial, en el Ministerio de Economía, Superintendencia de Seguros, Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires y para la fecha de publicación de la situación de los locales bailables en Clarín el 26 de mayo Torres se desempeñaba como Controlador Administrativo de Faltas del Gobierno local, [y] luego fue Director General de Fiscalización y Control del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires hasta que cesó en esa función y se dedicó al ejercicio liberal de su profesión"*.

En este sentido, afirmaron que *"[e]n el último de los cargos públicos mencionados, de función crítica alta, fue designado el 12 de octubre de 2004 por decreto 1874 y por una mudanza de la dependencia empezó a desempeñarse como Director desde el 25 de octubre de ese mismo año"*.

Tras repasar las competencias asignadas a su cargo, los magistrados de la Sala III indicaron que *"al momento de hacerse cargo de la función el imputado contaba con recursos humanos suficientes como para atender con toda urgencia y efectividad la situación planteada por la actuación 631"*, y que tales recursos *"le [habrían] bastado para que, de disponer con toda contundencia la inspección de la totalidad de locales 'clase c' y volcarlos a tal fin, ese objetivo se [habría] podido lograr en una sola jornada y habría alcanzado a República Cromañon, que por sus deficiencias sería alcanzado con una clausura 'inmediata y segura'"*.

Se destacó también que, no obstante, *“en diciembre las inspecciones se redujeron drásticamente”* y que *“la actividad de inspección seguía subordinada a la existencia de denuncias y que el Director General se hallaba volcado a tareas tendientes a atender la situación interna de la Dirección General, con olvido de la inevitable necesidad del ‘barrido’ íntegro y posible de la actividad de los locales de baile ‘clase c’”*.

Siempre valorando los alcances del injusto atribuido -como precisó el tribunal- los jueces continuaron retomando la idea de que *“[la] actividad esencial a sus responsabilidades primarias no fue cumplida, este rubro de la noche continuó librado al azar y República de Cromañon no fue hostigada en lo más mínimo, con lo cual no se produjo su clausura, con los tremendos resultados ya conocidos, que lo son atribuibles a esa omisión funcional”*.

Por lo demás, se razonó que *“si bien podría argumentarse a favor de Torres el corto período de su desempeño desde que asumió su cargo hasta la noche del hecho, su condición profesional, sus antecedentes en tareas de control y la mayúscula inoperancia al no tomar tampoco una decisión enérgica en un asunto extremadamente sensible, hacen que el reproche solo pueda ser ligeramente atenuando por su falta de antecedentes”* (pp. 70-72).

En su presentación ante esta instancia, la defensa se agravió en primer lugar por considerar que varios pasajes del razonamiento del Tribunal Oral en lo Criminal n° 24 al fijar las pones en virtud del reenvío oportunamente dispuesto por resolución de la Sala III de esta CFCP, del 20 de abril de 2011, *“efectuó remisiones inválidas a pronunciamientos jurisdiccionales previos, sin efectuar la propia y debida fundamentación”*.

Como he señalado en el apartado correspondiente, empero, la remisión efectuada por parte de la Sala III al Tribunal Oral interviniente -que importó una suerte de cesura de juicio-, si bien normativamente posible, tuvo por efecto práctico casi



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

exclusivo el de dispensar recursos judiciales inútilmente, al dilatar una decisión que, como ya he mostrado, correspondía por imperio del art. 470 del C.P.P.N. al mismo tribunal de casación -que, con arreglo al texto legal, debe *resolver el caso*, expresión que no puede entenderse sino en un sentido que incluye la fijación de la pena en concreto-.

De ahí que el razonamiento del Tribunal Oral no pueda ser objeto de reproche en esta oportunidad, pues lo que interesa, en definitiva, son los fundamentos de la decisión del 17 de octubre de 2012, a partir de la cual la Sala III de esta Cámara completó el ejercicio de su jurisdicción material en lo que hacía al caso, al determinar finalmente las penas que correspondía imponer, sujetas por supuesto a la revisión amplia que, a la sazón, correspondió a esta Sala IV y se realiza en este preciso acto.

En segundo lugar, la defensa se agravió por considerar que, al establecer los parámetros de graduación de la pena, el fallo incurrió en una doble valoración de los elementos que ya había considerado para dar por satisfecha la tipicidad de los ilícitos por cuya comisión resultara condenado Torres.

En esta dirección, se refirió en primer lugar a la afirmación -transcripta *ut supra*- según la cual Torres se hallaba volcado a atender la situación interna de la Dirección General que ocupaba, desatendiendo la necesidad de hacerse cargo de la acuciante situación de peligro en la que se veían inmersos los locales bailables clase "C"; aspecto este -sostuvo la defensa- que *"hace al núcleo del reproche efectuado [Torres], y no puede ser evaluado nuevamente, so riesgo de afectar notablemente el principio en estudio [i.e., la garantía contra la doble persecución penal por el mismo hecho]*.

Soslaya en este punto la defensa, no obstante, que la infracción a los deberes de garantía y cuidado a cargo de Torres -que, como señala, constituyen "el núcleo del reproche"- satisface la tipicidad concurrente de los delitos de omisión de deberes de la función pública e

incendio culposo agravado por el sólo hecho de la omisión de llevar adelante la conducta debida, gozando de la capacidad agencial individual para hacerlo. Al momento de graduar la extensión del reproche, por su parte, los magistrados tuvieron en cuenta en los párrafos transcritos algunos de los motivos de esa omisión, que se consideraron particularmente inaceptables -a saber, el haber priorizado la resolución de conflictos y situaciones internas a la Dirección General descuidando para eso la adecuada prestación del crítico servicio público que estaba llamado a proveer a la sociedad-. No se trata, en fin, de la determinación de la actuación imprudente en sí -en relación con el tipo penal del art. 189, 2º párrafo del C.P.- o dolosa -en el caso de la tipicidad, más acotada en sus elementos, del art. 249 del C.P.- sino de la *medida* de la falta atribuida.

Idénticas consideraciones se extienden al defecto atribuido al pasaje citado, de acuerdo con el cual *"la actividad esencial a sus responsabilidades primarias no fue cumplida, este rubro de la noche continuó librado al azar y República de Cromañon no fue hostigada en lo más mínimo, con lo cual no se produjo su clausura, con los tremendos resultados ya conocidos, que lo son atribuibles a esa omisión funcional"* (p. 71).

Por lo demás, la recurrente se agravió por considerar que *"de las premisas del fallo cuestionado no pueden inferirse válidamente los motivos por los cuales se ha fijado una pena excesiva para una persona sin antecedentes penales, que se ha mantenido permanentemente a derecho y, respecto del cual, en su caso, correspondía una pena que no superase un máximo de tres años"*.

Como se desprende de la transcripción efectuada, no obstante, se advierte que el fallo impugnado sí tuvo en cuenta -favorablemente- la ausencia de antecedentes penales de Torres, así como el relativamente corto tiempo que estuvo al frente del a Dirección General de Fiscalización y Control -aunque no tan corto como para excluir el reproche-.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Han ocupado el lugar de agravantes, no obstante, las inconmensurables consecuencias de su conducta imprudente, así como el hecho de que se tratara de un funcionario de carrera, con formación universitaria, y no ajeno por cierto a la administración pública en general, y a las tareas de control en particular.

La circunstancia misma de que la recurrente considere apropiada, al menos en principio, una pena nueve meses inferior a la finalmente impuesta no puede conducir sino a la conclusión de que, en definitiva, su agravio no expresa más que una simple disconformidad con el criterio adoptado por el tribunal de casación en su anterior intervención; todo lo cual me convence de que corresponde rechazar el agravio intentado y confirmar este aspecto de la sentencia impugnada.

7.ix. Ana María Fernández

Para graduar la pena de Fernández en tres años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, la Sala III tuvo en cuenta las siguientes consideraciones.

En primer lugar, se recordó nuevamente su trayectoria en cargos jerárquicos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, refiriendo que *"...en diciembre de 2003 fue designada Coordinadora Administrativa de la UPI, el 13 de enero de 2004 Coordinadora General de la UPI en el ámbito de la Subsecretaría de Control Comunal, cargo que cumplió hasta el 26 de agosto, fecha en que se suprimió la UPI y se creó la Dirección General de Fiscalización y Control, con función crítica alta, y una instancia adjunta que recayó en la imputada, que estuvo poco tiempo a cargo de Oscar Lucangioli y desde el 12 de octubre de Gustavo Torres"* (p. 66).

En ese sentido, se precisó que *"...en el ejercicio de sus funciones debe, a partir de aquellos antecedentes de revista, considerarse un primer período con mayores atribuciones vinculadas al ejercicio del poder de policía -en base a las responsabilidades primarias asignadas por el decreto 37/04- y otro que transcurrió a partir del 26 de agosto en el que sus*

facultades fueron asignadas por el Anexo II/4 del decreto 1563/04 en cuanto a asistir al Director General de Fiscalización y Control en los temas de su competencia y reemplazarlo en caso de ausencia [...] con facultades concurrentes en el primer caso -y ello es acorde a la actuación o más bien omisiones en que incurrieron al unísono con Fiszbin- y más subordinadas en el segundo - aunque sin transformarse en una funcionaria subalterna de injerencia débil- pues [...] estuvo a la postre supeditada jerárquicamente a la Subsecretaría de Control Comunal y luego al Director General" (p. 67).

Más allá de esta pluralidad de funciones -ya explicadas en este voto *in extenso*- se ponderó en el juicio de reproche que "[s]u desempeño ha sido hallado como totalmente objetable en todo su desarrollo, aunque mayormente cuando lo hizo como Coordinadora General de la Unidad Polivalente de Inspecciones y abdicó en forma conjunta con Fiszbin de desplegar a pleno sus atribuciones para atender la denuncia de Alimena"; motivo por el cual "le son extensivas casi la totalidad de las consideraciones brindadas al tratar el caso de Fiszbin" (id.).

En esa primera instancia, se adujo que "...aun con recursos no superabundantes, la apropiada valoración de la gravedad del caso y una actividad de cierta diligencia para la cual contaba con amplias facultades, hubiera permitido aquellas inspecciones eludidas, incluyendo la de República Cromañon y su clausura. Por su parte, [t]ambién se ha hallado objetable su actuación en el segundo de los períodos antes señalados pues aun cuando su función como Directora General Adjunta en la DGFyC era justamente secundaria a la de Torres, su responsabilidad primaria era asistirlo en asuntos de su competencia, entre los que sin duda se encontraba la irresuelta y demorada consideración íntegra de la actuación 631, por lo que debió informarlo -incluso por medio fehaciente- de la cuestión para que de modo directo y de boca de quien había tenido contacto con la denuncia desde varios meses antes, Torres enriqueciera su



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

conocimiento [...] sobre un tema ya gravísimo y pendiente. No lo hizo y ello concurrió a la permanencia de ese estado de cosas hasta la fecha del hecho, cuyas múltiples consecuencias, muchas de ellas irreparables, le fueron atribuidas" (p. 68).

En relación con las circunstancias atenuantes, finalmente, el tribunal hizo mérito de que *"...al igual que en el caso de Fiszbin hallamos atenuantes en el plano personal de la imputada, quien carece de antecedentes; ello amén de considerar [...] que dentro de la subestimación de la gravedad del caso debe considerarse que, pese a que no constituía un obstáculo a la conducta debida, los recursos existentes obligaban a seleccionar objetivos -opción que se concretó de manera torpe priorizando otros casos- y que en el último tramo de su actuación pese a su función si se quiere consultiva estaba al margen de cuestiones operativas -que tampoco desplegó adecuadamente en el primer período-" (id.).*

Ahora bien, sin perjuicio de compartir las consideraciones precedentes, que me convencen de la indudable justeza y proporcionalidad de la pena impuesta, corresponde abocarme ante todo los planteos específicos que la defensa oficial de Fernández articuló durante la audiencia de informes ante esta Sala IV, y que profundizó en las breves notas que obran a fs. 74762/74772 vta.

Allí, el defensor se agravió indicando que su asistida *"debió sufrir prisión preventiva [a partir del día 21 de diciembre de 2012] junto con su hijo de 6 meses de edad, pese a que oportunamente se petitionó la morigeración de esa privación de libertad en razón del interés superior del niño y de la integración familiar por las pésimas condiciones de detención en la que se encontraban, solicitud que arbitrariamente fue rechazada por todos los tribunales de la causa".*

Prosiguió reseñando la defensa que *"Esa situación carcelaria perduró hasta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el día 12 de julio de 2013, dejó sin efecto dichas decisiones e hizo lugar al recurso de la defensa para morigerar su encierro en la modalidad*

de prisión domiciliaria, que duró hasta el 6 de agosto de 2014, fecha en la que recién recuperó su libertad ambulatoria".

Argumentó a su vez que en el dictamen que la Procuración General de la Nación efectuó en los actuados de referencia, se hizo hincapié en que *"la cámara [de casación, por medio de su Sala de FERIA], al adoptar su decisión, prescindió de la opinión de dos organismos especializados en la materia como la Procuración Penitenciaria de la Nación [...] y la Dirección Nacional de Promoción y Protección Integral de la SENAF [...]. Ambos manifestaron que, dado el contexto social y familiar favorable de B.F.A. (el niño), correspondía conceder la prisión domiciliaria".*

A su vez, la defensa argumentó también que la decisión de esta Cámara que denegó la aplicación del art. 32, inciso f, de la ley 24.660, según la redacción de la ley 26.472, supuso una discriminación indebida en razón de la orientación sexual de Ana María Fernández, en flagrante infracción a los compromisos internacionales asumidos por el Estado.

En definitiva, por lo expuesto, solicitó que *"... todos los perjuicios causados deben, cuanto menos, se compensados inmediatamente a través de una eximición de pena, por cuanto su imposición a los fines de cumplir un breve lapso de tiempo (8 meses) sería manifiestamente contraria a [sus] fines".*

Pues bien, a mi modo de ver, las circunstancias reseñadas por la Defensa Pública Oficial - particularmente, el rechazo de la aplicación del instituto de la prisión domiciliaria de acuerdo con las previsiones del art. 32, inc. F de la ley 24.660 sobre la base de inaceptables fundamentaciones de ostensible corte discriminatorio, incompatibles con los más elementales principios de igualdad consideración y respeto que el Estado debe a todos sus habitantes, y a los compromisos más esenciales asumidos con la comunidad internacional- comportaron un maltrato institucional sobre la persona de Ana María Fernández y su hijo B.F.A. que necesariamente



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

impacta en la respuesta punitiva que en definitiva corresponde aplicar en el caso. En ese sentido, comparto y hago propias las consideraciones vertidas en el dictamen de la señora Procuradora General de la Nación en los autos F.74 XLIX, "Fernández, Ana María c/ s/causa N 17516", del 29 de mayo de 2013 (cf. apartado VII)

Asimismo, corresponde tener presente que Ana María Fernández compareció personalmente ante esta Sala IV en oportunidad de celebrarse la audiencia prevista en el art. 468 del C.P.P.N. e hizo uso de la palabra, circunstancia que ha permitido a los integrantes de este Tribunal tomar conocimiento directo y *de visu* de la imputada, tal y como lo exige el art. 41 del Código Penal.

En virtud de lo expuesto, en las específicas circunstancias de autos, teniendo en cuenta que Fernández fue sometida a internación carcelaria desde el 21 de diciembre de 2012, y hasta el 12 de julio de 2013, corresponde reducir proporcionalmente la condena impuesta en 8 meses, quedando individualizada la medida de su pena en dos (2) años y diez (10) meses, en razón de las consideraciones que rodean a esta particular situación, lo que así propongo en definitiva a mis colegas.

IV. He de mencionar, por último, que ya he tenido oportunidad de dejar adelantado las razones por las que considero ahora que la segunda y tercer disposición del art. 12 del C.P., en tanto restringe el ejercicio de la patria potestad y la disposición y administración de los bienes de las personas condenadas a penas privativas de la libertad mayores a tres (3) años, resulta inconstitucional (cf. causa n° 871/2013 caratulada "Ramírez, Juan Ramón s/recurso de casación", Reg. N° 2231/14.4, rta. el 6/11/2014).

Ahora bien, como sostuve asimismo al votar en la causa "BASUALDO, Néstor Silvestre s/recurso de casación", (Reg. n° 2964/2014.4, rta. el 17/12/2014), la naturaleza de las cuestiones jurídicas en juego que sustentaran la declaración de inconstitucionalidad referida me inclinan en una interpretación *pro personae* a

permitirme salir de la zona de autorrestricción propia de los magistrados judiciales con el objeto de mejor garantizar los derechos en juego mediante un examen de su constitucionalidad, aun cuando no exista en el caso un concreto pedido de parte; se trata como ha dicho nuestro más alto tribunal de una aplicación del principio *iura novit curia* y, nada menos, de la supremacía de la Constitución Nacional.

Es que esta postura concilia mejor el más adecuado equilibrio y los límites del Poder del Estado frente al individuo encarcelado, quien goza de todos los derechos constitucionales cuya restricción no derive necesariamente de la privación de la libertad (Fallos: 318:1894 y 334:1216) y, en tal sentido, merece recibir del Estado condiciones de trato digno que, de no cumplirse, tornarían al encierro en ilegítimo.

En el mismo sentido, algunos aspectos de la norma del art. 12 del C.P. -en términos generales- se presentan contrarios a los fines y principios de la pena privativa de la libertad como la reinserción social y, más concretamente, al fortalecimiento paulatino de los lazos familiares, sociales o laborales, ocasionando perjuicios adicionales que dificultan el regreso al medio libre y afectan, de ese modo, el principio rescocializador de la ejecución de la pena.

También viene a favor del examen de oficio el interés superior del niño (art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) como una pauta hermenéutica que debe orientar y condicionar la decisión de los tribunales de todas las instancias.

Se presenta plenamente aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que admite la posibilidad de que los jueces ejerzan de oficio el control de constitucionalidad de una disposición normativa y la declaren de oficio inconstitucional en casos en los que la norma entra en pugna de modo manifiesto con los derechos establecidos en nuestra Constitución Nacional (cf. sentencia M. 102. XXXII. Recurso de hecho, en la causa "Mill de Pereyra, Rita



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/demanda contencioso administrativa", resuelta el 27/9/2001).

En el citado precedente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que *"Este principio, por el que se le concede a los jueces la potestad de suplir el derecho que las partes no invocan o que invocan erróneamente, incluye el deber de mantener la jerarquía normativa de nuestro orden jurídico, de allí que una sentencia que aplique normas inconstitucionales se subleva en contra de aquélla"* y que *"...la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia -nacionales y provinciales- de examinar las leyes en los casos concretos que se traten en su decisión comprándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y de abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituye uno de los fines superiores y fundamentales del Poder Judicial Nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consagrados en la Constitución contra los abusos posibles de los poderes públicos, atribución que es derivación forzosa de la distinción entre los poderes constituyente y legislativo ordinario que hace la Constitución, y de la naturaleza necesariamente subordinada del segundo (Fallos: 33:162, 194)"* (considerando 11º del voto de Boggiano en "Mill de Pereyra", cit.).

En idéntico sentido, sostuvo que *"...cuando se someten a conocimiento de los jueces cuestiones de derecho...en el ejercicio de la potestad de suplir el derecho que las partes no invocaron, atendiendo al principio iura novit curia y el ineludible deber de mantener la supremacía de la Constitución, se hallan facultados para hacer tal declaración..."* (B. 1160. XXXVI. Recurso de hecho deducido en causa "Banco Comercial de Finanzas S.A.", resuelta el día 19/8/2004).

A estas consideraciones, cabe agregar lo expresado por nuestro más alto tribunal en cuanto a que

“...tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos. En el precedente ‘Mazzeo’ (Fallos: 330:3248), esta Corte enfatizó que ‘la interpretación de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)’ que importa ‘una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos...” y que ‘...el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre los derechos humanos (caso ‘Almonacid’, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124, considerando 21)” (R. 401. XLIII. Recurso de hecho deducido en causa “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino sobre daños y perjuicios”, resuelta el 27/11/12).

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso” el deber que tienen los órganos del Poder Judicial de ejercer no solo un control de constitucionalidad sino también de “convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana (“Caso Trabajadores Cesados del Congreso, Aguado Alfaro y otros vs. Perú”, del 24 de noviembre de 2006); criterio reiterado en los casos “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia”, del 1 de septiembre de 2010, parágrafo 202; “Gomes Lund y otros vs. Brasil”, del 24 de noviembre de 2010, parágrafo 176 y “Cabrera Garcia y Montiel Flores vs. México”, del 26 de noviembre de 2010, parágrafo 225.

Admitida en los términos expuestos la posibilidad que tienen los jueces de efectuar un control de constitucionalidad aunque no exista expresa petición



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

de parte, habré de exponer los fundamentos por los cuales considero que la segunda y tercera disposición del art. 12 del C.P. resulta inconstitucional.

Al votar en la causa "Ramírez" citada sostuve que la norma del art. 12 violaba el principio de resocialización de la ejecución de las penas en tanto afecta la continuidad de los lazos familiares y sociales y el contacto fluido del interno con el mundo exterior, así como el ejercicio de sus derechos de contenido patrimonial, en tanto lo situaban en un plano de desigualdad con respecto a los demás sujetos de derecho, impidiéndole cumplir adecuadamente con sus obligaciones inherentes a la patria potestad y de actuar en un plano de igualdad frente a terceros en la administración y disposición de sus bienes por acto entre vivos, sometiéndolo de manera forzada al régimen de la curatela, generando un efecto estigmatizante que se apartaba de la finalidad resocializadora de la ejecución de la pena.

Agregué que el carácter genérico de la norma y su aplicación automática en tanto y en cuanto se constatare una situación objetiva -esto es, la imposición de una condena superior a los tres años- impedía una reflexión particular del caso que permitiera evaluar la concreta vulneración a los derechos humanos que su aplicación pudiera generar.

Así, consideré que la *"...la referida normativa - que se arroga la aplicación de medidas que, de resultar necesario, deberían canalizarse en ámbito ajenos al derecho penal-, lejos de reflejar una mera consecuencia de la condena con efectos tutelares, instituye una pena accesoria, de exclusiva índole moralista, infantilizante y paternalista, contraria al Estado de Derecho"*.

Sostuve también que la norma prevista en el art. 12 del C.P. menoscaba el principio de intrascendencia de la pena establecido en el art. 5.3 de la C.A.D.H. en tanto expresa que "La pena no puede trascender la persona del delincuente" en tanto las incapacidades civiles impuestas por el art. 12 del C.P. suspenden el ejercicio de los derechos y deberes

emergentes de la patria potestad haciendo extensible las consecuencias de la pena impuesta al condenado a todo el entorno familiar, impidiendo que los padres puedan decidir sobre la crianza de sus hijos de acuerdo al proyecto de vida que aquéllos elijan.

Asimismo, destaqué que la privación de la patria potestad atentaba contra el interés superior del niño reconocido por la ley 26.061 como la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos y garantías y el deber que tiene el Estado en la protección de la familia, entendida como el elemento natural y fundamental de la sociedad.

Por lo dicho y con remisión a los fundamentos expuestos en "Ramírez", corresponde declarar la inconstitucionalidad de la segunda y tercera disposición del art. 12 del C.P. y, consecuentemente, dejar sin efecto la sentencia condenatoria pronunciada en cuanto a la imposición de las accesorias dispuestas en dicha normativa.

V. Por todo lo expuesto hasta aquí, propongo en definitiva al Acuerdo: **i.** RECHAZAR el recurso interpuesto a fs. 74255/74304 por Marcelo Horacio Fainberg y Patricia De Reatti, defensores particulares de Fabiana Gabriela Fiszbin, sin costas (cf. arts. 470 y 471, 530 y ss. del C.P.P.N.). **ii.** RECHAZAR el recurso interpuesto a fs. 74381/74565 por los letrados particulares Oscar Marcelo Brito y Nicolás F. D'Albora, asistiendo a Patricio Rogelio Santos Fontanet, Christian Eleazar Torrejón, Maximiliano Djerfy y Daniel Horacio Cardell, sin costas (cf. arts. 470 y 471, 530 y ss. del C.P.P.N.). **iii.** RECHAZAR el recurso interpuesto a fs. 74566/74686 por Albino José Stefanolo, defensor particular de Raúl Alcides Villarreal, sin costas (arts. 470 y 471, 530 y ss. del C.P.P.N.). **iv.** RECHAZAR el recurso interpuesto a fs. 74587/74617 por el letrado particular de Gustavo Juan Torres, Carlos A. O. Cruz, sin costas (arts. 470 y 471, 530 y ss. del C.P.P.N.). **v.** RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 74618/74630 por la Defensora Pública Oficial *ad hoc* Brenda L. Palmucci, asistiendo a



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Elio Rodrigo Delgado, Juan Alberto Carbone y Eduardo Arturo Vásquez, sin costas (arts. 470 y 471, 530 y ss. del C.P.P.N.). **vi.** DECLARAR la inconstitucionalidad de la segunda y tercera disposición del art. 12 del C.P., dejando sin efecto la sentencia condenatoria pronunciada únicamente en cuanto a la imposición de las accesorias dispuestas en esa normativa. **vii.** HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso interpuesto a fs. 74631/74646 por los Defensores Públicos Oficiales *ad hoc* Nicolás Ramayón y Gonzalo Rey, sin costas en la instancia, CASAR el punto dispositivo V de la resolución de fs. 71749/71805 y, en consecuencia, CONDENAR a Ana María Fernández a la pena de dos (2) años y diez (10) meses de prisión y costas (arts. 470 y 530 y 531 del C.P.P.N.). **viii.** TENER PRESENTES las reservas del caso federal formuladas.

El señor juez Juan Carlos Gemignani dijo:

A.- Cuestiones formales:

1.- Posibilidad de este tribunal de dictar una sentencia condenatoria:

En forma liminar, de manera general, este Tribunal de Casación, contiene plenas facultades para dictar un eventual primer fallo condenatorio, y ello no afecta el derecho, de rango constitucional, a la revisión o doble instancia del que gozan los imputados, así como tampoco viola los principios de oralidad, inmediación, continuidad y contradicción que rigen en el proceso penal.

Sin perjuicio de las vicisitudes de este proceso, sobre las cuales me explayaré con detenimiento en el próximo apartado, he de aclarar que entonces, el dictado de una primer condena por parte de esta Cámara no lesiona tal garantía ya que en estos casos los imputados ante una sentencia adversa se encuentran facultados a someter el pronunciamiento a revisión del Máximo Tribunal de nuestro país -tal como ha sucedido luego de los pronunciamientos de la Sala III de la CFCP que ahora debemos revisar-.

Y, esto ha sido previsto en el sufragio del entonces ministro de la Corte Suprema, Dr. Zaffaroni, en

el caso "Argul, Nicolás Miguel s/ robo doblemente calificado" (CSJN, rta.18/12/07), en donde sostuvo que si bien la Corte reconoce que la doctrina de la arbitrariedad no la habilita a actuar como Tribunal ordinario de alzada para efectuar el análisis y tratamiento de cuestiones no federales, lo cierto es que en determinados casos deberá avocarse excepcionalmente como tribunal revisor a efectos de salvaguardar la garantía contemplada en el art. 8.2 h de la CADH.

Tampoco se ven afectados los principios de inmediación, continuidad, oralidad y contradictorio, ya que la revisión de las sentencias por parte de esta Cámara prevé que los imputados tengan la posibilidad de controvertir las pretensiones de los acusadores, y ésta surge del mismo trámite casatorio en donde se garantiza el pleno ejercicio del derecho de defensa, en tanto pueden controvertir y rebatir los argumentos de los acusadores.

2.- Validez del procedimiento de revisión de la sentencia instituido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.-

Ahora bien, corresponde que analice entonces, si el procedimiento específico instituido en esta causa por la Corte Suprema de Justicia de la Nación resulta válido. Aunque, habiendo conocido en la deliberación el sentido de los votos de mis colegas sobre este tópico, adelanto que mi postura no habrá de prevalecer en la presente, sin perjuicio de lo cual habré de dejar sentada mi opinión al respecto.

En efecto, el Máximo Tribunal del país resolvió en estas actuaciones, y remitiéndose al criterio vertido en las causas D.429.XLVIII "Duarte, Felicia s/ recurso de casación" y C. 416.XLVIII "Chambla, Nicolás Guillermo; Diaz, Juan Leonardo; Larrat, Esteban Martín y Serrano, Leandro Ariel s/ homicidio -causa nº 242/2009" todas ellas y la presente resueltas en esa misma fecha -5 de agosto de 2014-, hacer lugar a las quejas interpuestas oportunamente y remitir las actuaciones a esta Cámara Federal de Casación Penal para que se designe una nueva



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

sala para que proceda a la revisión de la sentencia -de la Sala III de esta misma Cámara-.

En tales precedentes, el Máximo Tribunal afirmó que *“el derecho reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 8.2.h. es el doble conforme en resguardo de la inocencia presumida, aún con la primer sentencia adversa, pues la Corte Interamericana excepciona la intervención de un tribunal superior - cuando no existe otro en el organigrama de competencias- aunque exige como único requisito que sean magistrados diferentes a los que ya juzgaron el caso los que cumplan con la revisión amplia (cfr, párrafo 90 del caso -de competencia originaria local- “Barreto Leiva vs. Venezuela” Corte Interamericana de Derechos Humanos)”*.

Agregó que *“...el escaso margen revisor que tiene esta Corte mediante el recurso extraordinario federal, dejaría afuera una cantidad de aspectos esenciales que no podrían ser abordados sin poner en crisis el propio alcance de la excepcional vía de competencia del máximo tribunal constitucional, por el contrario el nuevo examen del caso -primera condena mediante- en la mecánica de funcionamiento de la Cámara de Casación -máxime luego de la adecuación del recurso a partir del citado precedente ‘Casal’- no haría mella en su cotidianeidad desde lo eminentemente práctico”*.

Y, que de esta forma, *“el recurso extraordinario federal no cumpliría con la exigencia convencional tal como lo advierte la propia Corte Interamericana en el párrafo 104 del caso 11.618 “Mohamed vs Argentina” que dice: “...el recurso extraordinario federal no constituye un medio de impugnación procesal penal sino que se trata de un recurso extraordinario regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual tiene sus propios fines en el ordenamiento procesal argentino. Asimismo, las causales que condicionan la procedencia de dicho recurso están limitadas a la revisión de cuestiones referidas a la validez de una ley, norma constitucional o a la arbitrariedad de una sentencia, y excluye las cuestiones*

fácticas y probatorias, así como el derecho de naturaleza jurídica no constitucional”.

Con esas consideraciones, la Corte Suprema declaró procedentes los recursos extraordinarios y remitió las actuaciones a esta Cámara para que se designe una nueva Sala fin de que proceda a la revisión de la sentencia.

Me permitiré disentir con la solución que brinda a tan intrincado asunto el Máximo Tribunal.

Es que, si bien es cierto que en función de proteger el derecho al recurso, con los alcances de los estándares internacionales, en los casos en que la primer condena sea dictada por el tribunal revisor -Cámara de Casación-, precedida, lógicamente, por una absolucón revocada en la instancia revisora, debe permitirse una nueva revisión, esta vez, del temperamento condenatorio, ya que se trata de una primer condena -aplicación del fallo “Mohamed vs Argentina”-, no es menos cierto que esta revisión, para cumplir con tales lineamientos, debe ser realizada por un tribunal de superior jerarquía al anterior.

Así lo afirma la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en el mencionado fallo “Mohamed”, cuando indica que “[e]l artículo 8.2 de la Convención contempla la protección de garantías mínimas a favor de ‘[t]oda persona inculpada de delito’ [...] protege el ‘derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal **superior**’ (la negrita me pertenece).

Además, menciona que “...independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea [...] Además [...] en la regulación que los Estados desarrollen en sus respectivos regímenes recursivos, deben asegurar que dicho recurso contra la sentencia condenatoria respete las garantías procesales mínimas que, bajo el artículo 8 de la Convención, resulten relevantes y necesarias para



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

resolver los agravios planteados por el recurrente, lo cual no implica que deba realizarse un nuevo juicio oral”.

Y, aquí es donde finca la razón del problema. La Convención Americana de Derechos Humanos dispone el derecho al recurso a través de un tribunal superior. Y así lo recuerda y remarca la Corte Interamericana en “Mohamed”. Pero, ninguna Sala de esta Cámara tendrá superioridad jerárquica sobre otra. En cambio, quien sí la tiene es el tribunal que según la Constitución Nacional y leyes vigentes debe conocer los recursos dirigidos contra las decisiones de esta Cámara Federal de Casación Federal, es decir, la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Como he dicho en los párrafos anteriores, en el fallo “Duarte” se argumenta que el Máximo Tribunal tiene un *“escaso margen revisor [que] dejaría afuera una cantidad de aspectos esenciales que no podían ser abordados sin poner en crisis el propio alcance de la excepcional vía de competencia del máximo tribunal constitucional”* y que el *“recurso extraordinario federal no cumpliría con la exigencia convencional”*.

No escapa a mi conocimiento que para cumplir con los mandatos internacionales, el recurso debe ser ordinario, accesible y eficaz; pero no encuentro que la solución sea transformar a esta Cámara Federal de Casación en un tribunal con una jerarquía que legalmente no le corresponde, revisando sus propios fallos, sino, por el contrario, debería ser la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tribunal claramente con jerarquía sobre esta Cámara, quien adecúe su funcionamiento a fin de cumplir, en este tipo de casos, con aquél mandato y poder realizar entonces una revisión amplia de la sentencia.

Así, lo ha entendido el propio Zaffaroni como integrante del Máximo Tribunal, cuando en el Fallo “Argul” (A. 984 XLI) afirmó que *“esta Corte reconoce que la doctrina de la arbitrariedad no la habilita a actuar como tribunal ordinario de alzada para el análisis y*

tratamiento de cuestiones no federales. No obstante, en esta oportunidad, deberá avocarse excepcionalmente a actuar como tribunal revisor, ya que de no hacerlo, la nueva sentencia condenatoria dictada por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal no tendría instancia de revisión alguna y se conculcaría la garantía contemplada en el art. 8 inc. 2 h de la Convención Americana de Derechos Humanos, la que goza de jerarquía constitucional”.

Pues resulta mucho más lógico que el verdadero tribunal superior adecue su función jurisdiccional a fin de proceder a una revisión más amplia a la que usualmente realiza, con el objeto de que el justiciable obtenga la plena revisión de su primer condena dictada en la Casación, que, por el contrario, sea el mismo tribunal el que, por tener un recurso más amplio, se convierta mágicamente en su propio “ad quem”, sin serlo realmente.

De esta forma, se evitaría la creación pretoriana de un procedimiento no receptado normativamente y, como tal, susceptible de ser legítimamente cuestionado por la parte que resulte eventualmente agraviada con la “nueva” decisión, para lo cual, aún peor, tampoco necesitan aparentemente ofrecerse motivos expresos de agravio.

Es que para agravar más la situación, según el mandato de la Corte en esta causa, hay que revisar una sentencia por la mera circunstancia de que se trata de una primera condena. Cuando, no surge ni del dictamen de la Procuradora Gils Carbó ni del fallo “Duarte” de la Corte que el motivo de la revisión obedezca y deba circunscribirse a la expresión de desajustes del fallo original, presupuesto fundamental para que un pronunciamiento judicial pueda ser examinado.

En lugar de ofrecer claridad sobre el asunto, el criterio de la Corte en “Duarte” brinda oscuridad y ausencia de certezas, tanto desde lo jurídico como desde lo operativo en el plano procesal y funcional, desde los pasos y tiempos procesales en que debe llevarse a cabo este nuevo recurso y trámite no reglado.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Pues, tampoco ha definido el Máximo Tribunal en "Duarte" *"sobre qué recurso debe pronunciarse la Casación ¿debe abordar los agravios federales del recurso extraordinario o debe sustanciar una nueva oportunidad para cuestionar la primer condena?"* (Pérez, Nadia; "Los nuevos estándares de revisión del Fallo "Duarte Felicia" de la CSJN y la vuelta al procedimiento escrito", en Revista de Derecho Procesal Penal, 2014-2 "juicio por jurados II", director Eduardo Donna, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 633-650).

Y, ello, a mi criterio, pone en jaque nuestra intervención, y más allá de colocarnos en una situación comprometida a los magistrados que debemos intervenir, coloca a las partes en un derrotero procesal que no se sabe cuándo y de qué modo culminará.

En otras palabras, *"No caben dudas de los nobles objetivos perseguidos por la jurisprudencia a la hora de intentar agiornar un proceso per se inconstitucional, a las exigencias internacionales en materia de derechos humanos. Pero no dista de ser un nuevo remiendo que no hace más que reforzar la idea de que lo que necesitamos es una urgente e integral reforma del digesto procesal vigente..."* (Pérez, Nadia, op. Cit.).

No olvidemos que la Corte Interamericana, al interpretar el artículo 2° de la Convención Americana, en relación con el derecho a recurrir del fallo, señaló que dicha norma *"contempla el deber general de los Estados Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella consagrados... dicho deber implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías"* (Cfr. Caso "Mohamed" antes citado - considerando 113-; "Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú". Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 207, y Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240, párr. 243.).

En tal sentido, no puede desconocerse entonces que la interpretación que ha efectuado al respecto dicho Tribunal, no admite la invención de cualquier procedimiento de adaptación a la normativa internacional sino, antes bien, la creación de procedimientos eficaces para la protección integral del justiciable.

3.- Validez del trámite interno impartido a esta causa. Encauce del recurso según lo normado por los arts. 465 y 466 del CPPN.-

Si bien he dejado sentada mi disconformidad con la remisión efectuada por la Corte Suprema bajo la doctrina de "Duarte", habiendo prevalecido por mayoría la opinión de mis colegas, corresponde que entonces me expida acerca del planteo de invalidez de la adecuación del trámite realizado por esta Sala IV, que efectuaran algunas de las partes, y fuera receptado por el colega que lidera el acuerdo.

En ese sentido, considero que corresponde seguir el lineamiento decidido por esta Cámara en pleno, en el acuerdo general nro. 6/14, celebrado el 6/10/14, ocasión en la cual se resolvió que en las causas cuya intervención fuera -a mi criterio ilegítimamente-impuesta por el Máximo Tribunal, el trámite interno que debe seguirse es aquél previsto por el art. 465 del CPPN, aunque, a fin de garantizar el pleno derecho al recurso que asiste a los imputados, con un alcance más amplio que en su concepción original.

Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado a fs. 74349/74354, ocasión en la cual se ordenó notificar a las partes para que en el término de diez días desarrollaran o ampliaran los fundamentos de los motivos propuestos en la oportunidad de haber solicitado la revisión de las sentencias de la Sala III de esta CFCP, aclarándose que, en caso de resultar necesario, por las características propias del recurso extraordinario interpuesto originalmente, podían presentar en esta ocasión agravios nuevos.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

De esta forma, el trámite impuesto por esta Sala por decisión de la mayoría, al revocar por contrario imperio el auto de fs. 74242/74242 vta., no resulta vulneratorio del derecho de defensa de los imputados, sino que encausa la forma en la que cada uno de ellos debía presentar sus agravios, máxime para aclarar a las partes que la sentencia que habría de ser revisada era aquella emanada de la Sala III de este Cuerpo -junto con la resolución que modificó las penas-.

Entonces, deviene patente que no puede entenderse como perjudicial este auto de fs. 74349/74354, ya que lejos de afectar negativamente a las defensas, le confiere mayor amplitud a los alcances del trámite habitual brindado a los recursos de casación, por lo "inhabitual" de la situación recursiva, y aclara a las partes puntos que, por tratarse de un recurso no legislado, extremo que a mi criterio lo invalida como he analizado ut supra, se encuentran oscuros.

Por lo tanto, más allá de considerar incorrecta la intervención de esta Cámara, considero que el trámite interno reglado por esta Sala no ha sido inválido como lo pretenden algunas defensas, sino que se ha adecuado a lo decidido por el pleno de esta Cámara Federal de Casación Penal en la ampliación del Acuerdo General Nro. 6 celebrado el 16 de octubre de 2014.

Además, vale aclarar que los autos de presidencia de cada precedente señalado por el colega que lidera el acuerdo en apoyatura de su postura acerca de cuál es el trámite que se está imprimiendo a las causas que reingresan a esta Cámara Federal de Casación Penal "post Duarte", en cuanto sugiere que se acogen al procedimiento sindicado por el art. 463 del CPPN, en realidad, como de su misma cita se desprende, se refieren al "término" o "plazo" contemplado en esa norma, que es de diez días. Por ello, al margen que es el mismo término establecido por el artículo 465 del CPPN para el término de oficina, no implica de modo alguno que el recurso se encauce bajo las previsiones de la norma del 463 del CPPN, sino, exclusivamente y tal como surge de aquellos

precedentes citados -y del resto que fueron dictados por esta Cámara- se refiere única y exclusivamente al plazo de diez días con que cuentan las partes para expresar los agravios en que sustenten sus recursos ante esta Cámara, por lo cual la incongruencia sugerida en el voto precedente con lo decidido por el pleno de este Cuerpo en realidad no es más que una desafortunada interpretación efectuada de los decretos pertinentes.

4.- Nulidad por violación a la garantía de imparcialidad:

Por otro lado, habré de expedirme en torno a los embates efectuados por las partes en relación a nulidad ocasionada por la presunta parcialidad de los jueces de la Sala III de esta Cámara.

Así, considero que la pretendida parcialidad argumentada -particularmente respecto de Riggi y Catucci-, al revisar las penas fijadas por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 24 luego del reenvío que ellos mismos dispusieran, no tiene asidero real. Así como tampoco en relación al juez Riggi, por su intervención en la causa 9912 "Levy Rafael", en la que alegan se habría formado una opinión en torno a los hechos y responsabilidades penales; y, respecto a la jueza Catucci, por una presunta reunión que habría mantenido con los querellantes en la que habría asumido un compromiso antes de resolver como lo hizo.

Ya he tenido ocasión de afirmar, al votar en la causa 15382 - 15439 "Beraja, Rubén Ezra s/ recurso de casación", reg 1983/12, rta. el 24/10/2012, que "*...toda persona tiene derecho a ser oída... por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial*", garantía que, tal como fuera señalado por el Máximo Tribunal de la Nación, se encuentra reconocida dentro de los derechos implícitos del artículo 33 de la C.N., integrando asimismo una de las aristas que conforman las garantías de debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18 de la C.N.), y que también se encuentre expresamente consagrada en ciertos instrumentos de carácter internacional (arts. 8.1 de la C.A.D.H.; 14.1 del P.I.D.C.yP.; 26 -2do. párrafo- de la



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

D.A.D. y D.H. y 10 de la D. U. D. H.), los cuales forman parte del bloque de constitucionalidad federal (cfr. art. 75, inciso 22° de la C.N.).

Asimismo cabe recordar que al pronunciarse en el marco de la causa L. 486. XXXVI "Llerena, Horacio Luis s/abuso de armas - arts. 104 y 89 del Código Penal -causa Nro. 3221-" (rta. el 17 de mayo de 2005), aquél Tribunal también sostuvo que dicha garantía constituye *"... uno de los pilares en que se apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, en su vinculación con las pautas de organización judicial del Estado"*.

En cuanto a qué debe ser entendido por la imparcialidad del juzgador, cabe traer a colación las consideraciones efectuadas por el doctor Maier quien refirió que *"...el calificativo «imparcial», aplicado a la definición de un juez, o la nota de imparcialidad, aplicada a la definición de su tarea, cuando no se los trata como un ideal, sino como un intento de aproximación a él en la vida práctica, no puede representar un absoluto, sino, antes bien, menta una serie de previsiones, siempre contingentes históricamente, por ende, relativas a un tiempo histórico y a un sistema determinados, cuyo contenido se vincula al intento de aproximarse a aquél ideal o de evitar desviarse de él. Hoy esa serie de previsiones, que alguien ha definido sintéticamente con la palabra neutralidad, pueden ser esquematizadas en nuestro Derecho orgánico, esto es, con abstracción de las reglas del procedimiento, por referencia a tres máximas fundamentales, que pretenden lograr en ese ámbito la ansiada aproximación al ideal de la imparcialidad del juzgador: la independencia de los jueces de todo poder estatal que pueda influir en la consideración del caso, la llamada imparcialidad frente al caso, determinada por la relación del juzgador con el caso mismo -según su objeto, comprendida la actividad previa de los jueces referida al caso, y los protagonistas del conflicto-, mejor caracterizada como*

motivos de temor o sospecha de parcialidad del juez, que persigue el fin de posibilitar su exclusión de la tarea de juzgar un caso concreto, cuando él afecta su posición imparcial, y el mencionado como el principio del juez natural o legal, que pretende evitar toda manipulación de los poderes del Estado para asignar un caso a un tribunal determinado, de modo de elegir los jueces que lo considerarán ad hoc" (Maier, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal"; Buenos Aires, Editores del Puerto, 2da. Edición, 2004, Tomo I, págs. 741 y 742).

Cabe apuntar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha recogido este mismo criterio interpretativo en varios precedentes, sosteniendo que "La Convención Americana en su artículo 8.1 establece que toda persona tiene el derecho de ser oída por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. Así, esta Corte ha señalado que «toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete»" (cfr. Caso "La Cantuta vs. Perú", rto. el 29/11/2006. Considerando 140).

Asimismo, y conforme tiene dicho abundante doctrina, "la garantía de imparcialidad [...] es examinable desde dos enfoques: uno, objetivo, que se vincula al temor de parcialidad del juez por hechos objetivos del procedimiento [...]; el otro, subjetivo, relacionado precisamente con las razones contenidas en el precepto, esto es, a actitudes o intereses particulares de aquél que puedan tener incidencia en el resultado del pleito" (Navarro, Guillermo Rafael; Daray, Roberto Raúl, "Derecho Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial"; tomo 1. Artículos 1/173; Editorial Hammurabi; 4ta. Edición; Buenos Aires; 2010; Pág. 266).

Teniendo en cuenta estas premisas, me encuentro en condiciones de afirmar que no existen motivos para dudar de la imparcialidad de los magistrados Riggi y Catucci al dictar las resoluciones que ahora nos tocan



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

revisar. Pues, tal como lo analizó el colega preopinante, los embates carecen de elementos objetivos que justifiquen sus pretensiones, tanto en relación a la supuesta reunión mantenida por la jueza Catucci con las querellas, que no excede de lo conjetural, así como también en relación al juez Riggi, respecto de quienes a fin de fundar el rechazo de las pretensiones, habré de remitirme a los argumentos brindados por mi colega Dr. Gustavo M. Hornos en el pormenorizado voto que antecede a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

4.- Nulidad de la sentencia de la Sala III de la CFCP por falta de mayoría en los fundamentos.-

La forma en que ha emitido su voto la Dra. Ledesma, no invalida en modo alguno la sentencia, pues en definitiva, después de dejar a salvo su opinión, resultando vencida por mayoría en cuanto a que correspondía emitir un pronunciamiento condenatorio, adhirió al abordaje dogmático efectuado por su colega Dra. Catucci.

Entonces, se desprende que, como lo mencionó el Fiscal General Raúl Plée en sus breves notas, existe concordancia en cuanto al merecimiento de un reproche penal debido al comportamiento de los imputados por parte de los jueces Riggi y Catucci, así como también se arribó a una mayoría en relación a cuál era el encuadre típico correcto asignado a aquél comportamiento, esta vez, por parte de las magistradas Catucci y Ledesma.

Así, a fin de ser breve también me remito al resto de las consideraciones efectuadas al respecto por el Dr. Gustavo Hornos, razón por la cual propició también el rechazo de la nulidad pretendida al respecto.

5.- Prescripción e insubsistencia de la acción penal.

En relación a los planteos que cuestionan la vigencia de la acción penal, efectuados por la asistencia técnica de Fabiana Fiszbin, ya he afirmado en la causa 1253/13 y 783/13 "Alsogaray, María Julia s/recurso de casación", reg. 667/14, rta. el 24/4/2014, entre otras,

la imposibilidad de extinción de la acción penal en los delitos cometidos por funcionarios públicos.

Ello así dado que la extinción de la acción penal por prescripción supone una limitación temporal al Estado para la investigación y, eventual castigo de un delito.

Si se ubica pertinentemente la función del derecho penal, en la ratificación de la juridicidad mediante la aplicación de la pena, esto es, la supresión a través de la sanción del modelo social expresado por el autor en el delito, y su sustitución por el modelo social expresado en la ley (por ejemplo que está prohibido a los funcionarios públicos efectuar negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública); y el transcurso del tiempo impide al derecho penal ejercer esa función, la prescripción no puede interpretarse sino como un fracaso.

Ese fracaso tiene vencedores y vencidos evidentes, puesto que las víctimas, o sus deudos, no podrán obtener del Estado la satisfacción de su acreencia de justicia, y los victimarios no deberán soportar en sus bienes jurídicos, ninguna consecuencia penosa.

Pero más trascendente es el fracaso para la vigencia social efectiva del modelo de conducta desautorizado por el hecho del autor. Sólo mediante la aplicación de la pena se establece, como pauta social de conducta, que matar está prohibido, pero no sólo porque esa conducta esté sindicada como prohibida en un código. Resulta en el mejor de los casos una inadmisibles ingenuidad decimonónica, pretender que conforma una pauta social vigente, esto es, que un determinado modelo de conducta *efectivamente* gobierna la vida social, sólo porque está incorporado en el texto de una ley.

Recurriendo a la siempre didáctica ejemplificación, si en una determinada sociedad, todos los funcionarios públicos aumentan su patrimonio de manera injustificada a partir del ingreso a la función, y en ningún caso la justicia establece mediante la aplicación de la pena que esa es una conducta prohibida,



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

entonces en esa sociedad *efectivamente* no está prohibido para los funcionarios públicos aumentar sus patrimonios de manera injustificada durante el ejercicio de la función, a pesar de que esa conducta esté prohibida en una ley penal.

Inclusive resultaría socialmente consentido que muchos ciudadanos de esa sociedad, desarrollen una profunda vocación por ofrecer sus servicios al bien común estatal, como medio *legítimo* de incrementar sus patrimonios.

Ello impone ya considerar el instituto de la extinción de la acción por prescripción como razonable en todo caso, sólo para circunstancias excepcionalísimas, porque el transcurrir del tiempo es una circunstancia de connotaciones claramente culturales, en relación a la cual seguramente existirían tantas concepciones como personas en el mundo, pero ellas no interesan para el derecho penal, y el entendimiento que corresponde otorgarle al mismo dependerá exclusivamente de su trascendencia *para la cuestión penal*, sobre lo cual, como es conocido, no hay uniformidad.

Efectivamente, para los hechos penales definidos como de "lesa humanidad", esto es, para hechos que por sus características repugnan las elementales condiciones de coexistencia universal, sin considerar limitaciones jurisdiccionales nacionales, el *tiempo* de la persecución y la condena es *siempre*.

Pero esa imprescriptibilidad de la acción, no es tratamiento jurídico para la atención excluyente de los hechos de "lesa humanidad", sino que algunos hechos de grave afectación a los "derechos humanos", han sido también, a pesar de la limitación temporal legal, sindicados como imprescriptibles.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que "...la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención, de

conformidad con el artículo 1.1 de la misma. Este deber es una obligación de medio y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios (Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina, sentencia del 26/8/2011, párrafo 112).

En el mismo sentido, he votado en los autos relacionados "Torres Millacura, Iván Eladio s/ recurso de casación", causa 15.925, reg. 1703/12, resuelta el 21/9/12, ocasión en la que sostuve el carácter imprescriptible de los delitos allí investigados, razón por la cual correspondía al Poder Ejecutivo Nacional el despliegue de toda actividad investigativa conducente al esclarecimiento de los mismos, removiendo todo obstáculo, administrativo o judicial, que impidiera una acabada y efectiva reconstrucción histórica de los hechos y permitiera una pertinente sanción de los responsables.

Debe resaltarse que esta obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los culpables de violaciones de derechos humanos ya había sido resaltada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Bulacio vs. Argentina (sentencia del 18/9/03) en donde se destacó que "El derecho a la tutela judicial efectiva exige [...] a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustando así la debida protección judicial de los derechos humanos". Más aún cuando sostuvo que "En cuanto a la invocada prescripción de la causa a nivel de derecho interno [...] este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos". Y, que "De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados,



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos".

Ello es así, puesto que sus autores evidencian una tan ostensible y pertinaz determinación a la falta de respeto a las normas de la convivencia, que reclaman para sí mediante esa determinación, la aplicación de la ley penal de manera correlativa a su propia decisión.

Sin embargo, hay dos circunstancias de la cuestión, sobre las que considero indispensable poner el acento, para fundamentar la postulación de mi temperamento sobre la resolución.

En consideración a la características específicas de los hechos en los que se encuentran involucrados funcionarios públicos, y el marco normativo que se corresponde con el especial tratamiento de esos hechos, constituye una grave afectación al derecho constitucional a la seguridad-legalidad, la normativa que impone disponer la prescripción de los hechos en los que se encuentran involucrados, como se dijo, funcionarios públicos.

Efectivamente, es la Constitución Nacional la que impone el entendimiento que propicio, mediante el elemental derecho humano a la seguridad-legalidad.

Es que tal y como enseña la mejor dogmática constitucional "Al principio de todas las bases de legitimación del Estado se encuentra la seguridad. La seguridad justifica al Estado frente a su alternativa fundamental, la anarquía ... (pero) la renuncia (de los ciudadanos) a la violencia personal no es incondicional. Este sometimiento solamente es válido siempre y cuando el Estado esté dispuesto y tenga el poder de garantizar la seguridad y el sentido de la existencia del ciudadano. Un Estado que no posee el poder para proteger al ciudadano, tampoco tiene el derecho de exigir obediencia. ...Y es que la seguridad es el fin por el cual los hombres se someten a otros; y si de esta forma no se puede obtener esa

seguridad, se anula el sometimiento, y el derecho a la legítima defensa -según su propio juicio- retoma vigencia plena. No se puede suponer que alguien vaya a obligarse a renunciar a todos sus derechos mientras no se garantice su seguridad... La seguridad y la libertad... están inseparablemente relacionadas. Son las dos caras de la misma moneda, diferentes aspectos jurídicos estatales de la misma cuestión: de la vida, de la libertad, de la propiedad de la personas, así como de los demás bienes jurídicos-privados. La seguridad y la libertad designan la integridad de los bienes jurídicos, la primera en relación a los particulares, y la segunda en relación a los poderes públicos. Bajo el primer aspecto, el Estado tiene que evitar agresiones de los ciudadanos entre sí y, bajo el segundo, el Estado debe abstenerse él mismo de agredir a los ciudadanos. ...Pero para proporcionar una seguridad efectiva, en caso de conflicto debe realizar aportes positivos que garanticen la defensa frente a los peligros y para la protección jurídica. El Estado no cumple con su tarea de seguridad solamente mediante la promulgación de las leyes, sino mediante la ejecución eficaz de las mismas. Ello compete fundamentalmente a la administración y a la justicia. La protección estatal constituye el "status positivus" de los ciudadanos y la preservación del derecho, el "status negativus". Ambos status forman una unidad integral. No hay ninguna antinomia entre los valores jurídicos seguridad y libertad... La seguridad se convierte en tarea estatal en caso de que los particulares recurran a la violencia, esto es, toda vez que incumplan con su obligación de comportarse pacíficamente. Esta misma obligación que tiene validez tanto para los ciudadanos entre sí como entre ellos y las instituciones estatales, significa para cada uno que hay que renunciar a hacer justicia por mano propia, buscar la satisfacción del propio derecho en el discurso libre o en el marco de un proceso estatal y someterse a las decisiones jurídicas del Estado, a quien se asigna la última palabra, aunque esas decisiones a los ciudadanos les resulten molestas, tontas o injustas. La



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

obligación de los ciudadanos de comportarse pacíficamente y el monopolio estatal del ejercicio de la fuerza conforman el fundamento de la seguridad. ...La obligación del estado se redescubre en su doble dimensión; la obligación no solo (negativa) de respetar los derechos fundamentales, sino el deber (positivo) de protegerlos. Se trata de los aspectos distintos del deber, que corresponden al mismo derecho fundamental. Ambos aspectos tienen el mismo rango constitucional. ...Sin duda alguna se dirige al Estado el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial de sus derechos privados. La pretensión de que la justicia garantice los derechos es un derecho fundamental del *status positivus libertatis*. A diferencia de lo que sucede con el derecho fundamental a la tutela jurídica frente a la coacción estatal, el derecho fundamental a la tutela jurídica frente a particulares no está expresamente reconocido en el texto de la Constitución. Pero tampoco es necesario, puesto que la garantía de justicia es algo que se sobreentiende. Es la compensación del Estado a cambio de la obligación de comportarse pacíficamente, que le exige a los ciudadanos. Forma parte de los pilares de la paz estatal" (Cfr. Isensee, Josef, "El derecho constitucional a la seguridad. Sobre los deberes de protección del estado constitucional liberal", Traducido por Juan Carlos Gemignani y Teresa Manso Porto, Rubinzal Culzoni Editores, 2014, pág. 17 y ss).

La expresión de la obligación estatal de garantizar la efectiva vigencia de la tutela de los derechos ciudadanos, para el ámbito del derecho penal, está constituida por el principio de legalidad, que con vigencia constitucional y legal expresa -art. 18 de la Constitución Nacional y 71 del C. Penal- impone a los representantes del Estado investigar y sancionar todo hecho punible, y a todos los que eventualmente les pudiera corresponder responsabilidad.

"...La situación jurídica cambia esencialmente cuando los órganos del Estado, abusando del principio de oportunidad o quebrantando el principio de legalidad, de

forma calculada y duradera permanecen inactivos y privan de protección al agredido: proxenetismo político que se deja llevar por las corrientes de opinión pública o mala conciencia a la vista de las situaciones de las que dimanen los abusos, cobardía o permisividad jurídicas, simpatía abierta o encubierta para con la violación a la ley. Las posibles consecuencias son que la agresión antijurídica actual que activa el derecho de defensa desemboque en una lesión jurídica permanente (por ejemplo, la ocupación de viviendas tolerada por las autoridades); que la confianza general en la seguridad pública se destruya y que al poder sólo le suceda el miedo, miedo fundado. No es necesario un gran esfuerzo de especulación filosófica para hacerse una idea de cuál es el *status naturalis* en el que pueden perderse las grandes ciudades..." (Isensee, op. cit., pág. 94).

Además de la clara fundamentación en la positiva obligación del Estado a la tutela efectiva de los derechos, como positiva prestación a la Paz, compensatoria de la obligación exigida a los ciudadanos de comportarse pacíficamente, también se ha ofrecido como fundamentación a la pretensión de legalidad, la fundamentación de la pena de Immanuel Kant, en la Metafísica de las costumbres, en términos que merecen reiterarse: "...cuando una sociedad con todos sus miembros acordara disolverse (por ejemplo, un pueblo que viviera en una isla conviniera dispersarse por el mundo), debería ser ejecutada la pena hasta del último asesino que se encontrare encarcelado, para que todos puedan observar el disvalor del hecho, y si el autor no responde por el homicidio ante el pueblo, que ha exigido ese castigo: el mismo pueblo puede ser observado como partícipe de la lesión a la justicia". Cuando "la justicia se desmorona, ya no tiene más ningún valor, que la gente viva en la tierra", toda vez que "...la pena no es *hipotética*, sino *categoricamente* necesaria, puesto que la ley penal no constituye un imperativo *hipotético*, sino un imperativo *categorico*" (Cfr. Kant, Immanuel, *Metaphisik der Sitten*, Ed. A cargo de Weischedel, Frankfurt, 1993).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Refuerza la argumentación, el especial status de los delitos en los que participan funcionarios públicos en nuestro país, consecuencia de la aprobación mediante la ley 24.759, sancionada el día 4/12/96, e ingresada en vigencia el día 7/11/97, de la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Organización de Estados Americanos el día 29 de marzo de 1996 y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por la ley 26.097.

Las mejores palabras para valorar los hechos aquí considerados, en atención a la alta investidura del cargo ostentado al momento de realizar estas afirmaciones, han sido vertidos por el Dr. Néstor Kirchner, en el mensaje N° 760, fechado el día 18 de Junio de 2004, mediante el que en su condición de Presidente de la República Argentina, reclamara -lamentablemente de manera infructuosa- al parlamento argentino, el otorgamiento de rango Constitucional a la "Convención Interamericana contra la Corrupción", junto a los demás Tratados y Convenciones de derechos humanos. Parafraseando el preámbulo del proyecto de ley afirmaba el Dr. Kirchner: "la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos", afirmando luego con palabras propias que "...ningún derecho humano puede ser efectivamente garantizado cuando el Estado se convierte en un instrumento de corrupción ... La corrupción afecta directamente a los derechos humanos, dado que la corrupción, en tanto distorsiona la distribución de bienes y la regulación de derechos, implica avances ilegítimos del Estado sobre los derechos ciudadanos. La corrupción afecta la universalidad, legalidad y previsibilidad de la acción estatal, que constituyen la primer garantía de todo derecho humano; se trata del 'derecho a tener derechos', que en el decir de Hannah Arendt, es 'el primer derecho'". Expresaba mas adelante, en su afán de convencer a los legisladores, el ex-Presidente: "Esta iniciativa significa avanzar en orden a

brindar nuevos instrumentos tendientes a constituir una sociedad más democrática en el sentido sustancial del término, tratando de remover todo obstáculo a la igualdad como derecho básico esencial en el que se asienta el estado de derecho. ***Precisamente, la corrupción materializada en acciones de los sectores de poder, sean ellos del Estado o de la sociedad no estatal, afecta la igualdad y, como enseña Ferrajoli, los derechos fundamentales son básicamente derechos a la igualdad. El interés de la República en tanto resguardo de la “cosa pública”, se ve directamente afectado por la corrupción, pues mediante el acto de corrupción, el funcionario, que debe velar por el interés público, satisface un interés privado en detrimento de aquel. En efecto, cuando hay prácticas corruptas el Estado se degenera: ya no está al servicio de los intereses de la comunidad, de la búsqueda de mayor libertad e inclusión para el pueblo en su conjunto, sino que por el contrario, se orienta a servir a los intereses de cierto grupo de personas, que usan en beneficio propio los recursos destinados a satisfacer las necesidades de la colectividad, vulnerando de este modo no sólo el esquema más elemental de derechos humanos, sino también la construcción jurídica que sirve de base a nuestra coexistencia como Nación, eso es, el sistema Republicano”*** (El remarcado con negritas y cursiva no aparece en el original).

Con aún mayor elocuencia sobre la situación argentina se ha expedido la Organización de Estados Americanos, en el “informe final de seguimiento del cumplimiento con las condiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción”, elaborado por el Comité de expertos en el mecanismos de seguimiento de implementación de la Convención en la República Argentina, y que fuera aprobado por la Organización de Estados Americanos en la sesión plenaria del día 21 de Marzo de 2013.

En dicho informe se efectuaron las siguientes observaciones y recomendaciones: “revisada la información pertinente [...] que en relación con los Delitos contra la



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Administración Pública, entre los que se encuentran los delitos tipificados en el Código Penal de la Nación (CPN) relacionados con los actos a los que se refiere la Convención Interamericana contra la Corrupción, en el año 2007 prescribieron 18; en el 2008 prescribieron 15; en el 2009 prescribieron 12; y en el 2010 prescribieron 18, para un total de 63 casos de prescripción en esos 4 años. Se observó también que en el año 2007 no se profirió ninguna sentencia absolutoria o condenatoria, para un total de 1 sentencia en esos 4 años”.

Entonces, el Comité remarcó que “teniendo en cuenta que de la información estadística antes aludida se desprende que el número de casos relativos a los que se refiere la misma que terminaron por prescripción (63 en total) es proporcionalmente muy superior al número de casos que terminaron por sentencia (1 en total), le formulará una recomendación al Estado analizado (República Argentina) a fin de que considere efectuar un análisis de las posibles causas de esta, en orden a adoptar las medidas correctivas pertinentes”.

Por lo demás recomendó “Efectuar un análisis de las causas que podrían estar incidiendo en que los Juzgados Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal [...] el número de casos relativos a los Delitos contra la Administración Pública que terminaron por prescripción sea proporcionalmente muy superior al número de casos que terminaron por sentencia, en orden a adoptar las medidas correctivas pertinentes”.

Afirma el informe que “...teniendo en cuenta que de lo anotado en el ‘Informe Anual de Gestión 2011’ de la Oficina Anticorrupción y de la información recabada en la visita *in situ*, se desprende la necesidad de que el Estado analizado considere la posibilidad de efectuar un análisis de los artículos del Código Penal que se refieren a la prescripción, a los fines de introducir las adecuaciones pertinentes para evitar su frecuente aplicación como causa de extinción de la acción penal en los casos de corrupción...”.

Ahora bien, el Estado Argentino se ha hecho eco, en algunas oportunidades, de las recomendaciones de la Organización de Estados Americanos, y recientemente, a partir del fallo "Eduardo Kimel vs. Argentina", ha procedido a la modificación, por aprobación legislativa de un proyecto presentado por el Poder Ejecutivo Nacional, de los artículos que regulan los delitos contra el honor -arts. 109 y sig. Del C. Penal, reformados mediante ley 26.551, publicada en el B.O. el 27/11/2009- en el sentido de las recomendaciones realizadas por la Corte Interamericana en el fallo de referencia.

Una prestación concreta para la paz de parte del Poder Ejecutivo Nacional, en consonancia con la recomendación de la Organización de Estados Americanos en el informe final de seguimiento del cumplimiento con las condiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción, contributivo a la vigencia efectiva, y no meramente declamatoria, del derecho humano a la legalidad, estaría constituido, por una parte, por la remisión al Poder Legislativo de una ley que disponga la imprescriptibilidad de los delitos en lo que hubiere participado un funcionario público, y por la otra, mediante la designación inmediata en todos los juzgados y tribunales vacantes, de jueces elegidos mediante el procedimiento constitucional, esto es, no subrogantes.

Por otro lado, y en relación con lo anterior, cabe tener presente que en el 'Informe Anual de Gestión 2011' de la Oficina Anticorrupción se anota lo siguiente: **'...luego de la última reforma legal en materia de prescripción de la acción penal (instituto receptado en los artículos 62, 63, 64 y 67 del Código Penal) se ha generado un importante número de planteos defensas tendientes a hacer cesar la acción penal en una gran cantidad de causas. En la actualidad, ante diversas interpretaciones jurisprudenciales dadas por ese cambio de legislación, continúa verificándose un elevado número de presentaciones tendientes a lograr la extinción de la acción penal por prescripción.'** - **'Por otra parte, preocupa a esta Oficina un posible escenario adverso para**



la continuación de las causas en fuero federal de la Capital Federal, ya que se han ido suscitado algunos pronunciamientos de gran repercusión, en los que se ha declarado la prescripción de la acción penal de ciertos procesos en los que se ha invocado el agotamiento del plazo razonable para arribar a una sentencia firme”.

En función de todo lo expuesto, el Comité formuló las siguientes recomendaciones:

“5.4.2: Considerar la posibilidad de efectuar un análisis de los artículos del Código Penal que se refieren a la prescripción, a los fines de introducir las adecuaciones pertinentes para evitar su frecuente aplicación como causa de extinción de la acción penal en casos de corrupción” (los destacados me pertenecen).

Sentado cuanto precede, entiendo que las razones que fundamentan la extinción de la acción penal por prescripción de los delitos en los que el Estado no ha podido investigar y sancionar eficazmente a sus eventuales responsables en un tiempo prudencial, resultan incompatibles -al menos- con aquellos casos en que los delitos fueron cometidos por quienes justamente pertenecen a ese sistema que fracasó en su persecución, esto es, a los funcionarios públicos.

Como corolario de lo expuesto, ha de rechazarse el planteo de extinción e insubsistencia de la acción penal seguida contra Fabiana Fiszbin.

6.- Cosa juzgada.-

Respecto al planteo de cosa juzgada efectuado por las defensas de Fiszbin y Fernández, en relación al sobreseimiento dictado en la causa 14000/05 del Juzgado en lo Criminal de Instrucción nro. 1, coincido con los argumentos expuestos por el Dr. Hornos, por lo cual adhiero al rechazo propiciado.

B.- Cuestiones de fondo.-

En líneas generales, más allá de las cuestiones sobre las cuales dejo claro mi pensamiento acerca de la forma en que considero que debe efectuarse el juicio de imputación, he de compartir sustancialmente los

argumentos expuestos por el colega preopinante en cuanto al análisis de responsabilidad de los aquí imputados.

I.- INTEGRANTES DEL CONJUNTO "CALLEJEROS".-

Por cuestiones metodológicas, dividiré el apartado en dos puntos. Primero analizaré la responsabilidad de los integrantes del grupo musical en el incendio ocurrido el 30 de diciembre de 2004, con las consecuentes muertes y lesiones acaecidas allí. Y, en el segundo punto, analizaré la imputación que pesa en su contra respecto del cohecho.

A) 1.- Recital del 30 de diciembre de 2004 en República Cromañón:

Ha quedado suficientemente establecido, y así fue materializado en la sentencia de la Sala III de esta Cámara, que: *"...el día 30 de diciembre del año 2004, en el local 'República Cromañón' sito en la calle Bartolomé Mitre 3060 de esta ciudad, y en momentos en que el conjunto musical 'Callejeros' estaba ejecutando el primer tema del repertorio programado para esa fecha, siendo aproximadamente las 22.50 horas, un o unos sujeto/s no identificado/s arrojó o arrojaron hacia el techo uno o unos artefacto/s pirotécnico/s de tipo candela, cuyas ráfagas de fuego alcanzaron la parte superior del local, más precisamente el sector del techo frente a la cabina del 'disk jockey', en el medio del salón e inclinado sobre las escaleras que conducen a los baños [...] La trasmisión del potencial térmico del elemento pirotécnico que tomó contacto con los materiales revestivos del plano cobertor, entre los que se hallaban el tendido de una media sombra, espuma de poliuterano y guata -todos combustibles-, desembocaron en el desarrollo de un foco ígneo, cuyo proceso combustivo derivó en la formación de una atmósfera nociva para la salud de todas las personas que estaban en el lugar. A su vez, y en lo que respecta a la trayectoria de los productos en combustión, se acreditó que la reacción del material combustible generó la emisión de humo denso y oscuro que fue invadiendo los espacios que se diferenciaban en niveles, los que una vez saturados en sus planos elevados se trasladaron hacia los*



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

niveles inferiores del recinto. La saturación del predio con gases de combustión hizo lo propio en las personas que estaban en el local, y al no ser controlado el foco ígneo, el público se vio obligado a dirigirse de manera intempestiva fuera del predio. No obstante, al estar el establecimiento colmado de gente, en cantidad excesivamente superior a la permitida, y con sus salidas en parte obstruidas y en algún caso 'clausurada', y tomando en consideración que al instante de iniciarse el incendio se cortó la luz en la parte interior del local, denotan el peligro al que se vieron expuestas las personas".

También se afirmó que "...la gran cantidad de víctimas se produjeron como consecuencia del proceso ígneo que provocó una atmósfera con concentraciones de gases tóxicos desprendidos de la combustión, lo que implicó una consecuencia grave y fatal en las personas en un periodo breve de tiempo...".

A los integrantes del grupo "Callejeros", Patricio Rogelio Santos Fontanet, Eduardo Arturo Vásquez, Juan Alberto Carbone, Christian Eleazar Torrejón, Maximiliano Djerfy, Elio Rodrigo Delgado y Daniel Horacio Cardell, se les atribuye el no haber impedido el resultado típico, pudiendo haber interpuesto la conducta debida, hallándose en posición de garantes.

Los factores que coadyuvaron al desenlace fatídico fueron básicamente: a) la sobreventa de entradas (en franco exceso a la capacidad del lugar), b) el ingreso y utilización de pirotecnia, c) el material combustible que contenía el cielorraso (mediasombra) y d) el bloqueo de las salidas de emergencia.

Entonces, debemos analizar si los integrantes de la banda de rock tenían incidencia en estos factores, ya sea porque los generaron, fomentaron o, debiendo hacerlo, no los evitaron, de forma tal que el 30 de diciembre de 2004 se produjo el incendio que ocasionó las muertes y lesiones mencionadas.

En primer término, ha quedado acreditado que la toma de decisiones en el grupo se adoptaban

democráticamente, pues, generalmente en la misma sala donde realizaban los ensayos, se votaba el tópico a decidir y se definía por mayoría.

Esto se constató a través de los dichos de los propios integrantes de Callejeros -incluidos manager y escenógrafo-, quienes fueron contestes en afirmar que los asuntos de la banda eran discutidos y decididos grupalmente. Sin embargo, nada de esto importa sino lo vinculamos directamente con los factores que coadyuvaron al desenlace fatídico. Es decir, lo determinante es si los integrantes de Callejeros tuvieron que ver con el exceso de personas en Cromañón, la pirotecnia utilizada en ese lugar cerrado, el bloqueo de las salidas de emergencia y demás.

a.- Así, se constató que los integrantes de Callejeros tomaron en conjunto la decisión de realizar la serie de tres recitales los días 28, 29 y 30 de diciembre de 2004 en "República Cromañón", teniendo en cuenta factores como la amplitud del local, la vista que había desde el escenario y los accesos viales.

Que intervinieron también en la decisión de poner, al menos, tres mil quinientas entradas a la venta para cada uno de esos recitales, ya que Chabán les ofreció hacerlo con cuatro mil, empero prefirieron reservar las restantes quinientas para los familiares y amigos invitados (ver declaraciones indagatorias de Fontanet, Torrejón y Argarañaz). Respecto a la forma en que repartirían las ganancias, sería un setenta por ciento para el grupo musical, y el treinta restante a Omar Chabán.

Al margen de ello, se constató que el local estaba habilitado para que ingresen mil treinta y ún personas (1031) y esta no era una cuestión arbitraria ni caprichosa. Nótese que el exceso de concurrentes fue una cuestión remarcada y advertida por cada uno de los testigos que sobrevivieron al recital, quienes en sus declaraciones fueron firmes y contestes en afirmar que el lugar "explotaba" de gente, que costaba respirar, caminar, y que el calor era insoportable.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

b.- En cuanto a la utilización de pirotecnia en los recitales de Callejeros, existen numerosas pruebas que dan cuenta que era un común denominador en éstos, extremo que se acreditó a través de los dichos de los testigos, y de los sendos extractos de videos de sus shows exhibidos en el juicio.

Amén de las notas periodísticas en prensa escrita y radial, donde se hace referencia a este tipo de eventos, justamente cuando se inauguró Cromañón tocó allí Callejeros, y en el artículo de fecha 13 de abril de 2004 se mencionó *"Bengala por acá, por allá y por el otro lado también hacían imposible una respiración digna, nada distinto a otros recitales de esa magnitud"*. Otro: *"El show fue caliente. Sin nuevos temas, Callejeros supo mantener al público encendido con bengalas y algunos tres tiros que rebotaban en el techo y bajaban como balas perdidas. Algunos tuvimos miedo de que pasara lo de República Cromañón en el Festival Stone"* (6/5/04). También, *"las bengalas fueron las protagonistas [...] la sucesión continuada de bengalas durante cada tema es una expresión más de este desborde de locura, que sale sin guardabarreras"* (2/6/04) -artículos de revistas "Soy Rock" y "El Acople".

De particular importancia probatoria resulta la entrevista radial efectuada por Juan Di Natale a Patricio Fontanet, Eduardo Vásquez y Diego Argarañaz, en la cual Fontanet afirmó *"No pueden prender más de cincuenta bengalas por tema" y agregó "guárdenlas para el estadio abierto... se viene el estadio abierto... no falta mucho", y que "el problema con las bengalas es que se las saca la seguridad de Obras, cuando nosotros tocamos tratamos de que puedan pasar las bengalas [...] esta vez no manejamos la seguridad y se complica el tema de pasarlas"*.

Fontanet también se expidió en la revista "si se calla el cantor" el 7/10/04, al afirmar *"...no queríamos ir ahí [Obras] porque no nos gustaban un par de cosas. La organización del lugar es distinta a la nuestra. Nosotros queremos que la gente se divierta y no echamos a*

trompadas a un pibe porque prende una bengala como hacen ahí...".

En su valoración probatoria, el voto mayoritario de la Sala III ponderó también la entrevista otorgada por Sebastián Ruiz, del grupo de seguidores de la banda, "La Familia Piojosa". En esta comentó una charla que tuvo con Argarañaz en la que le dijo que ya tenían las bengalas brasileras, que éste le pidió que le llevara una, la prendió y "le dio el ok", le dijo "éntrenlas como puedan".

También se ponderaron audios de recitales, como el de "Showcenter" de 1999, en los que Fontanet dijo: *"muchas gracias, bueno parece que no se puede prender bengalas tampoco, que se yo... Está todo bien con el lugar, pero es una bengala nada más, tanta gente matando en la calle, no? Y prender una bengala..."*.

A su vez, se expidió al respecto Juan Carlos Blander, quien refirió que mantuvo una reunión con Fontanet y Argarañaz con motivo de un recital que se realizaría en el local "Hangar" en ese entonces de su propiedad-, en cuyo marco les informó que no se podía ingresar con pirotecnia, y éstos se molestaron ya que entendían que las bengalas eran parte del folklore del grupo. Posteriormente, y cuando Blander fue contratado para encargarse de la seguridad en el estadio Obras volvió a tener problemas con el grupo Callejeros ya que se secuestraron elementos pirotécnicos de las cajas donde guardaban los instrumentos musicales.

Y, en punto a la impronta pirotécnica de Callejeros, se expidió Aldana Aprea, su jefa de prensa, quien afirmó que más allá de que los integrantes del grupo reconocían que la utilización de esos elementos dificultaba la visibilidad de la escenografía, estaban de acuerdo con que se utilizaran porque daba color al show. Recordó que el día anterior al recital que dieron en el estadio de "Excursionistas", tres integrantes del grupo de seguidores "La familia piojosa" le dieron a Argarañaz dos bolsos llenos de bengalas y tres tiros para que se los entregaran al momento del show. Que en una ocasión le



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

comentó a Argarañaz que no deberían seguir tocando en lugares cerrados debido al humo que generaba la pirotecnia, pero éste respondió que era una característica propia del grupo.

Varios testigos han declarado en el debate que observaron a personas cercanas al grupo -familiares e invitados- repartir pirotecnia desde el sector VIP (cfr. testimonios de Miriam Berruezo y Emiliano Palacios).

Muchas han sido las advertencias efectuadas en relación a la utilización de pirotecnia, antes e incluso ese mismo día.

Ello obedecía al conocimiento que tenían sobre la utilización de pirotecnia, aunado a que sabían de antecedentes de incendios en el lugar, tal como sucedió en un recital de "Jóvenes Pordioseros" en mayo de 2004. Y ello denota que sabían que el techo contenía materiales inflamables, punto sobre el que me expediré más adelante.

c.- Material inflamable en el cielorraso: Tal como ha quedado acreditado a través de los informes periciales, en el cielorraso de "República Cromañón" había espuma de poliuretano, guata y fibra sintética - conocida como media sombra-. Los integrantes de Callejeros sabían que éste podía prenderse fuego con el uso de la pirotecnia que, como mencionamos, accionarían sus seguidores -porque así lo hacían asiduamente-. Y, así lo concluyó el voto mayoritario de la Sala III de esta Cámara, puesto que Argarañaz, Fontanet, Cardell y Carbone reconocieron que sabían de la existencia de incendios previos en el lugar, concretamente, en un recital brindado por "Jóvenes Pordioseros".

Sin perjuicio de ello, esta situación se traslada a cada uno de los integrantes por haber sido exteriorizada en esa misma noche del 30 de diciembre de 2004 por Omar Chabán, y reiterada por Patricio Fontanet, cuando pidieron que dejaran de usar pirotecnia "porque se prende fuego el lugar".

d.- Salidas de emergencia: Se ha acreditado en el debate que: *"el local cuenta con una entrada principal conformada por dos portones de color violeta que permiten*

acceder al sector del hall o de boleterías y una salida de emergencia que da a un corredor de color amarillo (situado del lado derecho visto el lugar de frente). Para ingresar al salón propiamente dicho hay que atravesar las puertas denominadas tipo "cine o vaivén" (son un total de seis) [...] por último, existe un portón -que posee dos hojas, cada una de 2,5 metros de ancho por 3,6 de alto- que se encuentra del lado izquierdo del escenario (visto de frente) que comunica el salón con un corredor de salida de vehículos correspondiente al estacionamiento del hotel "Central Park". Se trata de la denominada "puerta alternativa".

Veamos. Tal como fue constatado, la entrada principal (portones de color violeta) se utilizó para que ingresaran las mujeres y los invitados especiales. La salida de emergencia (la única que se encontraba abierta ese día) estuvo destinada al ingreso de hombres, y obstaculizada con vallas metálicas que obraban de separación con el sector de las boleterías. Ya adentro del lugar -separando al sitio donde se ingresaba con el salón principal- había seis puertas vaivén tipo cine -que obstaculizaron aún más el escape-. Y, por último, a un lado del escenario estaba la "salida alternativa" que fue una trampa mortal para muchos de los asistentes al show, ya que se encontraba cerrada con candado y alambre, lo que impidió que se accionara el "barral antipánico".

El estado de estas salidas de emergencia, era conocido por los miembros del grupo, ya que en horas de la tarde de ese mismo día habían estado en el lugar efectuando la prueba de sonido, además de que los equipos de sonido no pudieron ser ingresados por ese lugar pese a que era de mayor comodidad, precisamente, por encontrarse cerrado de esa manera. Incluso, fue advertido por los integrantes del grupo de socorristas E.S.S.A contratado por la banda de músicos, quienes lo consideraron un tema preocupante.

II.- En definitiva, tal como se ha analizado en este apartado, los factores de riesgo que coadyuvaron al rápido desenlace de esta tragedia tenían directa



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

vinculación con la esfera organizativa del conjunto Callejeros, y cada uno de sus integrantes desde su rol de músicos a quienes el público fue a ver tocar esa noche, tenía la obligación de evitar los riesgos que materializaron los gravísimos resultados letales.

Es que “[u]n riesgo no permitido se realiza cuando para aclarar el daño se necesitan todos aquellos datos del suceso de los que se deriva lo no permitido del riesgo [...] Se trata de invertir el proceso que se sigue en la formación de riesgos (no permitidos): Al igual que la peligrosidad, de acuerdo con la experiencia, de un complejo de condiciones conduce a definirlas prospectivamente como un riesgo, en la realización del riesgo se aclara el resultado retrospectivamente con la concurrencia del riesgo” (Jakobs, Günter, Derecho Penal Parte General, Marcial Pons, 2ª edición, p. 273/274).

También, que “[n]o siempre es responsable una sola persona de un riesgo. Sin embargo, no se presenta dificultad especial alguna cuando son varios quienes ocasionan en común un comportamiento arriesgado...” (Jakobs, op. cit., p. 278).

“Los deberes de relación, al igual que los de injerencia, se refieren en principio (pero no siempre) al aseguramiento de una fuente de peligros, es decir, el obligado tiene que preocuparse de que su ámbito de organización no tenga efectos externos dañinos. Fundamento de los deberes es, pues, la incumbencia o responsabilidad del organizador por la organización interna, excluyendo la de las personas amenazadas en sus bienes. El deber, a causa de la responsabilidad no compartida del titular del ámbito de organización es independiente del comportamiento del que está amenazado por el peligro; en particular, el deber no se anula porque la futura víctima se comporte a su vez imputablemente de modo tedente al daño...”.

“En el ámbito de los deberes de aseguramiento, la injerencia es absorbida por los deberes de relación. El comportamiento precedente es un acto de organización que da lugar a un peligro que obliga al aseguramiento al

titular del ámbito de organización que se ha convertido en peligroso. Responsable de un ámbito de organización es el legitimado para configurarlo y con ello para excluir de él a otras personas. Esta posición se suele alcanzar mediante una acción [...] pero en casos aislados también mediante una omisión..."(op. cit. P. 973).

Entonces, este es uno de los casos en donde una conducta cuyo riesgo se encuentra permitido en la sociedad -aquí, brindar un recital en un lugar cerrado- se transforma en un comportamiento evidentemente delictivo al introducir al mismo elementos -exceso de ocupantes, utilización de pirotecnia, salidas cerradas y material inflamable en el cielorraso- que superan ese riesgo permitido, transformándolo en un riesgo prohibido. Al respecto Jakobs enseña que son casos en que "...un contexto marcadamente delictivo repercute en un comportamiento que de por sí está estereotipado como adecuado en la sociedad" (Günter Jakobs, La imputación Objetiva en el Derecho Penal, Ad Hoc, 1997, p. 90).

De esta manera, los integrantes de Callejeros, al arribar al escenario y observar las marcadas irregularidades y elementos de riesgo antedichos, debieron apartarse de esa situación, cosa que no hicieron razón por la cual deberán responder por ello, "...el porqué de la responsabilidad no estriba en los acuerdos tomados, sino en la común competencia por una configuración del mundo que genera un riesgo no permitido" (Jakobs, "La imputación...", op. cit., p. 93).

Esta autoría se verifica no ya por acción, sino por omisión en la conducta de los encartados, ya que contribuyeron al resultado fatal al no resistir, rechazar o revocar el ingreso al riesgo prohibido que significó brindar un espectáculo musical con aquellas características.

Mucho se ha dicho y cuestionado, particularmente a lo largo de las etapas que transitó esta causa, acerca de la validez - constitucionalidad de los delitos de comisión por omisión. Y aún en el marco de la audiencia de informes realizada ante esta Sala, las



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

partes afirmaron la intrascendencia de la discusión pues no resulta posible que exista comisión por omisión en los delitos culposos.

Empero, ello sí resulta posible pues *“Por lo que se refiere a la supuesta existencia de un deber de cuidado o de una infracción de cuidado que caracterice la imprudencia, en esta no hay -como en el dolo- más deber que el que surge de la norma, y sólo este deber se infringe: En la comisión imprudente, el autor debe omitir el hecho, y en la omisión imprudente debe realizarlo (¡cuidadosamente!)”*.

Es que, precisamente nos encontramos ante un caso de imprudencia por lo emprendido, en que *“...el autor ya en el instante anterior es garante de la calidad de un comportamiento posterior (existe [...] un paralelismo con los supuestos denominados según la terminología usual como de comisión mediante omisión). Tanto el comportamiento del hecho (el emprender) como el comportamiento inevitable subsiguiente pueden consistir en una acción o en una omisión...”* (Jakobs, Derecho Penal Parte General, Marcial Pons, 2ª edición, p. 389 y ss).

B) COHECHO. -

La existencia del pago espurio al Comisario Díaz, de la policía federal por parte de Chabán y Argarañaz ha quedado establecida en forma firme en el fallo impugnado.

Por lo tanto, en la presente únicamente debemos determinar si los integrantes de Callejeros participaron de alguna manera en aquella maniobra.

Tal como se ha acreditado el carácter de co-organizadores del evento de los miembros de Callejeros, esto se refleja necesariamente en todos los aspectos del desarrollo del espectáculo, no sólo aquellos a los que hemos hecho mención anteriormente.

Pues, las aristas analizadas permiten vislumbrar que los integrantes del grupo tenían conocimiento que iba a realizarse un pago espurio a la policía, que fue acreditado con certeza. Es que tal como lo han sostenido sucesivamente los acusadores público y

privado, condición indispensable para la realización del show en las irregulares condiciones que fueron remarcadas era la ausencia del debido control policial, y éste se materializó con la connivencia de los funcionarios policiales que de esta forma, pese a estar presentes en el lugar -con un móvil y carro de asalto en la esquina de Cromañón- nada hicieron en punto a las notables infracciones que allí ocurrían.

El argumento de que el pago a ellos efectuado se trataba de un canon relativo a la contratación de servicio adicional cae por su propio peso, pues conocidas que eran las palmarias infracciones que ocurrieron en el marco del recital, la presencia "regular" de policías de modo alguno podría haber permitido la realización del evento en esas condiciones, desde el ingreso al lugar de 4 veces la cantidad de personas para su capacidad, la pirotecnia, ingreso de menores y demás.

Más aún, cuando el dinero abonado a aquellos funcionarios era sacado de las arcas del grupo musical, y más allá de tratarse una suma pequeña o grande, era dinero que luego dejaba de ser percibido por cada uno de sus integrantes por ser los gastos prorratedos entre ellos, de modo tal que no resulta creíble que desconocieran qué sucedía con esas sumas, si justamente aceptaban dejar de percibir las como "inversión" para que pudieran recaudar muchísimo más con la realización de un recital de forma totalmente irregular.

En consecuencia, entiendo que respecto de este punto tampoco se advierte arbitrariedad en el análisis realizado por los integrantes de la Sala III de esta Cámara.

II. - FUNCIONARIOS PÚBLICOS. -

En el caso de los imputados Torres, Fiszbin y Fernández, deben efectuarse ciertas consideraciones relacionadas a los roles de funcionarios públicos que desempeñaban a la época de los hechos.

Recordemos que **Gustavo Torres** era Titular de la Dirección de Fiscalización y Control del GCBA desde el 12/10/04 -decreto 1874/04-; **Ana María Fernández,**



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Directora Adjunta de la misma Dirección de Fiscalización y Control desde el 26/8/04, y previamente (desde el 13/1/04 hasta el 25/8/04) se desempeñó como Coordinadora General de la Unidad Polivalente de Inspecciones - decretos 37/04 y 1563/04-; y **Fabiana Fiszbin** se encontraba a cargo de la Subsecretaría de Control Comunal del GCBA, por encima de Torres y Fernández, desde el 12 de diciembre de 2003 (decreto 2718/GCBA).

En sus respectivos recursos cada uno de ellos se esfuerza por demostrar que no estaba a su alcance, o entre sus funciones, la inspección y clausura del local Cromañón.

Pero olvidan que sus particulares roles los erigían como responsables de evitar un evento fatídico como el que a la postre ocurrió el 30 de diciembre de 2004.

Hay que precisar, en forma previa, que "...en los delitos de dominio se incumple un mandato general que incumbe a cualquier persona y que tradicionalmente halla expresión en el aforismo *neminem laedere*. Los delitos de infracción de un deber presuponen, por el contrario, el incumplimiento de mandatos especiales de los que son destinatarios ciertos grupos de personas. Ciertamente, esta diferenciación merece ulteriores precisiones a la luz de la complejidad de las relaciones sociales y de las posibilidades de acción del ser humano y el desarrollo individual no se realizan, de forma exclusiva, dentro de la esfera de organización de cada uno, sino que cada vez son más frecuentes actuaciones en organizaciones ajenas que se asumen como propias, y actuaciones que dependen, de vinculaciones institucionales. En este sentido, las instituciones, en cuanto dotan de forma el modo de organización de una sociedad, son fuentes de expectativas y condicionan, de este modo, las esferas de actuación de las personas vinculadas por dichas instituciones..." (Suárez González, Carlos; "Los delitos consistentes en la infracción de un deber", en *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros*

problemas actuales del derecho penal, Grijley, Perú, p. 152 y ss.)

Es que, "Como es conocido, los delitos de infracción de un deber (Pflichtdelikte) deben su formulación a Roxin, quien desarrolla la categoría a los efectos de establecer reglas especiales de autoría y participación en determinados delitos comisivos, de los que constituye el paradigma los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo [...] lo determinante para la autoría no es la 'condición formal de funcionario', ya que si así fuera, cualquier delito cometido por quien ostente dicha condición habría que considerarlo delito de funcionarios. Lo relevante es el deber específico de tener encomendado un cometido concreto [...] Las consecuencias dogmáticas que se extraen en el ámbito de la autoría y la participación son las siguientes: en lo que concierne a la coautoría, en los delitos consistentes en la infracción de un deber no opera el presupuesto del dominio del hecho. Lo relevante es la vulneración del deber, y ello aun cuando, en el caso concreto, no exista una dependencia funcional en el sentido de la teoría del dominio del hecho..." (Suárez González, Carlos, op. cit., p. 152 y ss.).

Sentada esa premisa básica, y sin perjuicio de la consideración del hecho desde la pertinente óptica de los delitos de infracción institucional que más adelante desarrollaré, me encuentro en condiciones de afirmar que el análisis fáctico efectuado por los magistrados que conformaron la mayoría de la Sala III de la CFCP resulta ausente de las tachas de arbitrariedad que se le atribuyen.

Veamos. Por debajo de la **Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana del GCBA**, se encontraba la **Subsecretaría de Control Comunal** [a cargo de FABIANA FISZBIN], que tenía entre sus responsabilidades primarias "ejercer y coordinar en forma integral el poder de policía en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires"; "ejercer el contralor y el poder de policía mediante la aplicación de las normas específicas en



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

materia de habilitaciones, seguridad, calidad ambiental, higiene y seguridad alimentaria y salubridad" y "supervisar y coordinar acciones polivalentes con la Unidad Polivalente de Inspecciones" (Decreto 2696/03, Anexos II/IV, a, b y d).

Dependiendo de ésta -en un grado inferior-, se creó a la **Dirección General de Fiscalización y Control** (decreto 1563/04) [a cargo de **Gustavo Torres** como Director General y de **Ana María Fernández** como Directora General Adjunta], asignándosele "función crítica alta". Esta Dirección tenía como funciones, entre otras: "asistir al Subsecretario en los temas de su competencia"; "ejercer el poder de policía en materia de habilitaciones y permisos que se refieran a establecimientos [...]"; "confeccionar órdenes de inspección e instrumentarlas en la órbita de su competencia"; "practicar intimaciones"; "practicar clausuras cuando las circunstancias así lo requieran y ratificar las clausuras inmediatas y preventivas"; "verificar el cumplimiento de las clausuras dispuestas, entender sobre las violaciones de clausuras y efectuar las denuncias correspondientes", "coordinar operativos de verificación y control que requieran de un abordaje integral del poder de policía que ejerce el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires"; "tramitar las denuncias recibidas"; *"analizar y resolver las actuaciones relevadas y pendientes de tramitación por parte de la ex Dirección General de Verificaciones y Control"*.

Paralelamente, se crearon por la disposición nro. 424/DGFyC/2004 seis unidades de coordinación a cargo de la Directora Adjunta de la D.G.F.C [Fernández], y se delegó en ésta las funciones de: "estructurar un esquema que permita determinar eventuales violaciones de clausuras impuestas por la Dirección General y solicitar, en su caso, el reimplantamiento de éstas".

En definitiva, en la época de los hechos aquí estudiados, correspondía en primer lugar a **Fabiana Fiszbin** el ejercicio del control y el poder de policía en habilitaciones y seguridad; así como también a **Gustavo**

Torres -y a **Ana María Fernández** como su co-directora- les competía la tarea de asistencia en esos temas, ejercicio del poder de policía en materia de habilitaciones y permisos que se refieran a establecimientos, así como también debían confeccionar e instrumentar órdenes de inspección, realizar intimaciones y practicar y ratificar clausuras inmediatas y preventivas.

De esta forma, resulta indiscutible que Fiszbin, Torres y Fernández eran, desde la órbita de la administración pública, los responsables de evitar que, a raíz de las extensas irregularidades e incumplimientos en materia de seguridad, se desencadenara un hecho como el que aquí ocurrió. Y no lo hicieron, ya que en ningún momento se ocuparon de inspeccionar el local "Cromañón", lo que por supuesto podían y debían realizar de oficio ya que sus funciones así lo indicaban, pero ni siquiera se ocuparon de hacerlo luego de la denuncia efectuada por el Defensor del Pueblo Adjunto, Atilio Alimena, que motivó la formación de la actuación nro. 631 en el área de la Secretaría.

Por un lado, en la órbita señalada de cumplimiento de inspecciones, se ha logrado reconstruir en esta extensa investigación y debate, que a raíz de que las reparticiones públicas mencionadas se habían visto involucradas en casos de corrupción, tanto en la Unidad Polivante de Inspecciones -cuyas funciones fueron absorbidas junto con las de la Unidad de Evaluación y Resolución de Actuaciones ("U.E.R.A") por la Dirección General de Fiscalización y Control- se estableció un sistema de trabajo según el cual se celebraban reuniones los días lunes (a cargo de la titular de la Secretaría Fabiana Fiszbin, junto con Alfredo Ucar -coordinador de inspectores-, Ana María Fernández -coordinadora general de la entonces UPI, Rodrigo Cozzani -coordinador operativo- y Juan Carlos Loupías -asesor de la Subsecretaría de Seguridad; y luego de la disolución de la UPI se incorporó Gustavo Torres) a fin de definir los locales que durante el curso de esa semana serían inspeccionados por el personal habilitado. Y, esa nómina



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

se efectuaba, en la práctica, atendiendo *exclusivamente* a las denuncias que hubiesen sido recibidas en dichas áreas, pues se analizaban los reclamos y así se decidían las inspecciones a realizar en el área nocturna y la vía pública.

Debe precisarse que en dicha órbita existían dos disposiciones que indicaban que ante el incumplimiento de la ley 118, si se trataba de un establecimiento que hubiese sido intimado a cumplirla o bien si se encontraban afectadas las condiciones mínimas de higiene, seguridad y funcionamiento, debía procederse a la clausura inmediata y preventiva (272/DGFyC/2004 y 336/DGFyC/2004).

Del formulario "Informe de Inspección" que se otorgaba a los inspectores, entre los ítems a examinar en los locales de bailes clase "a", "b" y "c" se encuentran: exhibición de libros, certificados y planos del lugar - plancheta de habilitación, certificado de transferencia, plano de habilitación aprobado, plano de ventilación mecánica, certificado de habilitación anual de la Superintendencia de Bomberos, plano final de incendios, certificado de tratamiento ignífugo -en caso de tener revestimientos de madera, cielorrasos, cortinas, etc.-, verificación de aspectos arquitectónicos, de seguridad y funcionamiento -señalización de medios de salida, cantidad, ubicación y condiciones de matafuegos e hidrantes, número y condiciones de los medios de salida, iluminación de emergencia, cumplimiento de la ley 118-, higiene y funcionamiento. También debía verificarse que no hubiera sobre ocupación (art. 2.1.3 de la ley 451), consignándose la capacidad del local y cotejándose con la cantidad y capacidad de los medios de salida y de sanitarios existentes.

Hasta aquí me he referido a la extensa normativa que fundamenta que los inspectores dependientes de los aquí imputados debían realizar el contralor del local "Cromañón" en forma oficiosa.

Empero, existen otras circunstancias que agravan aún más su posición, pues colocan sobre su cabeza

no sólo aquella obligación en materia de prevención, sino ya más bien en forma concreta, la necesidad urgente e imperiosa de realizar la inspección.

Y estas se relacionan con las gestiones y denuncias que fueron efectuadas desde inicios de ese mismo año 2004.

Así pues, el 27 de enero de 2004 se inició la Actuación nro. 631/04 a instancias de la Defensoría del Pueblo de la Nación, en cuyo marco se requirió a la Subsecretaría de Control Comunal que informara la cantidad de locales de baile habilitados en la ciudad y su situación respecto a las instalaciones de medidas de prevención de incendios.

Así, el 29 de enero de 2004 se solicitó al Jefe de la División Prevención de Incendios de la Superintendencia de Bomberos de la PFA que detallara la nómina de locales que habían solicitado la inspección y certificación inicial, así como también los locales que cumplían con la ordenanza 50250.

De esta manera, el 5/2/04 el Comisario Corbellini dio respuesta informando la nómina de los locales que tenían vigente el certificado de bomberos, de aquellos que no lo habían renovado y de los que nunca habían sido aprobados.

El 20/2/04 Fabiana Fiszbin elevó la respuesta (CR 2704 - MGESYA-2004 informe 00748-SSCC-2004).

En razón al "alto incumplimiento a las normas vigentes por parte de los responsables de los locales de baile", el Defensor Adjunto, Atilio Alimena, emitió una resolución datada 5/5/04 por la cual requirió a la Subsecretaría de Control Comunal que "arbitre todos los medios a fin de intimar a los locales de baile clase 'c' al estricto cumplimiento de las normas vigentes, especialmente lo referido a la Ordenanza 50.250" bajo apercibimiento de aplicarse las sanciones pertinentes. Además, aclaró que el incumplimiento de las normas de seguridad contra incendio (Ordenanza n° 50.250) y otras, referidas al funcionamiento de locales bailables", ponía



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

en peligro la vida de más de 400000 personas por fin de semana".

Una vez que esta solicitud ingresó en la Subsecretaría de Control Comunal (17/5/04), Fiszbin dispuso la intervención de la Unidad Polivalente de Inspecciones, que la recibió el 26/5/04.

Sin obtener respuesta alguna, el 5/8/04, Julio Spina -Director General de Áreas Temáticas de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires-, requirió a la UPI que remitiera un listado de los locales de baile clase "c" que habían sido inspeccionados en el transcurso de ese año (2004), detallando las clausuras impuestas, los motivos y si mantenían la sanción.

A su vez, la Superintendencia de Bomberos envió una nota a la Defensoría del Pueblo -fecha 18/11/04-, haciendo saber que hasta el mes de octubre anterior el setenta por ciento de los 200 locales que se encontraban a esa fecha habilitados y en funcionamiento, no cumplió con lo normado en la ordenanza 50.250.

Empero, previo a la tramitación de todas estas actuaciones, se celebraron distintas reuniones entre los representantes de la Defensoría del Pueblo -el nombrado Alimena y su colaborador Antonio Fernández- y la Subsecretaria de Control Comunal, Fabiana Fiszbin, en relación a los locales de baile, estaciones de servicio, shoppings y la problemática relativa a probabilidad de incendios, medios de escape y prevención.

Según se expidió Alimena, en aquella ocasión Fiszbin afirmó que no tenía claro conocimiento sobre la normativa aplicable, ni de las resoluciones anteriores de la Defensoría, por lo cual solicitó unos días para ponerse al tanto y ver cómo estaba "la situación". Incluso recordó que le mencionó lo ocurrido años atrás en "Kheyvis" para despertar el interés de Fiszbin.

Que la segunda reunión se llevó a cabo en mayo de 2004 y además de Alimena, Fernández y Fiszbin participaron la coordinadora de asesores de esta última, Carmen Prusak, ocasión en la cual le entregaron una copia de la resolución del 5/5/04 (en la que solicitaban a la

Subsecretaría de Control Comunal intimar a los locales de baile clase "c" al cumplimiento de la ordenanza 50250) en el marco de la actuación 631/04 para agilizar el trámite.

Respecto de la ordenanza 50250, a efectos de habilitar un local se requería la presentación de un certificado de condiciones contra incendio, expedido por la Superintendencia de Bomberos, el cual tenía vigencia anual, sin perjuicio de lo cual no había un seguimiento por parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en virtud de lo cual existían locales que seguían funcionando pese a tener el certificado correspondiente vencido.

Así, Alimena les sugirió publicar un aviso en el diario estableciendo un plazo de diez días para que los boliches regularicen la situación, de lo contrario se procedería a su clausura. Que le advirtió a Fiszbin que si los locales no cumplían con la normativa no podían seguir funcionando.

La mencionada Pruzak refirió que le presentaron a Alimena un padrón confeccionado por la Superintendencia de Bomberos de los locales de baile, empero como era obsoleto ya que se registraban sitios que no eran locales de baile, se encomendó a Ana María Fernández -como titular de la Unidad Polivalente de Inspecciones- que lo depurara.

Alimena también se expidió en relación a lo que sucedió después de la publicación del 26 de mayo de 2004 en el Diario Clarín titulada: "Una señal de alarma: Capital Federal relevamiento de la Defensoría del Pueblo Porteña. El 86% de las discos no cumplen con las medidas de incendio. De 258, sólo 36 tienen el certificado de seguridad obligatorio que dan los bomberos. En los locales debe haber salidas de emergencia y matafuegos, entre otros requisitos. Los empresarios admiten el problema". Indicó que la intención de la publicación era hacer que los funcionarios públicos involucrados se apuraran, pero que Fiszbin le reclamó que "no era justo".



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Que hasta ese momento, el GCBA visitaba los locales y los intimaba a cumplir con la Ordenanza 50250, y que ante el reclamo de Alimena de que no permitiera la apertura de los locales que no contaran con el certificado de bomberos, Fiszbin le respondió que como estaba la situación debía ordenar la clausura de más de un centenar de locales y para ello se requería de una decisión política que la excedía.

Entonces, corresponde analizar si la defectuosa fiscalización de los imputados ha sido una de las razones que explican el desgraciado suceso.

Y la respuesta no puede ser otra que la afirmativa. Y ello así no sólo por la estricta función que les competía a cada uno de ellos, que tenían bajo la órbita de su competencia el contralor del cumplimiento de las medidas de seguridad en general, y en particular aquellas relacionadas con la prevención de incendios -tratamientos ignífugos, cantidad y adecuado funcionamiento de matafuegos, salidas de emergencia, iluminación de emergencia y demás-; sino también porque el conocimiento de las irregularidades palmarias que adolecían los locales bailables de la ciudad en general, además de ser su exclusiva responsabilidad, les fue remarcado y notificado por el Defensor del Pueblo de la Ciudad por escrito -actuación 631/04-, personalmente -al menos en tres reuniones sobre el tema- y por un medio periodístico escrito de gran circulación en el país como es el Diario Clarín.

Entonces, que ahora intenten deslindar su responsabilidad argumentando que no sabían la situación en la que se encontraba República de Cromañón resulta una explicación rayana a la ridiculez, pues si no lo sabían es justamente porque hacían muy mal su trabajo, y porque hicieron tan mal su trabajo es, entre otras razones, que se produjo el incendio que acabó con 193 vidas la noche del 30 de diciembre de 2004.

No alcanza con sostener, como lo pretenden los funcionarios públicos imputados, que en sus gestiones libraron tantas intimaciones, clausuraron tantos locales

o bien, si carecían de los medios adecuados y suficientes para realizar sus labores. Pues aquí no estamos analizando si sus gestiones fueron más o menos satisfactorias en términos generales de efectividad. Por el contrario, estamos juzgando la responsabilidad que les compete en la NO inspección del local "Cromañón", de forma tal que con esa omisión se permitió que abriera sus puertas el día en cuestión adoleciendo de las notables, palmarias y gravísimas irregularidades tantas veces señaladas en la causa.

Y, justamente, sus defensas argumentan, a mi entender, la peor de las justificaciones. Es que no pueden escudarse en que ni siquiera conocían República de Cromañón. Es que de esta manera caeríamos en el error de premiar a los funcionarios públicos por su mala gestión: mientras peor hayan realizado su labor, mejor les vendría a la hora de analizar su responsabilidad. Si en su órbita de trabajo debía impedirse que un local en las condiciones en que se encontraba Cromañón funcionara a efectos de dar un recital masivo -por supuesto sin habilitación para ello, ni siquiera para funcionar a los fines que correspondían-, ¿Por qué los eximiríamos de responsabilidad en el caso de que no conocieran su existencia, si estaba o no habilitado, si tenía o no vencido el certificado de bomberos?

Por qué deberíamos detenernos a analizar estrictamente cuánto sabían de las condiciones del lugar, en qué caja guardaron las actuaciones correspondientes a la denuncia de Alimena, si leyeron o no la nota del Diario Clarín, o si, por casualidad alguien les comentó que una banda de rock ¡daría un recital en un boliche sin habilitación!.

Pues es tan responsable el que no realiza la conducta debida pudiendo hacerlo, como el que debía conocer para así evitar, y sin embargo no lo hizo.

Es que la actividad de los funcionarios públicos sostiene la vigencia de los derechos de los ciudadanos, y entre ellos se encuentra el derecho a la



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

seguridad, en toda actividad que dependa de la autorización estatal para funcionar.

Quien desee ascender al Aconcagua habrá de soportar por sí solo y personalmente, los riesgos que esa actividad conlleva para su integridad física, y para su vida.

Por el contrario, quien desee asistir a cualquier evento que reclama autorización estatal, debe poder confiar en que el Estado, que es quien ha autorizado el evento, le habrá de garantizar la seguridad en el desarrollo del mismo.

El incendio en República Cromañón no ha sido un suceso *natural*, esto es, un suceso que puede explicarse atribuyendo su acaecimiento a fortuitas e incontrolables fuerzas naturales.

Se trata de un hecho cuyo acaecimiento sólo ha sido posible merced a una *gravemente defectuosa* fiscalización estatal de las condiciones de seguridad, esto es, un evento que sin el incumplimiento de los deberes de fiscalización a cargo de los aquí condenados, no habría sucedido.

Y corresponde establecer con claridad que no puede admitirse bajo ningún aspecto el argumento de la imposibilidad de fiscalización de la estructura administrativa, puesto que estaríamos entonces partiendo del erróneo presupuesto de que la habilitación para el funcionamiento de República Cromañón no hubiera sido también, al igual que la fiscalización de la *continuidad de las condiciones de seguridad*, un hecho de la administración municipal.

La administración municipal debe garantizar seguridad en toda actividad por ella autorizada, y ello comprende la habilitación original, y también la fiscalización durante todo el tiempo en que el servicio de que se trate continúe desarrollándose.

Además, recordemos que la actividad desarrollada en República de Cromañón distaba de ser clandestina. Chabán brindó distintas notas periodísticas anunciando que allí se celebrarían recitales de rock para

3000-3500 personas (23/3/04 en Diario La Razón). Y, concretamente, la serie de recitales brindados por Callejeros en ese lugar fue promocionada incluso en el Diario Clarín, en la revista "Llegás a Buenos Aires", y a través de volantes publicitarios.

Y, recordemos que según las pruebas obrantes en autos, en el año 2004, las inspecciones de locales de baile en toda la ciudad de Buenos Aires fueron escasas más allá de los recursos -pues tal como surge de las constancias de autos en el mes de diciembre se realizaron menos de quince inspecciones, ¡cuando se contaba con 137 personas con poder de policía para realizar clausuras!

En cuanto a los delitos de funcionarios públicos, que comparto con la doctrina especializada en su categorización como delitos institucionales "El rol que entra en juego en estos casos no es únicamente el rol persona (como en el Derecho abstracto de HEGEL), sino el de la persona en su rol de padre, madre, tutor o administrador, etc., o en su rol nexa con los deberes positivos del Estado, v. gr. en su rol de policía (seguridad interior), de juez (prestación de justicia), de cargo público, etc. (como en la eticidad de HEGEL) [...] En estos deberes positivos se basan los delitos de infracción de deber, como, al menos en sus consecuencias, se deduce de las palabras del fundador de dicha categoría de delitos. En efecto, según ROXIN, como vimos, no se trata únicamente de que el autor no perturbe en esferas de libertad ajenas, que él <desde el punto de vista jurídico ha de dejar intactas> (neminem laede), sino, por el contrario, estamos ante mandatos que protegen la <capacidad funcional> de <ámbitos de la vida ya preformados> (las instituciones positivas). En la formulación de JAKOBS se trata de deberes que obligan <a la conformación -completa o parcialmente- de un mundo en común>. El Derecho Penal no se agota, por tanto, en el aseguramiento de esferas de libertad externas de forma negativa, sino que exige, en ocasiones, el establecimiento de relaciones positivas que se basan en instituciones positivas y que encuentran su expresión en



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

los delitos de infracción de deber..." (Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier; "Delito de infracción de deber y participación delictiva", Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 101 y ss.)

Es que "... en palabras de Hans Kelsen: <mandar y prohibir no son dos funciones diferentes del ordenamiento del Estado, sino que, atendiendo a su naturaleza, son lo mismo; el prohibir puede ser formulado igualmente como mandar, y el mandar como prohibir, dependiendo si se parte de la acción o de su opuesto contradictorio, la omisión: una acción mandada es una omisión prohibida y una omisión mandada es una acción prohibida. Si se parte de acciones y omisiones mandadas, esto es, debidas, entonces, establecer también acciones y omisiones prohibidas resulta en realidad superfluo, puesto que las omisiones mandadas son lo mismo que las acciones prohibidas y las acciones mandadas se identifican con las omisiones prohibidas>".

Y, "...el obligado positivamente que quebranta su deber responde siempre como *autor* de un delito de infracción de deber. Es indiferente si junto a dicho obligado coadyuva para la producción del resultado típico un actuante -con o sin dominio del hecho-, un omitente o, simplemente las fuerzas de la naturaleza: el obligado siempre responde como autor. En efecto, independientemente de la importancia de su contribución o de su dominio del hecho [...], el suceso incumbe al obligado especialmente a causa de la lesión de su deber. Su quebranto de los deberes que le impone la institución positiva le convierte siempre en completo incumbente..." (Sanchez Vera, op. cit. P. 110).

Y, puntualmente en cuanto a los agravios señalados por las defensas en relación a que carecían de los medios suficientes para llevar a cabo las labores debidas, es decir, materializar las inspecciones de los locales bailables de modo tal de clausurar aquellos que no cumplieran con las normativas pertinentes, he de compartir, amén de lo expresado, el acabado análisis efectuado por la Sala III en relación al notable aumento

de dotación de inspectores al tiempo en que sucedió el hecho en comparación a las gestiones anteriores.

En conclusión, entiendo que Fiszbin, Fernández y Torres deben responder como autores, por infracción de deber, del delito de incendio culposo seguido de muerte en concurso ideal con el delito omisión de deberes de funcionario público.

En cuanto al delito de omisión de deberes de funcionario público, previsto en el art. 249 del CP, reprime al funcionario público que omite, rehúsa o retarda algún acto del oficio, y en el caso de los imputados se ha corroborado que no han cumplido la tarea que sus funciones asumidas le imponían, que era realizar la inspección del local Cromañón y, ante el cúmulo de irregularidades que adolecía, realizar la clausura del lugar.

Respecto de la pretendida violación al principio de congruencia invocada por las defensas de Fiszbin, Fernández y Torres en sus recursos, cabe destacar, a modo de ejemplo, que de la sentencia del tribunal oral surge que la querrela encabezada por el Dr. José Iglesias abrió el debate acusando a Fiszbin porque "en ejercicio de las funciones inherentes al cargo que desempeñaba, hubiera omitido disponer las medidas necesarias para que el local 'República Cromañón' fuera inspeccionado cada 120 días, de conformidad con lo previsto en el art. 22 de la ordenanza 51.229. Con pleno conocimiento de la situación y del riesgo que importaba mantener locales bailables "clase 'C'" sin la correspondiente inspección y teniendo facultades como para decidir sobre los lugares a controlar, Fiszbin omitió disponer inspecciones en el local "República Cromañón", derivándose de ello el narrado desenlace".

A Torres, le imputó que "en ejercicio de las funciones inherentes al cargo que desempeñaba, hubiera omitido disponer las medidas necesarias para que el local "República Cromañón" fuera inspeccionado cada 120 días, de conformidad con lo previsto en el art. 22 de la ordenanza 51.229. Con pleno conocimiento de la



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

situación y del riesgo que importaba mantener locales bailables "clase "C"" sin la correspondiente inspección y teniendo facultades como para decidir sobre los lugares a controlar, Torres omitió disponer inspecciones en el local "República Cromañón", derivándose de ello el desenlace que todos conocemos".

Y respecto de Fernández sostuvo que "Las omisiones de Fernández son idénticas a las endilgadas a Gustavo Torres, por lo que aquéllas se dan por reproducidas. Tales omisiones de Fernández permitieron que el 30 de diciembre de 2004 "República Cromañón" funcionara en las condiciones en que lo hizo, y se desatara el incendio que terminó con la vida de 193 personas y provocó lesiones a otras 1524".

Del resto de las imputaciones y alegatos efectuados por las querellas y la fiscalía surgen las mismas circunstancias. Independientemente de los preceptos legales en los que encuadraron esas conductas/omisiones fueron contestes en reprocharles a los funcionarios públicos la omisión del debido cumplimiento de las tareas que les competían -inspección y clausura del local bailable-. Y, a los efectos del principio de congruencia lo que interesa es justamente, que el hecho les haya sido reprochado con las aristas que luego permitan su encuadre típico en una u otra norma, sin que estas normas contengan elementos típicos puntuales que excedan al reproche fáctico efectuado oportunamente.

Esto no sucedió en el caso de autos, ya que Fernández, Fiszbin y Torres tenían más que claro que se les endilgó el no cumplimiento de sus deberes públicos al omitir realizar la inspección debida de forma tal que advertidas las sendas irregularidades contenidas en Cromañón, se procediera a su inmediata clausura.

Por ende, entiendo adecuada la calificación del hecho también en esta figura tipificada en el art. 249 del digesto de fondo, bajo las reglas del concurso ideal.

La forma en que cada uno de ellos deberá responder es la autoría (individual) ya que "...donde la

lesión del deber es suficiente para fundamentar la autoría y el legislador así lo ha recogido expresamente en la misma letra de la ley del tipo: todas las formas de intervención se encuentran equiparadas bajo el manto de la autoría. Un claro ejemplo de ello son los delitos de funcionarios" (Sánchez Vera, op. cit., p. 184).

Por último, resta aclarar que si bien la imputada Fiszbin a través de su defensa solicitó erróneamente la revisión del fallo del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 24, alegando los errores sustantivos y adjetivos que a su criterio contenía esa sentencia, cuando, tal como ha quedado claro, y si así no fuera le fue aclarado por esta Sala a fs. 74349/74354, la sentencia que en tal caso debía impugnar era la emanada de la Sala III de esta Cámara Federal de Casación Penal; de todos modos hemos procedido a la revisión de la sentencia pertinente para garantizar el derecho al recurso de la imputada pese a la falencia del letrado.

III.- RAÚL ALCIDES VILLARREAL.-

El voto mayoritario de la Sala III de esta Cámara Federal consideró que Raúl Alcides Villarreal era responsable del delito de incendio culposo, teniendo en cuenta que "vendía entradas en boletería, practicaba liquidaciones, dirigía al personal de seguridad y disponía su número, manejaba el ingreso de espectadores flexibilizando los controles en algunos casos, indicaba a los nuevos empleados las tareas que debían realizar, decidía sobre el estado de las puertas durante el desarrollo de un espectáculo, daba órdenes del inicio del ingreso de los espectadores ante la ausencia de Chabán...".

También se ponderó que "estaba al tanto de la situación de peligro en que se realizaban los recitales en el local, como así también de aquella que concretamente se configuró la noche de los hechos [...] sabía perfectamente la dificultad de las salidas, la cantidad de concurrentes que se esperaban para esa noche, la seria posibilidad del uso de pirotecnia en ese espectáculo, como asimismo que el local contaba con materiales inflamables que recubrían el cielo raso".



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Más aún, “el día 30 de diciembre del año 2004, Raúl Alcides Villarreal, ante el conocimiento de las condiciones antirreglamentarias en que funcionaba el local ‘República Cromañón’, fue la persona que ‘dio puerta’, es decir, que permitió el ingreso del público al establecimiento y tuvo plena conciencia de la cantidad de jóvenes que entraron [...] Chabán llegó poco después”.

En forma liminar debo remarcar que, tal como sucedió con los integrantes de Callejeros, al haber sido adoptada por mayoría la calificación legal del delito de incendio cometido en forma imprudente, esta Sala ahora se encuentra constreñida por esa tesitura en el sentido en que por aplicación de la prohibición de la *reformatio in pejus*, no resulta posible una agravación de ese encuadre jurídico sin que se vulnere el derecho de defensa en juicio de los imputados.

La esforzada defensa de Villarreal ha insistido en que su pupilo era un mero empleado de Omar Chabán, que por la cantidad de años los unía una relación de amistad, empero carecía de facultades decisivas respecto de la modalidad en que se desarrollaban los eventos en República Cromañón, desde cualquier punto de vista.

Empero, las probanzas producidas en el debate han desbaratado esta hipótesis, y demostrado con la certeza que se requiere en este estadio procesal que Villarreal ha tenido un rol preponderante en el hecho trágico acaecido el 30 de diciembre de 2004, que lo distancia de los reales empleados del lugar, quienes carecían, por el contrario, de la independencia y posibilidad de adoptar decisiones que en los hechos tenía Raúl Alcides Villarreal.

Así, se constató que los empleados de seguridad seguían las órdenes de Villarreal, ya que era reconocido como el encargado en la materia.

Y, éste no sólo tenía facultades para decidir qué salidas estaban abiertas o cerradas, por dónde ingresaba la gente y demás, sino que también disponía qué personas podían ingresar sin entrada y evadiendo los controles dispuestos al ingreso.

305

Sin perjuicio que no corresponde expedirse ahora respecto del delito de cohecho activo -por encontrarse este hecho firme-, sí vale mencionar que su intervención en la maniobra del pago espurio al Subcomisario Díaz implicó por sus características, y por la exclusiva función que cumplía Villarreal en el local República Cromañón, el reforzamiento del conocimiento de las palmarias irregularidades llevadas a cabo en el recital de Callejeros el 30 de diciembre de 2004 en ese lugar. Pues, justamente, se pagó en forma ilegal a la policía para que "permita" que el evento se desarrollara en esas condiciones, circunstancias tales que no podían ser desconocidas por Villarreal, que con su presencia y manejo de decisiones funcionales en aquel evento implicó el asentimiento acerca de aquellos riesgos extremos - exceso de concurrentes, pirotecnia, material inflamable en el cielorraso y condiciones de las puertas de salida- que traslucen su pertenencia con el hecho fatal acaecido ese día e impiden desligarlo de responsabilidad como lo pretende su esforzada defensa.

Pues, justamente fue él quien estaba en el lugar del hecho organizando el ingreso de los concurrentes en franco exceso a la capacidad del lugar - que no podía serle ajena-, decidía quiénes podían soslayar el control de seguridad, cómo era el estado de las salidas de emergencia y sabía, en función de desempeñarse en ese sitio, que el cielorraso no era ignífugo puesto que con anterioridad habían sucedido principios de incendio -en el marco de otros recitales- que habían sido controlados exitosamente.

Por último, en cuanto al hecho calificado como cohecho activo, por el cual Villarreal fue condenado por el Tribunal Oral en calidad de partícipe secundario, rol modificado luego por la Sala III de esta Cámara a partícipe necesario -con la afectación consecuente en la pena impuesta-, encontrándose circunscripta nuestra intervención actual exclusivamente al grado de intervención que le corresponde, habré de acompañar al colega preopinante en cuanto corresponde rechazar también



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

este tramo de la impugnación. Pues, encontrándose acreditado que Villarreal fue quien se encargó personalmente de efectuar los pagos y arreglos concretos con el Subcomisario, dentro del pacto pergeñado por Chabán, su aporte al hecho no puede considerarse de otra forma más que de indispensable.

En definitiva, entiendo que corresponde rechazar la pretensión recursiva de la defensa de Villarreal.

IV.- REGLAS DE PARTICIPACIÓN.-

En este apartado me referiré a la forma en la que los antes nombrados deberán responder por los delitos por los cuales se los condenó.

Puntualmente, la aclaración se relaciona con la posibilidad de que tanto los integrantes del grupo Callejeros, como Villarreal -que han sido autores por organización defectuosa-, tanto como los funcionarios públicos involucrados -que por el contrario son autores por infracción de deber institucional-, "compartan" por así decirlo la responsabilidad que les cabe en el hecho luctuoso.

Al respecto, vale mencionar que "si la infracción de deber de un obligado especial coincide con el comportamiento de un autor por organización -con dominio del hecho-, ambos son tan sólo autores paralelos o accesorios, cuando por tales se entiende -con la doctrina mayoritaria- la concurrencia casual de dos o más autores autónomos en un mismo delito [...] El funcionario es garante inmediato y responde en virtud de la lesión de su deber positivo de protección según la institución estatal a la que pertenece; por su parte, el particular responde en virtud de su deber de organización [...] Ambos son [...] figuras centrales del suceso, independientes la una de la otra o, dicho de una forma incluso todavía más exacta -desde un punto de vista estrictamente normativo-, figuras centrales de dos sucesos diferentes. Y es que no es posible una coautoría entre un autor por organización (con dominio del hecho) y un autor por infracción de su deber, pues la coautoría, en general, presupone criterios

de imputación únicos para los coautores, criterios que, en el caso de una coincidencia entre un obligado especial y un autor por organización o dominio del hecho, no concurren [...] La lesión del deber en un delito de infracción es siempre, como el deber mismo, algo personalísimo; ella podrá coincidir en el tiempo y en lo externo con una lesión del mismo bien jurídico llevada a cabo por otra persona mediante una organización defectuosa, pero en el plano relevante para el Derecho penal, en el plano normativo, ambas lesiones -la del deber y la organizativa- coinciden de forma paralela sin interconexión alguna" (Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles "Delito de infracción de deber y participación delictiva", Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 201 y ss).

Es que "...Si varios obligados especiales incumplen su deber -cada uno para sí- es irrelevante para determinar el grado de participación de cada uno de ellos el hecho de que otros obligados también quebranten su deber. Puesto que el deber es personalísimo e independiente, la lesión del mismo se produce por parte de cada uno de ellos igualmente en forma completa e independiente. Cada cual será autor y, entre ellos, en su caso, autores paralelos. La coautoría no es posible, puesto que el status de los obligados personalísimos no se comparte con otros sujetos, sino que el mismo se constituye siempre individual e inmediatamente respecto de un determinado bien jurídico para su ayuda y fomento...".

Y, puntualmente, en el caso de los funcionarios públicos, se afirma que "Partiendo de la categoría de los delitos consistentes en la infracción de un deber, Jakobs construye una responsabilidad derivada de la lesión de deberes de cuidado de bienes. Se trata de cuidados especiales, solidarios e institucionalmente asegurados. En estos delitos, la relación entre el autor y el bien no viene definida de modo negativo, como un mero 'no lesionar', sino positivamente, por medio del estatus del autor en relación con el bien. El estatus se encuentra vinculado a determinados contextos que se



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

encuentran regulados –a instituciones-, y fundamenta un deber especial en sentido estricto. De ellos se deduce que todos los delitos omisivos en los que se infringe un deber de garantía en virtud de una vinculación institucional sean delitos de infracción de deber, al igual que todos los delitos de comisión que son cometidos por personas que a la vez son garantes, en virtud de dicha vinculación institucional...” (Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, op. cit., p. 201 y ss.).

V. - DE LAS PENAS. -

Ha llegado el momento de expedirme en torno a las tachas de arbitrariedad efectuadas respecto de la mensuración de la pena efectuada por la Sala III de esta Cámara en la decisión de fecha 17 de octubre de 2012.

Teniendo en cuenta mi propuesta de rechazar los recursos de las defensas en relación a las condenas dictadas contra los antes nombrados, así como también el encuadre típico asignado a los hechos reprochados, corresponde entonces que verifique si las penas impuestas a ellos han sido precedidas de una justa ponderación de las circunstancias atenuantes y agravantes pertinentes.

Así entonces, recordaré los tramos pertinentes de la sentencia recurrida:

1.- Integrantes del conjunto “Callejeros”: En la sentencia recurrida se aclara que a cada uno de los integrantes del grupo se les aplica como agravante la magnitud del injusto y la extensión del daño causado, ya que todos “...intervinieron de manera activa en la creación de la fuente de peligro pues estuvieron encargados de ciertos aspectos del show y colaboraron a generar las condiciones riesgosas para que se produjera la tragedia [...] sobre su responsabilidad se marcó como punto de partida la decisión de actuar en ‘República de Cromañón’ en razón de que la ausencia de controles permitía la estimulación de los espectadores mediante la publicidad y eventual uso de bengalas o candelas, además [de] que todos se avinieron a dar comienzo a la función del 30 de diciembre de 2004 con pleno conocimiento”. Ello, independientemente de las razones puntuales que son

analizadas para cada caso en particular y motivan los diferentes montos punitivos aplicados en cada caso puntual, a saber:

a) Patricio Rogelio Santos Fontanet: Refirieron los jueces de la Sala III de esta Cámara, que "...el caso de Patricio Rogelio Santos Fontanet, sin llegar naturalmente a equiparar su situación con la de Chaban, es la más grave de todos los miembros de la banda musical.

Su posición de líder, miembro fundador y cara visible del grupo le daba un mayor predicamento en el conjunto y especialmente sobre su público.

La obligación de evitación del hecho era mayúscula. Era el cantante, arriba del escenario, con el micrófono en la mano. Bastaba que se negara él para que el recital no empezara.

Todo ello naturalmente juega en su contra [...] Juegan si a su favor sus condiciones personales y el intento de lanzarse hacia el público luego de desatado el incendio con cierta actitud de salvamento".

A mi entender resulta un dato insoslayable que el hecho de ser el líder de la banda colocaba a Fontanet en una posición de mayor control sobre el público, que puede valorarse como agravante, como así también que fuera un miembro fundador del grupo, todo lo cual le otorga mayor responsabilidad por sobre los demás.

Además, coincido con el Dr. Hornos en el rechazo del resto de los planteos efectuados por la defensa del mencionado, pues como bien señala en su voto, no ha existido arbitrariedad por parte de los judicantes en la ponderación de las circunstancias atenuantes y agravantes, y, en consecuencia corresponde rechazar este tramo de la impugnación.

Por lo tanto, de conformidad con los arts. 40 y 41 del CP, estimo justa la pena impuesta de 7 años de prisión, accesorias legales y costas.

b) Christian Eleazar Torrejón: Respecto a Torrejón se lo condenó a la pena de 5 años de prisión, accesorias legales y costas, y se consideró como



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

agravantes que era uno de los fundadores del grupo, cercano a su líder, y de mayor edad.

Tal como lo explica el Dr. Hornos en su sufragio, los cuestionamientos efectuados por la defensa al respecto encuentran adecuada respuesta en la misma pieza procesal que impugnan. Pues, atacan por imprecisas cuestiones como la ponderación de la "cercanía" con el líder del grupo, ser miembro fundacional y de mayor edad, cuando en la propia sentencia se explica que todo ello le otorgaba mayor preponderancia y, consecuentemente, responsabilidad, y, justamente, por esa precisa razón esos extremos se consideran como agravantes.

Y, en relación a la aparentemente polémica afirmación acerca del instrumento musical que tocaba aquél día, también resulta atinada la explicación de mi colega, ya que claramente surge de la sentencia que al encontrarse en el escenario en su rol de músico, tenía posibilidades ciertas y efectivas de detener el espectáculo, o de no tocar en esas condiciones, nada de lo cual hizo, y eso no implica que se considere más grave tocar un instrumento u otro en concreto, sino antes bien que quienes participaban de ese modo del recital tenían una responsabilidad superior a quienes, por ejemplo, hicieron la escenografía.

Así, la pena de 5 años de prisión, accesorias legales y costas no aparece arbitraria.

c) Maximiliano Djerfy: En forma similar a Torrejón, los jueces de la Sala III de esta CFCP condenaron a Djerfy a la pena de 5 años de prisión, accesorias legales y costas, considerando como elementos agravantes su edad, pues era "aún mayor que Fontanet y Argarañaz, con plena capacidad para decidir como lo hacían sus compañeros y con las responsabilidades que ello implica", además de "la intensidad de su pertenencia al conjunto y la confianza lograda" que se vislumbra, entre otras cosas, con la presencia de su primo Leonardo Djerby como seguridad en el área de camarines. Y, al igual que Torrejón, que podía negarse a subir al escenario o bien detener el recital al dejar de tocar la

guitarra como el resto de los músicos que estaban en el escenario.

Por ello, también coincido con el Dr. Hornos respecto a que las pautas ponderadas como mensuración punitivas resultan atendibles.

d) Daniel Horacio Cardell: Al mencionado le fue impuesta la pena de 3 años de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas. El fundamento de los integrantes de la Sala III de esta Cámara, para aplicar una pena ostensiblemente inferior a la del resto de los integrantes de "Callejeros" radicó en su rol de escenógrafo, su ingreso al final del desarrollo y la menor capacidad de evitación del hecho ya que su trabajo en el escenario era previo al recital propiamente dicho, pues no tocaba ningún instrumento musical.

Y, los agravios esgrimidos por su defensa han sido adecuadamente rechazados en el sufragio del colega que lidera el acuerdo, ya, como he memorado *ut supra* de la sentencia recurrida surge con claridad que a todos los integrantes del grupo, entre quienes se encuentra Cardell, se les aplica como agravante la magnitud del injusto y la extensión del daño causado, a raíz de su intervención activa en la creación de la fuente de peligro, como también la pluralidad de víctimas, razón por la cual los embates dirigidos al respecto también serán rechazados.

La misma solución se brindará al planteo relacionado con la modalidad de cumplimiento de la pena, pues echando mano al precedente "Squilario" del Máximo Tribunal (Fallos: 329:3006) la parte argumentó que, eventualmente, los tres años de prisión impuestos a Cardell debían ser de ejecución condicional. Al respecto vale aclarar que las mismas circunstancias que han sido ponderadas como justificación para la elevación del monto punitivo por sobre el mínimo de la escala penal, tanto genéricamente para el grupo Callejeros como en este caso respecto de Cardell en relación a su prestación personal, resultan extensivas a la elección de la modalidad de cumplimiento efectivo de la pena escogida por la Sala,



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

pues además no debe soslayarse que es ésta la regla en materia de cumplimientos de penas de prisión, y la ejecución condicional no es más que una excepción que en ciertos casos debe ser evaluada con mesura por los judicantes, y no se dan aquí los extremos necesarios para su aplicación justamente por aquellas razones ya explicitadas.

e) Elio Rodrigo Delgado, Juan Alberto Carbone y Eduardo Arturo Vásquez.-

Los imputados Delgado y Carbone recibieron la pena de 5 años de prisión, accesorias legales y costas, mientras que Vásquez fue condenado a la pena de 6 años de prisión, con accesorias legales y costas.

Respecto de los agravios expuestos por el defensor de los nombrados, también propiciaré su rechazo por coincidir con mi colega que lidera el acuerdo.

En efecto, los conceptos ponderados como agravantes resultan atinados más allá de la forma en que puedan haber sido expresados. Pues, como he señalado en relación al resto de los integrantes de "Callejeros", no albergo dudas acerca de que su permanencia en el escenario mientras se desarrollaba el show con la enorme cantidad de irregularidades señaladas es un elemento válido a considerar para agravar la pena.

Y, adhiero también al rechazo del pedido de la aplicación de la pena natural por las razones expuestas en el voto que antecede.

2) Raúl Alcides Villarreal: El nombrado Villarreal fue condenado a la pena de seis años de prisión, accesorias legales y costas. Más allá que su defensa no ha cuestionado concretamente los fundamentos expuestos por la Sala III de esta Cámara al respecto, las pautas que han sido ponderadas a tal efecto se vislumbran ausentes de arbitrariedad.

Así, me remito a las consideraciones realizadas por el Dr. Hornos al respecto, ya que las pautas agravantes y atenuantes que fueron consideradas resultan atinadas y por ende la pena impuesta a Villarreal es

justa y equitativa, correspondiendo el rechazo de este tramo de la impugnación.

3) Funcionarios públicos:

a.- Fabiana Gabriela Fiszbin.-

La Sala III de la CFCP la condenó a la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas, para lo cual tuvo en consideración como agravantes "la evidente culpa grave que evidencia la actuación de la nombrada en todo el año 2004, su posición jerárquica y su conocimiento certero de la problemática planteada en la Actuación 631, la coloca cerca del máximo de la escala penal aplicable pues su culpabilidad por el hecho y los daños causados resultan mayúsculos".

Asimismo, se ponderaron como atenuantes las condiciones personales de Fiszbin, como la situación familiar y carencia de antecedentes.

Como ya he señalado en el apartado correspondiente, la defensa de Fiszbin ha errado en la interpretación de los alcances de la decisión de la Corte Suprema luego del dictado de las sentencias de la Sala III de la CFCP. Pues, al insistir en que el Máximo Tribunal anuló aquellos pronunciamientos, se agravia sobre cuestiones que, por el contrario, fueron modificadas por la Sala III de Casación, en detrimento de su pupila, pese a lo cual el letrado ataca únicamente pronunciamientos errados, no obstante haber sido notificado junto al resto de las partes de cuáles eran las sentencias que serían revisadas en esta oportunidad.

Por ello, asiste razón al Dr. Hornos respecto a que la mayoría de sus agravios resultan manifiestamente improcedentes (verb. la solicitud de una pena en suspenso), y aquellas que sí pueden aplicarse (que se considerara su edad, condiciones personales, familiares, y demás, como atenuantes), como ya he memorado, sí han sido tenidas en cuenta como atenuantes por la Sala III de esta Cámara, y por eso Fiszbin no ha sido condenada a una pena superior, como lo permitiría la escala punitiva de los delitos por los cuales fue declarada culpable.

b.- Gustavo Juan Torres.-



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Al nombrado se lo condenó a la pena de 3 años y 9 meses de prisión, accesorias legales y costas. Como circunstancias atenuantes se han valorado sus condiciones personales, así como también se ponderaron las agravantes recordadas en el voto que antecede, a cuyas consideraciones me remito por cuestiones de brevedad, encontrándose correctamente descartado cualquier vestigio de arbitrariedad al respecto.

Los agravios de la defensa relacionados con la doble valoración de elementos que fueron oportunamente considerados para tener por acreditado el hecho típico tampoco habrán de prosperar. Es que si bien “[e]n muchos supuestos, las circunstancias del hecho ya constituyen el fundamento del propio tipo penal. En ese caso, la prohibición de la doble valoración impide que esa característica del hecho se tenga en cuenta nuevamente. En cambio, sí es posible -y necesario- tomar en cuenta la intensidad con que esa circunstancia se manifiesta en el hecho. Por ejemplo, sería inadmisibles agravar un robo por haberse empleado violencia contra la víctima, pero sí podría considerarse el grado de violencia utilizado” (Ziffer, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, p. 131). Y ésta es, precisamente la situación que se da en autos, en la cual los jueces de la Sala III de esta Cámara han considerado como merecedor de un mayor reproche “que contaba con recursos humanos suficientes como para atender con toda urgencia y efectividad la situación...” que “en diciembre las inspecciones se redujeron drásticamente [...] este rubro de la noche continuó librado al azar...”, quedando claro entonces que Torres incumplió sus deberes funcionales en exceso a la medida necesaria para el ingreso en el riesgo jurídicamente desaprobado que se configuró en el resultado trágico y fatal ya conocido.

Así, propicio al rechazo de los embates dirigidos respecto de esta cuestión.

c.- Ana María Fernández.-

La Sala III de esta Cámara la ha condenado a la pena de 3 años y 6 meses de prisión, accesorias legales y costas.

Comparto las consideraciones efectuadas en el voto que antecede, puntual y concretamente respecto a la justa y correcta ponderación de las circunstancias agravantes y atenuantes por parte de la Sala III de la CFCP.

Pues, tal como surge de la sentencia en crisis, se ha tenido en cuenta, además de su paso concreto por cada una de las instancias administrativas del GCBA, con altas responsabilidades y atribuciones, que "su desempeño ha sido hallado como totalmente objetable en todo su desarrollo, aunque mayormente cuando lo hizo como Coordinadora General de la Unidad Polivalente de Inspecciones y abdicó en forma conjunta con Fiszbin de desplegar a pleno sus atribuciones para atender la denuncia de Alimena [por lo cual] le son extensivas casi la total de las consideraciones brindadas al tratar el caso de Fiszbin".

De esta forma, a mi entender la pena de tres años y seis meses de prisión resulta ajustada a derecho, ya que de las circunstancias antedichas, así como también de evaluación global de las circunstancias atenuantes - situación personal, familiar, edad, grado de instrucción- y, en el convencimiento que el disvalor de injusto (disvalor de acción -acción personalmente antijurídica- y disvalor sobre el estado de cosas -bien jurídico lesionado o puesto en peligro-), es una pauta relevante para determinar la pena a imponer (en este sentido, Andrew von Hirsch, Bernd Schünemann y Cristoph Reinchert -todos citados por Tatjana Hörnle en "Determinación de la pena y culpabilidad", FD Editor, Bs. As., 2003, p. 29), considero justo y proporcional que el monto punitivo impuesto a Fernández sea aquél fijado en tres años y seis de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas.

VI.- DEL ARTÍCULO 12 DEL CÓDIGO PENAL.-

Habiendo ingresado mis colegas en forma



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

oficiosa al análisis de constitucionalidad del art. 12 del C.P., y conociendo el sentido de sus votos, debo introducirme en el tópico a fin de arribar a una mayoría.

He tenido ocasión de abordar la cuestión en ocasión de emitir mi voto en la causa 1198/2013 "González, Mario Alfredo s/ recurso de casación", reg. 1862/14, rta. 15/9/14, en donde consigné que dicha norma, establece que "La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. **Importan además la privación mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por acto entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces**". -el destacado me pertenece y constituye la parte del artículo que considero inconstitucional.

Con este objetivo, habré de efectuar las siguientes consideraciones, a saber:

a) Que el origen de esta norma se encuentra en el art. 101 del código Tejedor que estipulaba que la pena de presidio conllevaba la inhabilitación absoluta para cargos públicos por el tiempo de la condena y por la mitad más. En el código de 1886 se conservó la sanción en el inc 1° del art. 63 intercalando la frase "y para el ejercicio de los derechos políticos, activos y pasivos". **Las fuentes de dicha normativa se remontan a la muerte civil** que estaba prevista en el libro 2°, título 18 de la Partida Cuarta, el art. 18 del código francés (texto según reforma del año 1832), el art. 16 del código napolitano, el art. 53 del código español del año 1822 y el art. 7 del código de Baviera. Finalmente, cabe destacar que Tejedor siguió sobre este punto al código español del año 1850, cuyo art. 52 había atenuado la muerte civil. (cfr. acerca de la evolución histórica de este instituto, Zaffaroni, Raúl Eugenio, "Derecho Penal-Parte General" y sus citas, 2 da edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 981)-el destacado en negrita me

pertenece- .

b) Que nuestra Corte Federal tiene dicho que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas tienen -en principio- presunción de validez, ya que la declaración de inconstitucionalidad de una norma por parte de los tribunales de justicia constituye un acto de suma gravedad que ha sido considerado desde antaño como "última ratio" del orden jurídico, debiendo ejercerse dicha facultad con carácter restrictivo y sólo cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta, incompatible e inconciliable con ésta (Fallos: 306:325, entre muchos otros).

En este mismo orden de ideas, nuestro más Alto Tribunal ha decidido que las leyes deben interpretarse y aplicarse procurando la armonización entre éstas y teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan de tal manera que no entren en pugna unas con otras y no se destruyan entre sí, por lo que debe adoptarse el sentido que las concilie y deje a todas con valor y efectos (Fallos: 307:519, entre muchos otros).

c) Sentadas dichas pautas interpretativas y luego de un examen integral de la normativa en juego, entiendo que debe declararse la inconstitucionalidad del art. 12, segunda y tercera disposición, del Código Penal por ser incompatible no sólo con nuestra Carta Fundamental, sino también con los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos que conforman el denominado bloque de constitucionalidad federal (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Es así que, debo adelantar que desde mi personal perspectiva la norma en cuestión implica que bajo una mirada eminentemente paternalista el legislador impuso solapadamente una verdadera sanción de naturaleza retributiva y no una mera consecuencia del encierro, la cual no se compadece con los postulados del Estado social y democrático de derecho que emerge de nuestra Ley Suprema.

Ello así, toda vez que el rol del Estado dentro de nuestra arquitectura constitucional debe ser de



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

carácter fraterno y no paternalista –como el de la norma en examen-, debiendo ser especialmente cuidadoso de no inmiscuirse dentro del ámbito de autonomía personal de cada individuo que se encuentra protegido constitucionalmente (art. 19 de la Constitución Nacional).

Asimismo, no puede soslayarse el impacto que sobre nuestro derecho interno han tenido los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos a que hace referencia el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, lo cual ha traído como consecuencia no sólo la expresa previsión de algunos derechos y garantías que antes en forma general y algo confusa se los encasillaba como “derecho implícitos” en el art. 33 de nuestra Carta Magna, sino también una verdadera ampliación del catálogo de derechos y garantías mínimas que rigen en materia penal (cfr. a modo de ejemplo, el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Es decir, que advierto que la existencia de estos nuevos paradigmas en materia de derechos humanos necesariamente repercuten en nuestro derecho penal doméstico y me llevan a realizar un análisis del art. 12 del código de fondo que resulte ajustado a los mismos.

d) A esta altura de mi voto, debo adelantar que desde mi óptica personal el art. 12, segunda y tercera disposición, del Código Penal, debe ser declarado inconstitucional por no ser respetuoso de nuestra Constitución Nacional, ni de los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos constitucionalizados (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

En primer lugar, habré de referirme a **la privación del ejercicio de la patria potestad** que según la norma debe imponerse a los condenados que se encuentren privados de su libertad por más de tres años, como consecuencia de la imposición de la inhabilitación absoluta prevista en el art. 12 del código sustantivo.

Sobre este particular, observo que esta parte de la norma conlleva a un innecesario agravamiento de la

pena impuesta por resultar indigna, inhumana y degradante. Además, produce efectos claramente estigmatizantes y contrarios a la resocialización del condenado, dándose de bruces con la voluntad del constituyente de garantizar una protección integral de la familia como pilar básico de nuestra sociedad política (art. 14 bis, última parte, de la Constitución Nacional). Es que, impedir a una persona privada de su libertad por más de tres años de su derecho de decidir acerca de la crianza de sus hijos, resulta contrario al tratamiento humanitario y al respeto a la dignidad humana que deben observarse durante la ejecución de la pena (arts. 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 10.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Políticos y Civiles).

La norma en examen, tampoco resulta compatible con el deber que incumbe a los padres respecto de sus hijos menores y es por ello que, el Estado debe proporcionar los medios para que los progenitores puedan cumplir con dicha responsabilidad legal a fin de otorgar a los menores un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (arts. 12 y 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 11.2 y 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 17.1 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y arts. 27.1, 27.2 y 27.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Asimismo, el art. 12 del código sustantivo debe ser analizado a la luz del objetivo previsto en el art. 3.1 "in fine" de la Convención de los Derechos del Niño que postula que en las decisiones en materia minoril debe atenderse siempre al "interés superior del niño" (cfr. sobre este último punto, Báez, Julio C., "El artículo 12 del Código Penal y la Constitución Nacional", Revista de Derecho Penal y Criminología, año IV, número 5, junio 2014, pág.109 y sigtes).

Sobre este tópico, no puede pasarse por alto que la pena posee carácter personal y privar a un condenado



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

del ejercicio de la patria potestad implica hacer trascender los efectos de la punición de los padres a los hijos al encontrarse impedido alguno de sus progenitores o ambos de poder elegir como debe ser su crianza de acuerdo al proyecto de vida elegido por ellos (cfr. art. 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Así las cosas, la mera circunstancia de que una persona condenada se encuentre privada de su libertad no le impide como padre ejercer los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, no sólo sobre la persona de sus hijos, sino también sobre sus bienes, ello en orden a su protección en general y a su educación, todo ello mientras éstos continúen siendo menores y no se hayan emancipado (art. 265 del Código Civil).

Sin perjuicio de todo lo reseñado, a mi entender el único caso en que la norma cobra virtualidad es cuando los hijos menores de edad hayan sido sujetos pasivos de una acción delictiva por alguno de los padres (cfr. Zaffaroni, Raúl Eugenio, ob. cit. supra, pág. 986).

En segundo término, en orden a la privación mientras dure la pena de **la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por acto entre vivos**, también adelanto que ello resulta contrario a nuestra Ley Fundamental. Y así lo es, en virtud de que dicha interdicción implica lisa y llanamente la eliminación de la voluntad del sujeto penado, quedando prácticamente equiparado a los efectos legales con la categoría jurídica de los sordomudos o de los dementes, siendo ello evidentemente frustratorio de un razonable ejercicio de su derecho de propiedad (art. 17 C.N.).

Además, eventualmente podría darse la incongruencia de que "...el condenado acceda a la libertad condicional y siga inhabilitado al no haber expirado el tiempo de la condena..." (cfr. Báez, Julio C., "Los condenados penales y la administración de sus bienes, en Guersi, Carlos- Weigarten Celia (directores)". El derecho de propiedad. Un tratamiento transversal", Nova Tesis, Buenos Aires, 2008, págs. 115/117).

En conclusión, el art. 12 del código de fondo

también atenta contra la dignidad de las personas en cuanto tales y trae como consecuencia al igual que la otra sanción-inhabilitación mencionada un efecto estigmatizante. mortificante y contrario a la resocialización que vulnera el art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 18 de la Constitución Nacional). Ello así, toda vez que colocar a una persona detenida bajo el régimen de la curatela de la legislación civil, privándolo de la administración de sus bienes y de disponer de ellos por acto entre vivos, resulta una norma de neto carácter ilegítimo y autoritario que violenta el techo ideológico de nuestra Constitución Nacional, el cual posee indubitable naturaleza humanitaria.

El único caso en que cobraría relevancia esta pena accesoria sería el resultante de una real incapacidad del penado para ejercer la administración de sus bienes, con el consiguiente perjuicio que para el patrimonio de éste o el de su grupo familiar ello podría traer aparejado.

En esta misma línea de pensamiento, creo imprescindible puntualizar que teniendo en cuenta el Estado social y democrático de derecho que estructura nuestra Carta Fundamental y los Pactos Internacionales supra mencionados, el art. 12, segunda y tercera disposición, del Código Penal debe ser declarado inconstitucional, ya que de no ser así dejaríamos vigente **-más allá de los dos casos de excepción destacados-** una norma que se asemeja a una suerte de “muerte civil morigerada”, que a su vez produce una mortificación innecesaria al penado y que afecta no sólo sus eventuales actividades comerciales, sino se contrapone con la estabilidad que deben tener los lazos familiares y con la protección del interés superior de los niños.

Por último, no puedo dejar de destacar que más allá de que la defensa estatal al momento de efectuar su planteo de inconstitucionalidad no se ha hecho cargo de concretizar cuál sería el perjuicio que a su pupilo le



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

trae la imposición de la inhabilitación absoluta del art. 12 C.P., no es menos cierto que ello no puede constituir un óbice para declarar su improcedencia formal.

Ello así, en razón de que en el caso de que el condenado tuviese en algún momento de su detención que ejercer alguno de los derechos civiles que la norma expresamente lo inhabilita a realizar, la respuesta jurisdiccional sería necesariamente tardía. Es por ello, que el rechazo por motivos formales del planteo de inconstitucionalidad efectuado nos convertiría no en jueces sino en meros espectadores de una irrazonable interdicción -por lo menos desde mi posición- y no en verdaderos guardianes de los derechos y garantías de los justiciables, siendo ello claramente contrario al objetivo preambular de afianzar la justicia al que deben orientarse todas las decisiones judiciales.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde DECLARAR INCONSTITUCIONAL el art. 12, segunda y tercera disposición, del C.P., cuya aplicación deberá dejarse sin efecto en el caso de las personas aquí condenadas.

VII.- De esta manera, mi propuesta al acuerdo es:

I.- RECHAZAR los recursos de casación interpuestos a fs. 74255/74304, 74381/74565, 74566/74586, 74587/74617 y 74618/74630, 74631/74646, sin costas.

II. DECLARAR INCONSTITUCIONAL el art. 12, segunda y tercera disposición, del C.P., cuya aplicación deberá dejarse sin efecto en el caso de las personas aquí condenadas.

III.- TENER PRESENTE la reserva de caso federal.

Así voto.

El señor juez doctor Pedro R. David dijo:

1.- Acerca de la competencia de esta Cámara para revocar una sentencia absolutoria y condenar sin reenvío.

Que, con respecto a esta cuestión atento al voto concordante que emerge de los votos que anteceden, he de manifestar brevemente mi opinión disidente.

Si bien al inicio de mi actividad en este tribunal compartía la posición que sostienen los colegas preopinantes, para ajustar mis pronunciamientos a la doctrina emergente de los fallos de nuestro Máximo Tribunal, y a los requerimientos de la CIDH relativos al dictado y revisión de una condena, fui modificando aquel criterio.

Mi postura no resulta un menoscabo a la actividad acusatoria, ni implica limitar de ningún modo la tutela de los derechos de la víctima, o el debido proceso que ampara a todas las partes. En efecto, respecto a los acusadores he entendido que se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 25 de la CADH).

Es que a mi entender, este tribunal posee facultades de revocar una decisión absolutoria dictada por el tribunal oral, en el marco de un recurso fundadamente interpuesto por un acusador público o privado, cuando se advierte arbitrariedad tanto en la determinación de los hechos, como la valoración de la prueba.

Pero, ante una arbitrariedad en la sentencia del tribunal oral en cualquiera de los sentidos expuestos, la decisión debe limitarse a disponer la nulidad y el reenvío para un nuevo pronunciamiento por parte de quien corresponda.

También, y ya con referencia a una errónea aplicación de la ley sustantiva que se verifique en razón de un recurso de casación adecuadamente fundado, proveniente de la acusación, corresponde igualmente el reenvío a los efectos de fijar nueva pena.

A mi entender, sólo de esta forma se garantiza de forma amplia el derecho al recurso, pues la intervención de un nuevo tribunal asegura al imputado la posibilidad de cuestionar, eventualmente, la decisión y así obtener una revisión de la sentencia en los términos del art. 8.2.h de la CADH, según la doctrina que emerge de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso "Mohamed vs. Argentina", Sentencia del 23/11/2012).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Estas cuestiones, no fueron abordadas expresamente, sosteniendo la validez de la casación positiva, en el fallo "Duarte Felicia s/recurso de casación", en la medida que la decisión de nuestro más Alto Tribunal, de modo pragmático, se limitó a ordenar la revisión de la condena dictada por una Sala de esta Cámara para cumplir con la garantía prevista en el art. 8.2.h. de la CADH.

Sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí, atento a la manda que surge de la sentencia de nuestro Máximo Tribunal en la presente causa, entiendo que la cuestión debatida, no pasa de ser una cuestión meramente doctrina o dogmática, puesto que la Corte, aun reconociendo "la concreta afectación a la garantía del doble conforme (art. 18 de la Constitución Nacional y 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos), sin declarar la nulidad de lo decidido por la Sala III de esta Cámara, ha dispuesto su revisión por otra Sala de este mismo Tribunal.

2.- Acerca de la validez del procedimiento de revisión establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Para brindar una respuesta a este planteo, en principio, me remito en un todo a lo que ya señalé al momento de resolver el recurso de reposición interpuesto en la causa.

En aquella oportunidad, dejé sentada mi opinión en el sentido de que esta Sala, tiene su competencia especialmente asignada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para resolver el caso concreto, en los términos de lo resuelto en las causas D.429.XLVIII. "Duarte Felicia s/recurso de casación" y C.416. XLVIII "Chambla, Nicolás Guillermo; Díaz, Juan Leonardo; Larrat, Esteban Martín y Serrano, Leandro Ariel s/homicidio - causa n° 242/2009-".

En dichos precedentes, se resolvió remitir la causa a esta Cámara a fin de que "por intermedio de quien corresponda, se designe una nueva sala de ese tribunal

para que de acuerdo con los lineamientos de este fallo proceda a la revisión de la sentencia”.

Que el Alto Tribunal ha señalado reiteradamente el deber que tienen las instancias ordinarias de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares (Fallos: 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060; 319:699; 321:2294), que se sustenta tanto en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (Fallos: 25:364; 212:51 y 160; 256:208; 303:1769; 311:1644 y 2004; 318:2103; 320:1660; 321:3201 y sus citas).

Empero, esa doctrina no ha implicado privar a los magistrados de la facultad de apreciar con criterio propio las resoluciones del Alto Tribunal y apartarse de ellas cuando median motivos valederos para hacerlo, siempre que tal apartamiento se funde en razones novedosas y distintas (Fallos: 262:101; 302:748; 304:898 y 1459; 307:2124; 312:2007; 321:3201, entre otros), pues es atribución de los jueces ordinarios de la causa ponderar los hechos, establecer el derecho aplicable y – en su caso– subsumir la solución del debate al precedente dictado en cuestiones similares. La libertad de juicio de los magistrados en el ejercicio de sus funciones es tan incuestionable como la autoridad definitiva que tiene la interpretación de la Constitución Nacional por parte de la Corte Suprema, cuyo leal acatamiento es indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones (Fallos: 212:51, 160 y 251; 321:2114).

Es central, dejar establecido que “a diferencia de lo que acontece en otros países, entre nosotros la Corte Suprema tiene sobre sí graves responsabilidades de carácter extra o supra judicial. Una de ellas, tal vez la de mayor relevancia, es el control de constitucionalidad de las leyes, de los actos administrativos y de las sentencias...” (confr. Oyhanarte, Historia del Poder



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Judicial, en Todo es Historia, N° 61, 1972, pág. 89 y 90). En tales condiciones, sólo queda adecuar la actuación de esta Cámara a lo dispuesto por nuestro Máximo Tribunal, acatando su decisión en este caso concreto; y en consecuencia la cuestión a tratar es desentrañar el trámite que corresponde dar en esta instancia para un eficaz cumplimiento de la resolución del Superior.

Debo señalar, que esta es la primera oportunidad en que por decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, compete a este Magistrado revisar una resolución emitida por otra de las Salas de esta Cámara. En ese sentido, corresponde afinar el sentido de justicia al máximo dentro de la lógica jurídica, para articular adecuadamente lo decidido por el Máximo Tribunal en este nivel, dentro del principio de legalidad que es una garantía central en el proceso penal.

Las defensas postulan que con la revisión de la sentencia de la Sala III se produce una violación a aquel principio, cuestionando el reenvío horizontal dispuesto y la constitucionalidad de la medida decidida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Se ha dicho que la legalidad penal es una garantía indispensable a la protección de la sociedad y para el Estado de la garantía de la obediencia a la ley y la eficacia de su política.

Es una garantía al respeto de la libertad individual ya que nadie puede ser detenido o condenado sino en la forma y modo que la Constitución y las Leyes lo establezcan (ver Jacques Boré, La Cassation en Matiere Penal, París, Libraire Generale de Droit et Jurisprudence, 1985, pág. 1182-83, parágrafo 3822, 3823 y 3824).

La constitucionalización del principio de legalidad penal incluye a todos los poderes públicos en sus ocho dimensiones de garantías (ver Luiz Flavio Gómes. "El principio de legalidad penal y sus garantías mínimas: una contribución al estudio de las garantías de la Lex Populis". En el volumen de homenaje al Dr. Marino Barbero

Santos. Edit. Universidad de Salamanca, pág. 1035-1040, Arroyo Zapatero, Luis y otros).

En efecto según Hassemer: "en su actual configuración, el principio de legalidad mantiene diversas exigencias, tanto frente al legislador penal como frente al juez. Del legislador se exige que formule las descripciones del delito del modo más exacto posible (*nullum crimen sine lege certa*) y que las leyes no tengan efecto retroactivo (*nullum crime sine lege praevia*). Del juez se exige que sus condenaciones estén fundamentadas en la ley escrita y no en el derecho consuetudinario (*nullum crime sine lege scripta*) y que no amplíe la ley escrita en perjuicio del acusado (*nullum crimen sine lege stricta*: la llamada prohibición de analogía)". En esa misma línea diserta Claus Roxin enfatizando desde ya que el principio de legalidad sirve para evitar una punición arbitraria e incalculable o basada en una ley imprecisa o retroactiva.

Ahora bien, "en cuanto al principio de legalidad del que resulta custodio el Poder Judicial, el mismo debe ser articulado con el principio de previsibilidad, por el cual los jueces deben prever las consecuencias de sus decisiones en resguardo de intereses superiores a los meramente técnico-jurídicos, que incluso pueden llegar a requerir que sea declarada la inconstitucionalidad de una ley constitucional o viceversa, en pos de no generar resultados aún peores que aquellos que se querían evitar" (confr.: Bercholg, Jorge O, El rol institucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", con cita de en Sabsay, Daniel A (director), Pablo L. Manili (coordinador), Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2010, Tomo IV, pág. 319).

En esta inteligencia, la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, satisface plenamente los requisitos mínimos de ese principio y sus corolarios, de tal suerte que el reenvío allí dispuesto debe sustanciarse acabadamente.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Ello, porque “no resulta consistente referirse al rol institucional de la Corte Suprema considerando a la institución como un objeto de estudio estanco, mediante análisis meramente normativistas o que no contemplen interdependencias multidisciplinarias con perspectivas politológicas, sociológicas, culturales y económicas en series diacrónicas suficientemente extendidas” (confr.: Bercholc, Jorge O, ob. cit., pág. 307). Y, porque además, “los juicios valorativos respecto del accionar que le cupiera a nuestra Corte Suprema y, luego, la determinación de su rol institucional debe, insisto, considerar las condiciones objetivas de posibilidad y plausibilidad en cada sistema político, teniendo en cuenta su realidad política, social, cultural y económica” (ob. cit., pág. 309).

Es que en definitiva, si el juzgador debe tener siempre presente en sus decisiones la vida dinámica de las sociedades y sus instituciones, el principio de legalidad, no puede derivarse de interpretaciones rígidas y formalistas, ya que, de hacerlo así en el sub-judice desembocaría en la creación de mayores arbitrariedades que el Cívero Tribunal quiso evitar.

Si bien en otras jurisdicciones, como por ejemplo en la Corte de Casación de Francia, ésta es la última instancia del procedimiento penal (ver Jacques Boré, ob. cit., pág. 25, parágrafo 17), entre nosotros, es la Corte Suprema la que posee esa competencia final.

Sí es cierto que, los recursos que se establecen para la Casación Argentina, como así sus estructuras son normados por el Código de Procedimientos Penal (ley 24.050), no es menos cierto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su competencia presente ha dispuesto en este caso concreto un reenvío horizontal adicional al procedimiento regulado por la ley 24.050.

No advierto que la Corte Suprema haya querido actuar como legislador positivo, sino que el principio de legalidad ha sido ejercido por la Suprema Corte en una decisión innovadora, donde el control adicional de la

decisión de una Sala de esta Casación Federal por otra responde a la necesidad de garantizar al máximo el control de constitucionalidad de las sentencias sujetas al reenvío, teniendo como finalidad afirmar mejor las garantías constitucionales tanto de las víctimas como de los acusados.

Frente a esta situación debemos preguntarnos hoy qué podemos saber, qué podemos hacer y qué podemos esperar, a la manera kantiana.

a.-Sobre lo que podemos saber, la CIDH ha establecido algunas directrices centrales sobre el recurso de casación y sus requisitos mínimos, sin haber establecido claramente sus notas positivas constituyentes.

Resulta muy interesante, para desentrañar las incertidumbres y dificultades en relación a los requisitos de un recurso para satisfacer el estándar establecido por la Corte Interamericana para el cumplimiento del derecho al recurso contra la condena, la conferencia dictada en ocasión del vigésimo aniversario de esta Cámara, por el doctor Fernando Cruz Castro, Magistrado Titular de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, dando cuenta del derrotero legislativo y jurisprudencial costarricense a partir del caso "Herrera Ulloa", para lograr la adecuación de sus disposiciones al art. 8º, inc. 2.h de la CADH (confr. "La evolución del recurso de casación en Costa Rica y la incidencia de los fallos de la Corte Interamericana. El caso 'Herrera Ulloa'", en "Balance y Perspectivas de los veinte años de la Cámara Federal de Casación Penal", Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación; Infojus Sistema Argentino de Información Jurídica, pág. 115 y siguientes).

Por ello es que aquí examinaremos el caso subjudice desde una amplia perspectiva, que garantice a todas las partes el máximo posible de sus garantías constitucionales.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

b.- Desde la segunda pregunta, qué podemos hacer, creo que no hay modo de soslayar o retacear bajo argumentos de violación presunta del principio de legalidad, lo que el ordenamiento jurídico argentino requiere de los jueces cuando en el nuevo texto del Código Civil y Comercial el art. 3 impone al juez el deber de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada -y ello es reflejo del antiguo art. 15 del Código Civil Argentino, que sostenía que "los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes"-.

Las decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando en el caso presente decide reenviar a otra Sala de la Cámara Federal de Casación la revisión de la decisión de la Sala III no deja otra solución aceptable institucionalmente que cumplimentar de la manera más integrada y armónica posible, en el caso de autos, ese delicado mandato, sin antecedentes en la historia de esta Casación Federal.

Al respecto "mi postura se enrola en la convicción de que un ordenamiento jurídico, dado que no es un catálogo abstracto de casos contemplados por el legislador, sino que es una estructura totalizadora de normas que expresan valores, debe armonizarse con la situación fáctica de cada tiempo histórico" y que "no hay lagunas del derecho porque hay jueces que interpretan las leyes" (mi voto en la causa Nro. 7, "ÁVILA, Blanca Noemí, s/recurso de casación e inconstitucionalidad", Reg. Nro. 18, Reg. Nro. 18, rta. el 2/7/93).

Ya lo decían, hace décadas los distinguidos maestros Aftalión, García Olano y Vilanova en su conocidísima obra, y analizando el antiguo art. 15 del C.C., que se refleja en el actual art. 3º del Código Civil y Comercial, "los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes ... la condición de juez es la que hace obligatorio para éste fallar -el juez que no falla o que demora el fallo, se hace pasible de sanciones- y la

división de poderes le impide diferir dicha obligación a un órgano del Ejecutivo o del Legislativo" (confr.: Introducción al Derecho, Tomo I, Cap. 6. La plenitud del orden jurídico y el axioma ontológico del Derecho, pág. 249-250).

Se ha dicho que "El problema se plantea dentro de lo que se ha dado en llamar la 'plenitud del orden jurídico'. Se ha aseverado, entre nosotros, que no caben lagunas dentro de ese orden jurídico, ni aún cuando se las pretenda existentes, no en el derecho, sino en la ley. Cossio -a quien queremos referirnos (La plenitud del orden jurídico, Bs. As. 1939)- nos dice que: 'tal como a partir de Zitelmann (Lücken im Recht, 1903, exist. Trad. Española: Las lagunas en el derecho, de C. González Posada, ed. 'Revista General de Legislación y Jurisprudencia', 1922) surge acabadamente de su exposición más conspicua (Donato Donati, Il problema delle lacune dell 'ordinamento giuridico, cap. II), la posición tradicional postula la plenitud hermética del orden jurídico sobre la inferencia de una tácita norma positiva, de carácter general, periférica y correlativa a todas las otras normas, en cuya virtud está jurídicamente permitido lo que pertenece a la estructura lógica del derecho, al ser puesta como fundamento de la plenitud hermética del orden jurídico, intenta para este problema un tratamiento demostrativo; con lo cual se acusa un evidente progreso sobre la dogmática'. Pero, al criticar la orientación de Donati, repara que éste 'no considera la función del juez, olvidando que el juez también está sometido al orden jurídico', aparte de que 'la función judicial integra, también con calidad de estructura constitutiva, la pura significación del orden jurídico'. Por fin, rechaza 'por artificiosa la distinción ente lagunas del derecho y lagunas de la ley sostenida en el plano teórico por la posición tradicional', porque -afirma- 'carece de sentido afirmar que la ley tiene lagunas, entendiendo esta afirmación como algo que es (teoría) y no como algo que debe ser (axiología)... En sentido unívoco las lagunas del derecho son lógicas



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

jurídica, en tanto que las lagunas de la ley son política o estimativa jurídica; lo primero fundamenta la solución judicial de cualquier caso y nos remite a un todo, en tanto que lo segundo señala la injusticia de una solución sin referencia a un todo" (confr.: Spota, Alberto G., Tratado de Derecho Civil, Tomo I, Parte General, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1947, pág. 418).

Esa búsqueda de sentido del caso, cuando se trata de una situación novedosa, como en el sub-judice, debe orientarse cumplimentando el precepto básico de nuestra derecho: "todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido". Ese principio nace del art. 19 de la Constitución Nacional: "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe".

Además, ya lo dijo, entre otros, un gran maestro del Derecho Penal, don Luis Jiménez de Azúa, "el juez no puede ser ajeno a las transformaciones sociales, científicas y jurídicas. La ley vive y se desarrolla en ambientes que cambian y evolucionan y, si no queremos estarla reformando de un modo frecuente, preciso es que la adapte, como su propia voluntad permite, a las nuevas necesidades de la época" (confr.: La Ley el Delito. 2ª Edición. Editorial Hermes. México, Buenos Aires, 1954, pág. 130).

Por lo demás, he acogido la doctrina del Tribunal Cimero en el sentido de que "es regla en la interpretación de las leyes dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que se compadezcan con el resto del ordenamiento jurídico y con los principios y garantías de la Constitución Nacional" (Fallos 310:937) y que, "la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta su contexto general y los fines que las informan", y "ello comprende no sólo la armonización de sus preceptos sino también su conexión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico" (Fallos 287:79).

En el mismo sentido, el reciente Código Civil y Comercial de la Nación dispone en su art. 2 que "la ley

debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

En esa inteligencia, es que en definitiva estamos mediados o condicionados por una situación procesal inédita cuyo propósito fundamental atiende al cumplimiento de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con basamento en los arts. 18 de la C.N., 8.2h y 8.2c de la CADH, 14.3 b y 14.5 del PIDCyP.

Las partes aducen que ha sido erróneamente interpretado el precedente “Mohamed vs. Argentina”, pues a su criterio es necesario que el Congreso legisle el procedimiento. Asimismo consideran que esta Sala no resulta ser “tribunal superior” en los términos de la CADH.

Encontrándose abordadas ambas cuestiones en la causa D.429.XLVIII., “Duarte Felicia s/recurso de casación”, a la que remite la decisión de nuestro Máximo Tribunal en la presente, corresponde el rechazo de ambos planteos.

Ya dejamos sentada arriba los alcances de la doctrina del leal acatamiento de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y se advierte de ella que no cabe a esta Cámara juzgar la interpretación realizada por el Cívero Tribunal respecto del precedente “Mohamed vs. Argentina” de la CIDH en este caso concreto; ni tampoco acerca de los alcances del fallo de la CIDH, “Barreto Leiva vs. Venezuela” relativos a la posible excepción a la intervención de un “tribunal superior”.

Por lo demás, cabe recordar que el Alto Tribunal lleva dicho aunque en otras circunstancias y con otra composición, que “se encuentra facultada a adoptar en casos muy especiales, medidas para salvaguardar el correcto ejercicio de la función jurisdiccional”, y que dicha “excepcionalísima facultad”, “fluye de los poderes implícitos que corresponden a este Tribunal” y las medidas así adoptadas derivan de “la potestad de asegurar



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

la eficacia de la actividad jurisdiccional, principio de indiscutida vigencia, inseparable de la función judicial... que alcanza su máximo vigor dentro del ámbito de atribuciones de este Tribunal como cabeza del Poder Judicial de la Nación, último resguardo de la garantía constitucional del derecho de obtener una decisión fundada y eficaz" (Fallos: R. 7. XXX. PVA 06/12/1994).

Por lo expuesto, en atención a la doctrina del leal acatamiento, y al resto de las cuestiones aquí tratadas, el agravio relativo a la intervención de este Tribunal para revisar una condena dictada por otra Sala de la Cámara debe ser rechazado.

3.- Por otra parte, las defensas cuestionan la validez del trámite interno impartido a esta causa, alegando la supuesta violación a la garantía de igualdad por el distinto trámite que se ha dado en otra Sala a causas devueltas por el Máximo Tribunal en los mismos términos que la presente.

Es dable señalar que la decisión del Címero Tribunal en el caso, impuso la necesidad de un trámite que resultara armónico con las herramientas normativas que brinda el código adjetivo, y cuyo contenido se orientara a una revisión amplia, respecto de la cual la Corte ha hecho expresa mención, a la luz de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos incorporados a la C.N. por el art. 75, inc. 22.

Por Acuerdo General N° 6 de esta Cámara Federal de Casación Penal, celebrado los días 6 y 16 de octubre de 2014, tratada la cuestión relativa al trámite a imprimir en las causas que siguen la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentada en el fallo "Felicía Duarte" del 5 de agosto de 2014, "luego de la deliberación por mayoría, se propuso dar respuesta jurisdiccional en cada caso", con cita de los arts. 465 C.P.P.N., 8.2.h CADH y 14.5 PIDCyP.

Si bien la formulación resultó breve y concisa acerca del trámite a seguir, la mención de aquel articulado resultó apropiadamente orientador de la función a la que es llamada esta Cámara para cumplimentar

el propósito de nuestro Tribunal Supremo: dar un amplio alcance a la garantía de una revisión de la condena de un modo accesible y eficaz, sin menoscabo al principio de celeridad procesal.

En tales condiciones, tal como lo expuso el señor Fiscal General ante esta Cámara, y de hecho reconoció el doctor Hornos en su voto, a mi entender, el agravio relativo a la validez del trámite específico previsto por esta Sala para estas actuaciones padece de falta de fundamentación, y en esas condiciones postulo su rechazo.

Ello, en la medida que la parte no logra demostrar violación alguna a la garantía de igualdad, y además, no toma a su cargo explicitar un verdadero agravio de carácter sustancial. Es que de ningún modo especificó que defensa se ha visto privada de oponer, o que cuestionamiento a los términos de la contraparte no ha podido interponer en atención al modo en que se ha llevado a cabo el trámite de la presente. Máxime cuando, además de la presentación prevista en el 465 del C.P.P.N., en los términos más amplios posibles, se celebró la audiencia oral prevista en el art. 468 del C.P.P.N., en donde las partes han tenido la facultad de manifestar todo aquello que creyeron necesario en defensa de sus derechos y respuesta a sus contrapartes.

Con estas consideraciones, adhiero al rechazo del agravio expresado por el doctor que me precede en voto.

4.- Las defensas sostienen que la sentencia de la Sala III es nula por ausencia de mayorías de fundamentos en el fallo.

Este agravio no puede prosperar, puesto que la defensa no intentó, siquiera mínimamente rebatir lo que ya advirtiera la doctora Ledesma en su voto, en punto a que "Las resoluciones en tribunales colegiados como el que integro se toman por mayoría; es decir, en ellos deben existir dos opiniones coincidentes sobre la solución del problema (Fallos 325:2219; 316:609; 305:2218; 302:320)".



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Recordemos que tal y como señaló la doctora Ledesma en algunas de las cuestiones tratadas, no existía concordancia entre los votos de los doctores Catucci y Riggi; y en esas circunstancias, correspondía tal y como se hizo, votar "separadamente con respecto a cada cuestión discutida, las que van quedando así resueltas por mayoría de votos o unanimidad. El disidente queda vinculado a lo resuelto frente a las cuestiones posteriores" (CLARIÁ OLMEDO, Tratado..., T. III, cit., p. 131; en igual sentido cfr. D'ALBORA, Francisco J., Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado., 8º Edic., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 724).

Así, quedaron conformadas las distintas mayorías necesarias para un pronunciamiento válido -ora por los votos concordantes de la doctora Catucci con el doctor Riggi, ora por los de las doctoras Catucci y Ledesma-, acerca de todas las cuestiones que debían ser resueltas. Valoración de los hechos y conformación de la plataforma fáctica, calificación jurídica, etc.

Con estas consideraciones adhiero a lo expuesto por el doctor Hornos.

5.- En cuanto a los planteos relativos a la integración del tribunal, específicamente respecto a la supuesta parcialidad de los jueces doctores Catucci y Riggi, adhiero al rechazo propuesto por el doctor Hornos.

6.- En relación a la planteada existencia de cosa juzgada, coincido con el rechazo propuesto por el doctor Hornos, atento a la falta de fundamentación manifiesta que se desprende del recurso. En efecto, los recurrentes no han logrado rebatir ni siquiera mínimamente lo expuesto por la Sala III en su fallo sobre dicha cuestión; y en tales condiciones, el agravio no puede ser de recibo.

7.- Ahora bien, las defensas de Fernández y Fiszbin plantean en esta instancia cuestiones relativas a la posible prescripción de la acción penal y violación al plazo razonable.

Soy de la opinión según la cual, ante la falta de un pronunciamiento anterior que habilite la jurisdicción de esta Cámara sobre ese punto, una decisión de este Tribunal, en torno a la excesiva duración del proceso, podría resultar violatorio del derecho a la doble instancia.

En tales condiciones, corresponde que en respeto a la garantía prevista en el art. 8.1 de la CADH, la parte formalice su planteo ante el tribunal oral, para habilitar la jurisdicción de esta Cámara por la vía recursiva correspondiente.

Sin embargo, vencido al respecto, al sólo efecto de alcanzar la mayoría de fundamentos requeridos para un pronunciamiento válido he de adherir a la solución propuesta por el doctor Hornos. Ello, por compartir en lo esencial la interpretación que realiza del art. 67, inc. e) del C.P., en base a la sentencia de la Sala III de esta Cámara; y en sustancia, su argumentación respecto a que no se dan las pautas establecidas por la doctrina de nuestro Máximo Tribunal para declarar la extinción de la acción por violación al plazo razonable de duración del proceso.

8.- Hecho de incendio del 30 de diciembre de 2004.

Se advierte que existe un núcleo fáctico que, expuesto ya en la sentencia del TOC 24, no resultó discutido, cual es la existencia del incendio el día 30 de diciembre de 2004, su génesis, su desarrollo y su desenlace mortal.

Lo que resulta cuestionado en esta oportunidad, es la responsabilidad que les cupo a los imputados recurrentes en aquellos hechos.

Por otra parte, atento a la prohibición de reformatio in pejus, es dable señalar que el límite de la decisión lo constituye la calificación de los hechos en los términos del art. 189, párrafo 2º del C.P.P.N..

8.A) Situación de Patricio Rogelio Santos Fontanet, Christian Eleazar Torrejón, Maximiliano Djerfy,



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Daniel Horacio Cardell, Elio Rodrigo Delgado, Juan Alberto Carbone y Eduardo Arturo Vásquez.

Respecto a esta cuestión, de la lectura de la sentencia se advierte que la decisión de la Sala III de esta Cámara, se encuentra al amparo de la tacha de arbitrariedad, habida cuenta que está suficientemente motivada en las constancias de la causa, conforme con las reglas de la sana crítica racional (art. 123 del C.P.P.N.) en lo atinente a la prueba del hecho, la responsabilidad penal de los encausados y la calificación jurídica asignada.

El juez que lideró el acuerdo en la sentencia que nos convoca, cuyo análisis fáctico fue compartido por la doctora Catucci, logró demostrar la premisa según la cual "las resoluciones vinculadas a las cuestiones necesarias para llevar adelante la serie de recitales pactados en 'República Cromañón' para el mes de diciembre de 2004 por la banda 'Callejeros', eran adoptadas de manera democrática por sus integrantes mediante votación, lo que significa que todos, sin excepción, a través de su libre voluntad, generaron la decisión final que permitió unificar el criterio acerca de cómo iban a ser esos recitales". Aclarando en otro tramo de su intervención, que "es cierto que los recitales tuvieron su génesis en una comunicación telefónica entre Omar Emir Chabán y Diego Marcelo Argañaraz. No obstante, esa actividad fue el paso inicial de un convenio que finalmente abarcó tanto al primero de los nombrados, en su carácter de gerenciador del lugar, como a todos los miembros del grupo musical, cuya voluntad fue representada y comunicada por el manager en ese acto concreto".

En el mismo sentido se expresó la doctora Catucci, al sostener que "punto de partida es que la insistencia, intención y decisión de actuar en 'República Cromañón'... era de todos". Agregando, "Comunidad de voluntades y decisiones que se acoplaban a las de Chabán, y en las que mediaba Argañaraz, a instancias de sus compañeros". Concluyendo que "Sobre la base de lo probado

es irrefutable que todos se avinieron a dar comienzo a la función del 30 de diciembre de 2004".

Para llegar a sus decisiones, se analizaron las declaraciones de Patricio Fontanet, Juan Alberto Carbone, Christian Eleazar Torrejón, Elio Delgado, Argañaraz y Cardell; corroborándose sus dichos con los de Aldana Aprea y Laura Mirta Fernández.

Las defensas han atacado el valor que se le ha acordado al testimonio de Aprea, y la supuesta tergiversación de los dichos de los imputados en sus declaraciones espontáneas e/o indagatorias.

Estos embates no pueden ser acogidos favorablemente. Respecto al testimonio de Aprea, concuerdo con el doctor Hornos en que lejos de ser un testigo de oídas, la testigo da cuenta de hechos que fueron percibidos directamente por ella. Su testimonio, goza así de un valor de convicción suficiente en cuanto a que sus consultas no eran respondidas en forma inmediata por Argañaraz, sino que eran sometidas a una deliberación con los miembros del grupo.

La testigo Fernández, por su parte, también da cuenta de una decisión común de todos los integrantes, sin perjuicio del modo en que se arribara a esta decisión, y esto no ha podido ser válidamente discutido por los impugnantes. Por lo demás, certeros fueron sus dichos en punto a que con respecto a en qué lugar tocaba el grupo era algo que se decía "entre todos".

Los testimonios analizados aquí, simplemente corroboraban, por lo demás, los dichos de los integrantes del grupo, músicos, manager y escenógrafo.

Los cuestionamientos realizados por los recurrentes respecto a la valoración de las declaraciones brindadas por los imputados, tampoco pueden ser de recibo. Ello, puesto que de una atenta lectura de las constancias de la causa, incluidas las manifestaciones de los imputados en el debate, no surge cercenamiento alguno por parte del tribunal de los dichos ofrecidos por aquellos.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

En tales circunstancias, no queda más que confirmar que si todos participaban de las decisiones de dónde tocar, y en qué condiciones, es razonable inferir que la conducta grupal expresaba la orientación de las conductas personales; y en este sentido, no resulta de recibo el agravio expuesto por la defensa relativo a que se atribuyó responsabilidad a todos los músicos como si de un mismo ente se tratara.

Otra premisa fáctica tenida por probada tanto por el tribunal oral cuanto por los jueces de esta Cámara en su anterior intervención, es la relativa al uso de pirotecnia.

Sobre el punto, el doctor Riggi afirmó que:

"Ha quedado suficientemente demostrado, como se desprende de la sentencia, que durante las presentaciones de 'Callejeros' se detonaba pirotecnia y que aquella brindada la noche del 30 de diciembre de 2004 no fue la excepción"; citando el fallo del tribunal oral que reconoce que "'No quedan dudas, entonces, que existían datos previos al recital del día 30 de diciembre que demuestran que el público, indefectiblemente, iba a detonar pirotecnia en el transcurso del show' (fs. 67165 vta.)". Recalcó que "Este factor tuvo gran incidencia en el resultado, puesto que de no haberse utilizado este tipo de elementos dentro del local jamás hubiera comenzado el foco ígneo".

Destacó que "se desprende del pronunciamiento recurrido que 'la totalidad de los elementos pirotécnicos secuestrados son idóneos para producir un foco ígneo, particularmente sobre elementos de bajo punto de ignición tales como los materiales combustibles involucrados' (conf. fs. 67167 y 20 vta. de la pericia) y que '...la pirotecnia secuestrada `no resulta apta para su utilización en recintos cerrados, ni cerca de personas o elementos combustibles, dado que los efectos sonoros y lumínicos resultantes de su accionamiento, derivan de una reacción química exotérmica, capaz de transferir al medio el calor necesario, para provocar focos ígneos o lesiones tales como quemaduras o afectación por onda mecánica

sobre las personas, más aun teniendo en cuenta que algunos de los artificios detallados en el informe -candelas y tres tiros-, pueden proyectar esta energía calórica a una distancia considerable del punto de lanzamiento -más de diez metros-' (conf. fs. 67167)".

Concluyendo que "si de una circunstancia no hay dudas es que la presencia de pirotecnia era una constante en los recitales de 'Callejeros'".

Expresó que "dicha afirmación no sólo encuentra corroboración en las manifestaciones de los testigos, tanto de quienes asistían asiduamente a los eventos como de los que concurrían por primera vez, sino que también es fácil de verificar a través de las imágenes que surgen de los videos de los shows brindados en distintos sitios del país (véase la prueba identificada con el n° 274)".

Citó además que "en numerosas revistas de rock, tales como 'El Acople' y 'Soy Rock', obran crónicas de los recitales del grupo 'Callejeros' en las que se hace constante referencia a la pirotecnia utilizada por los asistentes". Y a modo de ejemplo mencionó "el artículo de fecha 13 de abril de 2004, titulado 'Callejeros desvirgó Cromañón', llevado a cabo con motivo de la inauguración del local, del que se desprende la referencia a 'Bengala por acá, por allá y por el otro lado también hacían imposible una respiración digna, nada distinto a otros recitales de esta magnitud' y 'La noche siguió entre tema y tema bengala y bengala'". Así como "la nota de fecha 6 de mayo de 2004, titulada 'Merendando con Callejeros', que fue realizada con motivo del recital que la banda efectuó en el 'Teatro de Colegiales', en la que reza 'El show fue caliente. Sin nuevos temas, Callejeros supo mantener al público encendido de bengalas y algunos tres tiros que rebotaban en el techo y bajaban como balas perdidas. Algunos tuvimos miedo de que pasara lo de República Cromañón en el Festival Stone'". Además del "artículo de fecha 2 de junio de 2004 titulado 'Cromañón les quedó chico' se hace una referencia a lo ocurrido durante la actuación de la banda en la presentación del 29 de mayo de ese año. Se desprende que '...las bengalas



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

fueron las protagonistas...’, ‘[l]a sucesión continuada de bengalas durante cada tema es una expresión más de este desborde de locura, que sale sin guardabarreras’, y ‘[m]ás de veinte bengalas de todos los colores, corridas, andanzas de mujeres a caballito, banderas llegando hasta el escenario...’”. También mencionó “la crónica de fecha 5 de agosto de 2004 correspondiente al recital de ‘Callejeros’ en el estadio ‘Obras’ hace referencia al ‘show de fuegos artificiales que montaron los seguidores de la banda’ y a que los empleados de seguridad ‘no paraban de sacar bengalas hacia afuera’”.

Deduciendo acertadamente que “esta circunstancia en torno a los fuegos de artificio en los espectáculos era plenamente conocida por los integrantes del conjunto musical pues no olvidemos que, incluso, los integrantes lo reconocen al efectuar sus descargos”.

A su turno, la doctora Catucci adhiriendo a lo expuesto por el doctor Riggi, reafirmó que “aunque el uso de pirotecnia no hubiera sido exclusividad del grupo ‘Callejeros’, su admisión de que era una ‘costumbre genuina y espontánea del ámbito del rock’ dejan sin sustento y carente de relevancia el hecho que fuese o no Argañaraz quien la incentivaba”; ponderando en definitiva que “lo cierto es que sabía de su existencia y la contaba como presupuesto y efecto del espectáculo”; y además que “el uso de pirotecnia en los recitales de ‘Callejeros’ no sólo era posible sino una constante”.

Esta cuestión, específicamente la existencia de pirotecnia en los espectáculos de Callejeros no ha sido puesta en discusión por las defensas, quienes se limitan a discutir que el grupo “fomentara” el uso de aparatos pirotécnicos.

Sin perjuicio de compartir las conclusiones a las que arribaron los jueces doctores Riggi y Catucci con un adecuado fundamento en las pruebas obrantes en la causa respecto al fomento de la utilización de pirotecnia por parte del grupo y su manager; lo cierto es que las partes no han logrado demostrar el desacierto del argumento de la doctora Catucci -aunque referido a

Argañaraz- en punto a que, resultaba irrelevante que se “incentivara” el uso de pirotecnia, cuando los imputados sabían que en sus recitales se utilizaba, y esta utilización era tolerada, pues se “la contaba como un presupuesto y efecto del espectáculo”. Agrego además, pues sí resulta relevante, que aún en esas condiciones sabiendo la utilización de pirotecnia en el evento, los imputados contrataron un local cerrado de las características de “República Cromañon”.

A mayor abundamiento, es dable señalar que la “tolerancia” del uso de pirotecnia por parte de la banda, es un hecho que fue aceptado incluso por el tribunal oral en su sentencia, afirmando que era una constante en sus recitales y “nada serio se hizo para evitar que esa práctica cesara definitivamente”.

La defensa puso énfasis en los dichos del cantante de la banda, antes de iniciar los recitales y específicamente el día del trágico evento, llamando a la reflexión a los fans acerca del uso de elementos pirotécnicos. Sin embargo a mi entender, la irrelevancia de aquella admonición de Fontanet para su descargo de responsabilidad, viene del contexto estructural del espectáculo y de que con ella no se expresaba de ningún modo la voluntad firme de suprimir las bengalas como parte de la performance del evento.

Por otra parte, los defensores plantean su crítica respecto a la invocación, por parte del doctor Riggi, de entrevistas relacionadas con recitales distintos del que constituye el objeto procesal del caso.

Los planteos propuestos, y el modo de análisis pretendido por las defensas resulta reduccionista y atomizante de la prueba y de las circunstancias de hecho, con una focalización de un escenario del día del incendio que parece no tener conexión alguna con la conducta precedente del grupo y sus integrantes. En punto a demostrar la tolerancia y regularidad del uso de pirotecnia resulta acertada la valoración efectuada en la sentencia respecto de entrevistas distintas del día del hecho. Sólo este análisis completo y armónico de la



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

historicidad del grupo permite dar cuenta de la previsibilidad de que en el acto del 30 de diciembre, tal y como había sucedido en los espectáculos anteriores, se iba a hacer uso de pirotecnia, pues ello era parte del formato del evento.

En suma, los planteos respecto a la valoración de los distintos elementos probatorios, han recibido respuesta en la sentencia dictada por la Sala III de esta Cámara, advirtiéndose en los presentantes un visión sesgada del plexo probatorio que fuera tenido en cuenta al momento de la sentencia, aferrándose a sus propios dichos, pero sin lograr demostrar los vicios o afectaciones a las reglas de la sana crítica que alegan.

Es de hacer notar que para llegar a la certeza requerida para un fallo condenatorio, se realizó un acabado análisis de la prueba sin incurrir en omisiones ni falencias, atendiendo a las explicaciones de los imputados y a los planteos de las defensas.

Las explicaciones brindadas han resultado razonables, de acuerdo a la sana crítica, y en los planteos no se han brindado argumentos que permitan dejar de lado los criterios de imputación que efectuara la mayoría de los jueces de la Sala III.

En ese orden, la preponderancia demostrativa otorgada a la prueba de cargo respecto de los argumentos de los imputados está adecuadamente fundada y resultó apta para poner en crisis la presunción de inocencia de la que estos gozan. Ello, en el entendimiento de que la duda no puede reposar en una pura subjetividad, sino que ese especial estado de ánimo debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso (confr.: en igual sentido C.S.J.N. Fallos: 312:2507; 313:559; 314:83; 346 y 833; 315:495, entre muchos otros).

La pretensión de los recurrentes, en definitiva parte de la fragmentación de todos los aspectos probatorios e indiciarios, modo de ponderación que no puede tener cabida puesto que es contrario a la

metodología que ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos:308:640, entre otros).

En otro orden de ideas, es dable señalar que “mientras el intelectualismo, en sus dos formas, prescindió de la conducta humana, porque creyó que la ley es el objeto de conocimiento, había que hablar de interpretar la ley. Así se acuñó la expresión; y así se afanó por buscar un método de interpretación de la ley. Si se prescinde de la conducta en el binomio de la ley y conducta, fuerza es ya substantivar la ley y tener que hablar sólo de ella. Así deformado el problema, la pregunta sólo podía formularse del modo tradicional: ¿cómo se interpreta la ley? Para la teoría egológica el problema es muy distinto. No se interpreta la ley; aquí se trata de interpretar la conducta humana por medio de o mediante la ley. Esto es lo que está realmente en juego cuando se habla de interpretación de la ley. Desde nuestro punto de vista, si el objeto de conocimiento es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, no puede sorprender lo que acabamos de enunciar, a saber: que no se interpreta la ley, sino la conducta humana mediante la ley” (confr. Cossio, Carlos, “El derecho en el derecho judicial”, Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1945, pág. 128).

Por ello, a salvo de arbitrariedad la plataforma fáctica fijada en la sentencia, y en vías de interpretación de la conducta de los imputados en función o mediante la ley, queda a salvo la calificación del hecho en el marco del art. 189, segundo párrafo del C.P., tal y como ha sido explicado por la doctora Catucci -aspecto que por lo demás, tampoco podría ser modificado gravosamente en razón del principio de reformatio in pejus-.

En efecto, establecida la elección de forma mancomunada por el grupo conformado por el manager, los músicos y el escenógrafo, de “Cromañón” con sus características aprehensibles a simple vista de ser un local cerrado; sabiendo todos ellos que el uso de material pirotécnico en los espectáculos brindados por el



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

grupo eran una constante; teniendo conocimiento de incendios anteriores que fueron oportunamente sofocados en ese recinto; se advierte sin ambages el encuadre de la conducta imprudente, y negligente de la conducta de los integrantes del grupo Callejeros en el tipo penal previsto en el art. 189, 2º párrafo del C.P., por haber causado la muerte de 193 personas y haber puesto en peligro a miles más.

Los encausados sabían que violaban normas de cuidado debido al contratar aquel lugar cerrado para un evento en el que con certeza se utilizarían aparatos pirotécnicos; conocían además, la posibilidad de que se produjera en el local un foco ígneo; y sin embargo confiaban en la evitabilidad de su producción y su resultado luctuoso.

Coincido con la doctora Catucci en punto a que "el hecho de que en ocasiones anteriores se hubieran originado incendios no demasiado importantes, fácilmente apagados, sin riesgos para los bienes y las personas, permite colegir que si a los integrantes del grupo se les cruzó mentalmente la posibilidad del incendio, la despreciaron".

En este punto, hago mía la cita expuesta en el voto de la doctora Catucci: "En la apreciación del grado de la culpa, ilustrativa es 'a contrario sensu' para el caso la transcripción del pensamiento de Jakobs que trae Günter Stratenwerth en su obra 'Derecho Penal' (Parte General I El Hecho Punible, F.D edit, Bs. As., 2da edición, 1999, pág. 333) referente a que 'Cuanto mayor es el cuidado requerido para tomar conocimiento de la existencia de un peligro o para neutralizarlo, tanto mayor será la posible perturbación de la dirección de la conducta, y en consecuencia, tanto menor el reproche que se puede hacer al autor'".

Por último, es necesario dejar sentada algunas cuestiones.

Las defensas parecen manifestar que la utilización de bengalas en un evento de las características del brindado por callejeros era una

conducta social que, por lo habitual se encontraba prácticamente legitimada.

Al respecto, debo señalar que ninguna conducta colectiva, de otros grupos, o de partes de los organizadores de este evento o la aquiescencia del público puede eliminar la grave negligencia de la utilización de bengalas, en un recinto cerrado. La diferencia central en este caso, y con respecto a otras ocasiones en que la pirotecnia era utilizada en un recinto cerrado, es que precisamente aquella gravísima imprudencia se reflejó en el resultado -incendio con 193 muertos-.

Por otra parte, debe descalificarse cualquier argumento defensivo relativo a que el juicio de reproche al hecho es sinónimo de penalización de alguna expresión artística. En efecto, de lo que se trata aquí no es del ejercicio sin cortapisas de expresiones artísticas, sino de conductas negligentes, nítidamente separadas y separables del arte, sus manifestaciones de la aptitud o deficiencias de seguridad de los lugares en que se llevan a cabo.

En razón de lo expuesto propicio el rechazo de los agravios interpuestos.

8.B) En relación a Villarreal, habré de adherir a los fundamentos y solución de rechazo de sus agravios, respecto del delito previsto en el art. 189, 2º párrafo del C.P., en los términos propuestos por el doctor Hornos.

En efecto, el recurrente no logró poner en crisis los argumentos y la valoración de la prueba efectuada por la mayoría del tribunal para la determinación de los hechos fundantes de la condena.

En este sentido, el doctor Riggi afirmó que "el nombrado no era una persona 'fungible' dentro de la estructura del comercio. Tampoco era un simple empleado de mayor jerarquía. Era el hombre de confianza de Chabán, su 'mano derecha' con bastante independencia en lo que hace a la operatividad del lugar; Gabriel García Aidenbaum lo mencionó como a la 'persona operativa' del



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

sitio y Flavio Heredia (empleado de mantenimiento del hotel), dijo que el propio Chabán se lo presentó como su 'mano derecha'".

Reafirmó que "la prueba analizada en la sentencia permitió demostrar la variedad de tareas que se le han asignado al nombrado, de acuerdo a la ubicación del testigo que las relatara".

Reseñando que por un lado "los representantes de las distintas bandas lo vieron como una persona dedicada a las relaciones públicas, a la venta de entradas en boleterías o a practicar liquidaciones, pero más alejado del tema de la seguridad o control de acceso (así ver los dichos de Eduardo Sempé, Marcelo Caputo, Fernando Gonzalez Deigo y Mauricio Lezcano)". Por otro, "quienes se desempeñaron en la seguridad o control (Luciano Otarola, Héctor y Leonardo Zerpa, Daniel Coria, Claudio Ruiz, Carlos Medina, entre otros), si lo reconocían como al encargado de la misma y seguían sus indicaciones" -citando que "en este punto, según el funcionario policial Carlos Stortini, el propio Chabán le presentó al acusado como encargado de seguridad, aunque no lo consideró tal y por ello no lo consignó"- . Asimismo, que "el iluminador de esa noche Sergio Piñeiro, quien aseguró que si tenía que hacer alguna consulta sobre ese tema se la hacía al nombrado" y a concurrentes que lo observaron dando indicaciones al personal de control".

También ponderó que "Carlos Medina contó que había cumplido funciones de control en el local 'Cemento' pero en una oportunidad Villarreal lo 'echó' porque no estaba de acuerdo con su forma de trabajar". Así como que "Mirta Enriquez -se desempeñó como control el día del hecho-, relató que fue convocada por 'Claudio' quien le dijo que si él no se encontraba debía contactarse con Raúl Villarreal".

Entonces, dedujo de esos testimonios "que este último no asesoraba o aconsejaba al personal de control como se pretende en el fallo; por el contrario le indicaba cómo desarrollar su labor y, cuando lo

consideraba, pasaba por sobre él permitiendo el ingreso de personas sin ser revisadas”.

Poniendo de resaltó que “el personal que cumplía dichas funciones acataba lo que éste le ordenaba, aún cuando se trataba de violar justamente ese control; a ese nivel llegaba la autoridad de Raúl Villarreal sobre los encargados de bregar por la seguridad de los concurrentes. Cuando no estaba de acuerdo con la forma de trabajo, despedía a la persona como le ocurrió al testigo Medina en el local ‘Cemento’”.

Valoró que “en cuanto al día del hecho, Medina relató que se presentó ante ‘Lolo’ -Lorenzo Bussi- y le preguntó si podía ingresar, éste lo consultó con Villarreal quien lo autorizó”. Coligiendo que “el ejemplo despeja cualquier duda al respecto, el propio Lorenzo Bussi, coordinador o referente de los demás empleados de control, debió consultar con el acusado respecto del ingreso de un concurrente, no pudo disponerlo por sí mismo. Tal era la injerencia de Villarreal en el tema que para el día 30 de diciembre pidió al nombrado que llevara 5 personas más de control que las que hubo los días previos”.

Señaló además que “varios testigos lo observaron en la puerta de ‘República Cromañón’, ‘chequeando que todo esté bien’ (Mariano Bohuier), dando indicaciones a la gente y al personal del establecimiento (Damian Espinoza), ordenando las filas de ingreso al local (Adrián Ramírez y Julio Garola) y controlando el ingreso y egreso de público (Jorge Leggio)”. Así como también que “varios concurrentes y personal de control lo mencionaron como facilitando el ingreso de espectadores a cambio de una suma de dinero, sin la entrada correspondiente y evitando un cacheo adecuado -así lo sostuvieron Juan Masullo, Claudio Ruiz, Fernando Zerpa, María del Pilar Rodríguez Grellet y Paula Perez-”.

Mencionó que “Daniel Vicente Jiménez, personal de SADAIC, comentó que los días 29 y 30 de diciembre se presentó ante Villarreal a quien conocía y que, éste, el día 29 le abonó parte del dinero correspondiente”. Así



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

como que "se lo ha visto también manejando el estado de las vías del ingreso al local, puntualmente del portón principal que conduce al hall de boleterías. Gustavo de Jesús y Damian Espinoza, concurrentes al recital, vieron cuando Villarreal cerró dicho portón junto a Mario Díaz. Mirta Enriquez, que cumplió funciones de cacheo, fue conteste sobre el particular, como así también los Zerpa que cumplieron las mismas funciones".

Afirmó que "cuando Chabán no se encontraba, Villarreal era el encargado de 'dar puerta', es decir, de permitir el ingreso del público al local -así se manifestaron Juan Carlos Bordón, Héctor Albornoz, Fernando y Héctor Zerpa-. El propio acusado dijo que 'daba la orden de empezar' o 'tomaba la decisión de empezar el recital'". Recordando que "inclusive y según lo dicho por Lorenzo Bussi, el día del hecho se demoró el inicio de la venta de entradas porque el acusado llegó tarde; es que, según dijo, 'hasta que Raúl no llega no pasa nada'".

Citó el testimonio de Maximiliano Chaparro, conserje del hotel aledaño, quien "señaló que si Chabán o Villarreal preguntaban por Garola o por el mismo Levy, tenía orden de comunicarlos" y que "se practicaban reuniones periódicas entre 'Chabán y Villarreal por un lado, y Levy o Julio Garola por el otro' que se realizaban 'en la confitería o en la oficina del dueño'".

Poniendo el ejemplo de Viviana Cozodoy dio por probado que Villarreal "También intervino en la contratación y formación de nuevos empleados", pues aquella "contó que al ser convocada por Chabán para trabajar en 'República Cromañón', se reunió tanto con el nombrado como con Raúl Villarreal y que el día que inició sus labores se presentó ante éste último quien le señaló cómo realizarlas".

Concluyó en definitiva "que las tareas que efectuaba Villarreal no están controvertidas ni eran algunas puntuales delegadas por Chabán o siempre de acuerdo con lo que éste le indicaba, con un acotado margen de libertad"; sino que "más bien parece todo lo

contrario, actuaba en todos los órdenes de la actividad que se desarrollaba en el local, a saber: vendía entradas en boletería, practicaba liquidaciones y confeccionaba el bordereaux reuniéndose con los managers y armando algunas fechas; dirigía al personal de seguridad o control y disponía de su número; manejaba el ingreso de espectadores flexibilizando los controles en algunos casos según su criterio; decidía el estado de las puertas principales de ingreso; señalaba a los nuevos empleados las tareas a realizar; recepcionaba al personal de S.A.D.A.I.C. abonándole parte del canon respectivo; daba puerta cuando no estaba Chabán, permitiendo de esa manera el inicio del show; y participaba de las reuniones que éste llevaba a cabo con Levy. Hasta despidió un empleado de control en 'Cemento' y armó alguna fecha de recital".

Tal análisis, le permitió afirmar con acierto que "lejos de aquél empleado 'fungible' mencionado en la sentencia, nos encontramos ante la 'mano derecha' de Omar Chabán, una especie de encargado general del boliche, según el decir del testigo Lucas Hasmat, con un amplio margen de decisión en lo que hace a la operatividad del lugar, incluso en algún caso por sobre los propios coorganizadores del evento".

En esta línea de razonamiento recordó "el episodio de los portones principales: cuando se estaba por iniciar el recital de 'Callejeros' Argañaraz, representante del grupo musical, solicitó que fueran abiertos pero Villarreal se opuso y primó su voluntad, los portones no se abrieron. Con ello no queremos decir que estuvo equivocada su orden en el caso concreto, sino que tenía un amplio margen de decisión y que lo que dispusiera se cumplía". Destacando también que "para el recital del día 30 le indicó a Lorenzo Bussi que concurriera con 5 personas más para controlar el ingreso y Chabán no dijo haber dado esa orden sino que más bien parece haber surgido del propio Villarreal y de la función que desplegaba en el lugar".

Razonó que "si los testigos no coinciden en las actividades que le asignan, no es por contradecirse entre



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

sí, sino todo lo contrario. Es porque el acusado no tenía una actividad específica, intervenía en todas las cuestiones que se sucedían en el marco de la realización del show”.

Afirmando que “puntualmente el día del hecho, se comenzaron a vender entradas recién cuando él llegó -con retraso-; ‘dio puerta’ porque no estaba Chabán; organizó el ingreso del público dándole indicaciones, no consejos, al personal de control; permitió el ingreso de personas sin entradas y sin ser cacheadas, cobrándoles directamente y obteniendo así un ingreso extra; y cuando se estaba por iniciar el show de ‘Callejeros’ dispuso el cierre de los portones principales con el fin de que no ingresara más gente”. Así como que “todo ello podía hacerlo justamente por ser el hombre de confianza de Chabán, su mano derecha, quien estaba en todo (según Lucas Hasmát), aun en las reuniones con el dueño del predio Rafael Levy, con quien podía comunicarse directamente si lo necesitaba, como dijo el conserje Chaparro”.

En suma señaló que “nos encontramos en presencia de una persona de gran confianza para Omar Chabán -dos décadas trabajando juntos-, experimentada en el ambiente y con amplios poderes a la hora de decidir sobre la operatividad del lugar en el marco de la ejecución de los recitales, aunque más acotada a la hora del acuerdo organizativo previo donde el grupo musical y Chabán eran quienes decidían”. Agregando que “con décadas al lado de Chabán y frente al nuevo desafío de éste de conducir dos locales a la vez, consideramos que el acusado era una persona no solo necesaria, sino imprescindible en la estructura del lugar”.

Por último, en el análisis de la situación de Villarreal con relación al hecho del 30 de diciembre, el doctor Riggi ponderó la participación de aquel en el pacto ilícito de Chabán con Díaz -funcionario de la policía federal-.

A su turno, la doctora Catucci en coincidencia afirmó que “el imputado, ejerció tareas imprescindibles

vinculadas al funcionamiento del local..."; "la intervención del acusado excedía la de un empleado de carácter 'fungible' como lo sostiene el a quo, sino más bien se mostraba como una persona imprescindible en el funcionamiento del establecimiento"; "la prueba producida en el debate demuestra que Villarreal era parte casi imprescindible de la organización, a saber: vendía entradas en boletería, practicaba liquidaciones, dirigía al personal de seguridad y disponía su número, manejaba el ingreso de espectadores flexibilizando los controles en algunos casos, indicaba a los nuevos empleados las tareas que debían realizar, decidía sobre el estado de las puertas durante el desarrollo de un espectáculo, daba órdenes del inicio del ingreso de los espectadores ante la ausencia de Chabán, funciones estas, a las que sumo las mencionadas y ponderadas por mi colega".

Valoró además que Raúl Villarreal estaba al tanto de la situación de peligro en que se realizaban los recitales en el local, como así también de aquella que concretamente se configuró la noche de los hechos. Respecto a esto último, señaló que "el nombrado sabía perfectamente la dificultad de las salidas, la cantidad de concurrentes que se esperaban para esa noche, la seria posibilidad del uso de pirotecnia en ese espectáculo, como asimismo que el local contaba con materiales inflamables que recubrían el cielo raso".

En definitiva, tuvo por acreditado que "el día 30 de diciembre del año 2004, Raúl Alcides Villarreal, ante el conocimiento de las condiciones antirreglamentarias en que funcionaba el local 'República Cromañón', fue la persona que 'dio puerta', es decir, que permitió el ingreso del público al establecimiento y tuvo plena conciencia de la cantidad de jóvenes que entraron. Recordemos que Omar Chabán llegó poco después".

A ese respecto, reseñó que "el testigo Héctor Zerpa, parte del grupo destinado al cacheo de los asistentes explicó que esa noche 'era Villarreal quien decidía cuando se abrían las puertas para que el público ingrese'. En sentido similar, Fernando Zerpa destacó que



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

el nombrado llegó a las 17hs. el día 30 de diciembre y que 'fue quien les indicó como debían realizar su trabajo, esto es, a qué hora tenían que abrir las puertas del local y en qué sentido debían organizar la fila de concurrentes para controlar el acceso'".

Valoró específicamente que "ante el conocimiento de las irregularidades y el peligro que entrañaba la realización del espectáculo en las consabidas condiciones de organización, la apertura de puertas para que el público ingrese al lugar, se muestra como una conducta claramente imprudente lesiva del bien jurídico seguridad pública, puesto que fue a partir de ese acceso que los concurrentes se vieron expuestos al riesgo de incendio que existía en el local"

En coincidencia con el doctor Riggi, mencionó que "los testigos que se desempeñaron en el control de acceso, entre ellos Luciano Otarola, Héctor Leonardo Zerpa, Daniel Coria, Claudio Ruiz, entre otros, reconocían al nombrado Villarreal como el encargado de seguridad el local y seguían sus indicaciones". Ponderando que su accionar en relación a ese había sido "por demás negligente, pues en el ejercicio de esa actividad, debía haber velado por extremar los recaudos de control de los asistentes de modo de impedir de manera eficiente el ingreso de elementos pirotécnicos al establecimiento"; y sin embargo "el imputado no sólo no realizó ningún comportamiento prudente en tal sentido, sino que incluso facilitó el ingreso de algunos concurrentes sin entradas y los dispensó del control a que eran sometidos muchos otros, quizás por dinero". Concluyendo que "de esta manera, la conducta negligente de Villarreal incidió inequívocamente en el resultado final, por lo que debe afirmarse su responsabilidad penal por el tipo culposo".

Por último, ponderó la intervención de Raúl Villarreal en el pacto espurio celebrado entre Omar Chabán y el Subcomisario Díaz "para garantizar el funcionamiento del local 'República Cromañón' en las condiciones irregulares que ya hemos ponderado

extensamente y que permitían el desarrollo de la actividad del local por fuera de las ordenanzas y reglamentos que debían observarse para el cuidado de la seguridad de los asistentes”.

Puntualizando, que “su responsabilidad no está centrada en si cumplía o no un papel de garante, sino en que contribuyó con su voluntad y conducta en todas las tareas que Chabán le encomendaba y en otras en las que le dio poder de decisión”.

Todos los razonamientos transcritos hasta aquí y con ellos la valoración y selección de la prueba realizada en la sentencia de la Sala III no han podido ser puestos en crisis por el recurrente, que se ha limitado a afirmar su disenso, pero sin demostrar de ningún modo arbitrariedad en la decisión. En este sentido, debemos mencionar que sostener la participación y responsabilidad que le cupo al imputado en los hechos de la causa apoyándose en pluralidad de pruebas y presunciones inferidas de circunstancias objetivas adecuadamente comprobadas resulta plenamente válido.

En el caso, se ha partido en el análisis de prueba directa sobre el hecho y no se han considerado los indicios en forma fragmentaria ni aislada. Tampoco ha incurrido en omisiones ni falencias respecto de la verificación de los sucesos conducentes para la decisión del litigio, haciendo clara por el contrario, una visión de conjunto y correlacionándose todos los elementos probatorios entre sí.

Entiendo, en definitiva, que no resulta procedente la absolución en virtud del principio “in dubio pro reo”, ya que se llega a la sentencia de condena con la certeza requerida para esa conclusión y la solicitudes de la defensa se apoyan en un cercenamiento del material fáctico y probatorio dando base a un juicio meramente subjetivo, apartado de las constancias de la causa que fueran reseñadas arriba.

9.- Responsabilidad de los imputados Fernández, Fiszbin y Torres.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Encontrándose sellada en este aspecto la suerte del recurso, en razón del voto concordante de los colegas, he de señalar que de un exhaustivo análisis de las evidencias ponderadas por la resolución de la Sala III de esta Cámara, y que responden cabalmente a la situación de hecho y derecho de la conducta de los funcionarios públicos Fernández, Fiszbin y Torres, resulta ineludible adherir a las conclusiones aquí formuladas por el doctor Hornos en cuanto al rechazo de sus agravios.

Es que en este aspecto, la sentencia de la Sala III, se encuentra al amparo de la tacha de arbitrariedad, habida cuenta que está suficientemente motivada, conforme con las reglas de la sana crítica racional (art. 123 del C.P.P.N.) en lo atinente a la prueba de los hechos, la responsabilidad de los encausados y la calificación legal asignada, sin que se advierta tampoco violación alguna al principio de congruencia en razón de la jurisprudencia constante que llevo asumida en esta Cámara.

10.- El hecho de cohecho.

10.A.- a) Los agravios que ponen en tela de juicio la existencia misma del acuerdo espurio entre Omar Chabán y el Subcomisario Carlos Rubén Díaz, no tendrán favorable acogida.

En primer término debo señalar que recaen sobre una cuestión que ya fue exhaustivamente abordada en la sentencia de la Sala III de esta Cámara, revisando la decisión del Tribunal Oral N° 24 por la que se condenó a Argañaraz y Chabán por este hecho, y que a ese respecto se encuentra firme en razón del rechazo de los recursos extraordinarios interpuestos por las defensas de estos imputados, por parte del Címero Tribunal.

Por lo demás, y sin perjuicio de lo expuesto, se advierte que en su agravio los recurrentes no logran demostrar arbitrariedad alguna en el fallo en crisis.

Ello así, por cuanto limitan su discusión a la valoración que se hiciera de un testimonio supuestamente dejado de lado por el TOC 24.

Sin embargo, en su análisis no advierten que los dichos de Albornoz -a quien colegimos se refieren-, lejos de haberse dejado de lado por el tribunal de juicio, fueron tenidos por verosímiles en general con la salvedad de la cuestión relativa al pasamanos del billete, como ocurrida el día 29 de diciembre.

Además, ya el propio tribunal oral, y aún más en el fallo de la Sala III de esta Cámara se hizo evidente que la ponderación de ese testimonio estaba signado por su corroboración con el resto de la prueba obrante en la causa. En este sentido los extremos fácticos apuntados por Albornoz se verificaron, en lo pertinente y con el alcance asentado en la sentencia, con las declaraciones de Viviana Cozodoy, de Mario Alfredo Díaz, de Ana Sandoval, de Eduardo Daniel Sempé, como así también con las anotaciones de la agenda y la declaración de Diego Marcelo Argañaraz y el folleto "Rockmañon".

En esa inteligencia, los recurrentes no han intentado demostrar siquiera mínimamente que el testimonio que ponen en crisis, sea dirimente para el hecho que tuvo por probado el tribunal de juicio. Ello tampoco hubiera sido posible con éxito, cuando el cúmulo probatorio obrante en la causa admite que incluso mediante una supresión hipotética de aquel testimonio, quede incólume la argumentación del tribunal en punto a la existencia del hecho.

En definitiva, y sobre la existencia del hecho mismo de cohecho, la sentencia se encuentra a cubierto del embate casatorio. La decisión de la Sala III abordó todos y cada uno de los planteos que al respecto hicieron las partes oportunamente y la defensa ha pretendido ahora reeditar una cuestión que fue abordada con fundamentación suficiente para tener a la sentencia como acto jurisdiccional válido.

10. A.- b) Sin perjuicio de ello, encontrándose sellada la suerte del recurso por el voto concordante de los colegas que me preceden, he de señalar brevemente mi disidencia con la solución propuesta específicamente en lo relativo a la responsabilidad de Patricio Rogelio



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Santos Fontanet, Christian Eleazar Torrejón, Maximiliano Djerfy, Daniel Horacio Cardell, Elio Rodrigo Delgado, Juan Alberto Carbone y Eduardo Arturo Vásquez.

Es que de una acabada lectura de la causa, y confrontando tanto las sentencias del Tribunal Oral y de la Sala III, no logro arribar al grado de certeza necesario para afirmar la responsabilidad de los recurrentes en este hecho.

En este sentido, aun afirmando como lo hago en acápites precedentes, que los integrantes del grupo "Callejeros" tenían conocimiento del uso de pirotecnia y se pusieron de común acuerdo para llevar a cabo en el lugar cerrado de las características del local "Cromañon" -que también conocían-, y en comenzar de hecho el show ese día, todas cuestiones que en definitiva se proyectaron en el resultado luctuoso del incendio; muy distinto es el tener por cierto el conocimiento e intervención en un pago indebido a la policía.

La inferencia que pudiera hacerse respecto a que los "Callejeros" conocían que en Cromañon sí se utilizaban los elementos pirotécnicos pese a la prohibición legal, resulta endeble e insuficiente para arribar al grado de certeza exigido para un pronunciamiento condenatorio.

Y aun cuando se pudiera tener por reconocido el pago a la policía, en virtud de las liquidaciones efectuadas por Argañaraz, ese pago específicamente con respecto a estos imputados no es inequívoco de ilegalidad, en la medida que tal como lo señala la doctora Ledesma en su voto, pudo haber sido concebido como "pago por servicio adicional".

En tales condiciones, atento al estado de duda que surge de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso (confr.: en igual sentido C.S.J.N. Fallos: 312:2507; 313:559; 314:83; 346 y 833; 315:495, entre muchos otros), entiendo que resulta procedente la aplicación a este hecho de la absolución en virtud del principio "in dubio pro reo", por imperio del art. 3 del C.P.P.N., con respecto a los imputados

Patricio Rogelio Santos Fontanet, Christian Eleazar Torrejón, Maximiliano Djerfy, Daniel Horacio Cardell, Elio Rodrigo Delgado, Juan Alberto Carbone y Eduardo Arturo Vásquez.

En atención al modo en que resuelvo la cuestión, corresponde remitir a la Secretaría General de esta Cámara para que desinsacule un nuevo Tribunal Oral a los efectos de que fije nueva pena, previa audiencia de visu; y ello me exime de pronunciamiento en punto a los planteos relativos a la arbitrariedad en los montos punitivos impuestos a los recurrentes.

10.B) En relación a Villarreal, la plataforma fáctica en torno al delito de cohecho, se encuentra firme, en la medida que su impugnación actual, solo se dirige a la modificación sufrida por el grado de participación que se le endilgó -fue condenado por el TOC 24 como partícipe secundario y eso fue modificado por la sentencia de la Sala III, al grado de partícipe necesario-.

Para desentrañar su grado de aporte, debemos analizar que el doctor Riggi señaló que "otro punto que muestra a las claras el amplio margen de libertad que gozaba en su accionar y la trascendencia del mismo tiene que ver con la otra conducta reseñada, la de cohecho activo. En oportunidad de los recitales previos de 'Callejeros', Chabán lo consultó acerca de si 'ya había arreglado con el Comisario', a lo que le respondió que sí, 'lo de siempre más doscientos más... como anoche', lo que fue avalado por Chabán". Concluyendo que "entonces es claro, en el caso puntual quien arregló cuestiones concretas con el 'Comisario' fue Villarreal: dentro del marco del pacto trazado entre el Subcomisario Díaz y Chabán -'lo de siempre'- decidió sin ningún tipo de consulta y por propia iniciativa pagar 'doscientos más'. Si no fuera así y no hubiera existido esa autonomía, no se explica por qué Chabán lo consultó. En realidad, esa pregunta es una clara prueba de la autonomía que gozaba Villarreal en el predio, y de que no era un mero ejecutor de las indicaciones que el gerenciador le daba".



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Consideró que “únicamente una persona de suma importancia en el lugar podría estar en condiciones de resolver en el caso concreto cuestiones vinculadas al acuerdo ilícito llevado a cabo”. Así como también que “Chabán no delegaría una cuestión de esa magnitud en un empleado jerarquizado, necesitaba invariablemente a una persona de suma confianza, rol que a esa altura únicamente podía ocupar Raúl Villarreal”, y que “el Subcomisario Díaz nunca hubiera aceptado tratar con un empleado más sino que solamente lo haría con alguien de extrema confianza del gerenciador del lugar”.

Reafirmó su convencimiento ponderando que “la confianza era tal que el acusado era quien en muchos casos practicaba las liquidaciones -él mismo lo reconoció-, consignando el importe correspondiente al pago ilegal. Ese contexto, amén de demostrar el conocimiento que tenía del mismo, habla a las claras de la relevancia de su intervención en todos los órdenes del lugar, especialmente en uno que pertenece al ámbito más privado posible, dado que se vincula a la comisión directa de un ilícito y en el que intervienen aquellos cuyo deber es reprimirlo”.

Por su parte, la doctora Catucci, reseñó que “la relación que tenía Chabán con Villarreal fue lo que determinó que fuera éste y no otro el encargado de la entrega del dinero”. Poniendo de resalto que “esa especial relación entrabos determinó la identidad del encargado de la paga”; y que “ese fue el rol de Villarreal que en la causa no se sustituyó por otro”.

Teniendo en cuenta la pluralidad, variedad y carácter de las actividades que llevaba a cabo Villarreal en su relación con Chabán, circunstancias que ya expusimos en el acápite precedente y no pudieron ser rebatidas por la defensa, y en ese marco, el específico aporte del imputado en el pago a la autoridad policial para el cumplimiento del pacto espurio, entiendo que se encuentra ajustado a derecho el grado de participación asignado en la sentencia de la Sala III.

11.- Fundamentación de pena.

a) La defensa de Villarreal se agravió de la fundamentación de la pena impuesta a su pupilo, coincido en lo esencial con los jueces que me preceden en punto a que en este aspecto la sentencia se encuentra adecuadamente fundada pues se advierte que el tribunal brindó suficientes pautas de apoyo para alejarse del mínimo, en atención al grado de injusto y culpabilidad demostrado por el imputado.

b) Distinta es la situación de Fiszbin, Torres y Fernández.

He de señalar, brevemente, que a mi entender, a su respecto, al momento de fijárseles los montos punitivos, se han evaluado elementos que ya habían sido analizados precisamente para dar cuenta de la configuración típica de los ilícitos por los que fueron condenados; y en tales condiciones, entiendo que hubo afectación al principio ne bis in idem -arts. 75 inc. 22 de la C.N.; 8: 4 de la C.A.D.H.; 14: 7 del P.I.D.C. y P.; y 1º del C.P.P.N.). En este sentido, se ha dicho que “en muchos supuestos, las circunstancias del hecho ya constituyen el fundamento del propio tipo penal” y “En ese caso, la prohibición de doble valoración impide que esa característica del hecho se tenga en cuenta nuevamente” (confr.: Ziffer, Patricia S., “Lineamiento de la determinación de la pena”, Editorial Adh-Hoc, Buenos Aires, pág.131).

Lo expuesto, acarrea la nulidad de las penas dispuestas tanto en la sentencia de la Sala III de esta Cámara, como en la del Tribunal Oral que resultara su precedente; y en esas circunstancias, propicio el reenvío al tribunal oral que resulte desinsaculado, conforme el acápite 10.A.b de este voto, a los efectos de un nuevo pronunciamiento respecto de la pena impuesta a Torres, Fiszbin y Fernández.

Sin embargo, tal propuesta ha quedado en minoría en atención al tenor de los votos que me preceden; y encontrándose sellada la suerte del recurso en relación a Fiszbin y Torres, sólo me queda dirimir la



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

discordancia que se advierte respecto a la fundamentación de la pena impuesta a Ana María Fernández.

En tal trance, al sólo efecto de lograr las mayorías necesarias para un pronunciamiento válido, habré de adherir a la solución propuesta por el doctor Hornos.

12.- En punto a la validez constitucional del art. 12 del C.P., habré de manifestar brevemente mi disidencia, puesto que he sostenido la constitucionalidad de esa normativa *in re*: "Altamirano García, J.C. y otros s/ rec. de inconstitucionalidad" causa n° 6618, registro n° 9223 de la Sala II de esta Cámara, resuelta el 9 de noviembre de 2006.

13.- Reflexiones finales

La escasa prudencia impregnada de gran entusiasmo que ejerció el grupo "Callejeros" en el diseño y organización de sus recitales, unido a la inerte pasividad de las reparticiones públicas encargadas del poder de policía en la Ciudad de Buenos Aires, con el añadido de una instancia de corrupción policial, y con el agravante de una voracidad empresaria sin límites, determinó la tragedia que consideramos en el sub iudice.

Recordemos que Aristóteles, en su "teoría de la 'phronesis' traslada continuamente la sabiduría práctica en el individuo a una capacidad para actuar en un marco político a los efectos de la vida en común. De esta manera, al basarse el interés privado necesariamente en los asuntos públicos, la sabiduría práctica se define en primer lugar en los términos de virtud política, como Aristóteles lo plantea explícitamente: 'en general, se busca la propia ventaja y se piensa que hay que consagrarse por entero a esta ocupación. Esta opinión ha hecho nacer la idea de que actuar de esta manera es dar muestras de prudencia. Sin embargo, ¿acaso es posible buscar el bien propio sin preocuparse por el bien de la propia familia y por el de la ciudad?'" (confr.: Gaëlle Fiasse (Coord.) Paul Ricœur - Del hombre falible al hombre capaz, Serie Problemas Claves, Editorial Nueva Visión, pág. 23).

Esta tragedia es como una herida aún sangrante en la memoria colectiva argentina que se une a la disminución de los derechos y garantías de los ciudadanos que asisten a estos eventos y cuya desaparición ninguna sentencia penal ni ninguna reparación económica futura podrá aliviar desde el dolor inconsolable de los familiares y amigos de las víctimas.

Se ha dicho que los últimos treinta años en la doctrina criminológica y penal han testimoniado el surgimiento y expansión de los derechos de las víctimas tanto en el proceso penal como en la reparación económica.

Ya tuve oportunidad de referirme reiteradamente a las víctimas en mis decisiones respecto a los Tribunales Penales Internacionales, abordando el aspecto desde la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso del poder, ratificada por la Asamblea General de la ONU, en donde se afirma la necesidad de que se adopten medidas nacionales e internacionales a fin de garantizar el reconocimiento y el respeto universales y efectivos de los derechos de las víctimas de delitos y del abuso del poder. En esa declaración se insta además "a los Estados Miembros a que tomen las medidas necesarias para poner en vigor las disposiciones contenidas en la Declaración, inter alia, fomentar la observancia de códigos de conducta y principios éticos, en particular las normas internacionales por los funcionarios públicos, inclusive el personal encargado de hacer cumplir la ley, el correccional, el médico, el de los servicios sociales y el militar, así como los empleados de las empresas de carácter económico" (confr.: David, Pedro, "Las Naciones Unidas, los derechos del hombre y los principios básicos de la independencia del Poder Judicial". Giuffrè editore - 1999. Estratto dal volumen: L'Indipendenza della Giustizia, Oggi, Judicial Independence, Today. Liber amicorum in onore di Giovanni E. Longo).

Quisiera repetir aquí lo que el Grupo de Expertos del que formé parte incluyó como párrafos



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

finales de su informe del 11/11/1999 sobre los Tribunales Penales Internacionales de la Ex Yugoslavia y de Ruanda, al Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi A. Annan: "Que no deje de mencionarse a las víctimas y a sus parientes próximos en nuestro informe. Que se recuerde una vez más que un día muchos existieron que hoy ya no existen. Permítasenos esperar que la comunidad internacional hallará, en un momento y en un lugar aún desconocidos, la fortaleza y los recursos para recordar a quienes se extinguieron y ayudar a los que sobrevivieron, mutilados o violados en el cuerpo o en el espíritu".

Ese párrafo se aplica también a la situación que ha creado esta "trampa mortal" en los términos del voto de nuestra distinguida colega la doctora Liliana Catucci.

Ya hemos señalado, y queremos repetirlo aquí que esa inercia de los poderes públicos frente a implementar las regulaciones preventivas ya en existencia y por una gestión eficaz y protectora de los derechos del público en general cuando asiste a estos espectáculos, ha causado otros eventos trágicos en nuestro país.

Este progresivo debilitamiento de la protección del derecho a la vida y otros derechos constitucionales, se enlaza, a mayor abundamiento con la pregunta de por qué y para qué hacen Derecho los hombres. Esa pregunta no la encontramos contestada, solamente, en la estructura de la idea de justicia sino en el valor seguridad, que representa una cierta justicia, o para decirlo con la frase del jurista tucumano, Carlos Cossio: la justicia no es sólo el valor central, sino que se implica en cierta dimensión en todos los otros, en el orden, en la seguridad, en el poder, en la paz, en la solidaridad, y en la libertad, donde moran todos los valores; el reservorio de todas las valoraciones posibles, como decía el ilustre maestro Miguel Herrera Figueroa.

El valor seguridad está presente como dimensión central del plexo normativo, defendidos en nuestro Código Penal, en el Título VII, de los delitos contra "La Seguridad Pública".

Como diría Miguel Reale, el gran jurista brasileño, los valores existen en una dialéctica de implicancia y no de oposición.

He dicho que “esa actualización normativa de que habla Reale, significa ni más ni menos que poner las instituciones jurídico-social-políticas a tono con valores y prácticas que sustentan la libertad del hombre, en un pluralismo abierto más allá de toda unilateral ideología en el contexto de un marco donde persona, sociedad e historia sean conceptos correlativos, en una concreción dialéctica que torne imposible la comprensión de un elemento con olvido de los otros” (confr. mi obra: “Sociología jurídica. Perspectivas fundamentales. Conflictos y dilemas de sociedad, persona y derecho en la época actual”, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1980, pág. 239).

El hecho de apuntar aquí a la conducta como historia significa también que no podemos escindir en acontecimientos cronológicos referidos al día del hecho como lo pretenden algunos actores en el sub-judice la totalidad sucesiva, en términos de Alberto Rouges, esto es el acaecer de la conducta de los integrantes de Callejeros y de todos los implicados en el trágico evento.

Es obvio que mi razonamiento no constituye un ejercicio ortodoxo del positivismo jurídico, centrado solamente en la norma y al estilo de la filosofía neokantiana de Kelsen. He señalado en otra parte que “luego Kelsen evolucionó. Fue consultor de las Naciones Unidas y su labor se reflejó en la Carta de la Organización, que paradójicamente, constituye la vigencia de derechos y garantías fundamentales para los pueblos del mundo y no sólo los Estados partes y abrazó no sólo las normas sino los valores permanentes en las circunstancias históricamente considerada” (ver mi Conferencia pronunciada en la Universidad de Castilla la Mancha, “El Derecho Penal Internacional homenaje a los Maestros Jerome Hall y Manuel López Rey y Arrojo”).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Las sucesivas decisiones judiciales en esta causa han estado cerca de crear un laberinto jurídico, de tal suerte que metafóricamente nos encontraríamos buscando el hilo de Ariadna que le permita a Teseo reconstruir el camino correcto y sortear al Minotauro, representado primariamente por la falta de medidas preventivas eficaces que evitaran la masiva victimización del luctuoso suceso que aquí juzgamos. Así, sobre la tercera pregunta Kantiana, qué podemos esperar, confiamos en que nunca más vuelvan a repetirse estas inmensas tragedias colectivas.

14.- En virtud de lo expuesto propicio:

I.- RECHAZAR el recurso interpuesto por la defensa de Raúl Alcides Villarreal, sin costas.

II.- HACER LUGAR PARCIALMENTE a los recursos interpuestos por las defensas de Patricio Rogelio Santos Fontanet, Christian Eleazar Torrejón, Maximiliano Djerfy, Daniel Horacio Cardell, Elio Rodrigo Delgado, Juan Alberto Carbone y Eduardo Arturo Vásquez, **SIN COSTAS; ANULAR PARCIALMENTE LOS PUNTOS DISPOSITIVOS V, VI, VII, VIII, IX, X, XI**, de la sentencia de la Sala III de esta Cámara dictada el 20 de abril de 2011; y **ABSOLVER** a estos imputados en orden al delito de cohecho activo (art. 258 del C.P., 3, 470, 471, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

III.- HACER LUGAR PARCIALMENTE a los recursos interpuestos por las defensas de Fabiana Gabriela Fiszbin, Ana María Fernández y Gustavo Juan Torres **SIN COSTAS, ANULAR** a su respecto la decisión de la Sala III de esta cámara dictada el 17 de octubre de 2012 y la del Tribunal Oral que resulta su precedente, en punto a la individualización de la pena impuesta (art. 471, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

IV.- En consecuencia de lo dispuesto en los puntos anteriores, y en respeto al principio de la doble instancia, e imparcialidad, corresponde **APARTAR** al Tribunal Oral interviniente y **REMITIR** la causa a la Oficina de Sorteos de la Secretaria General de esta Cámara a fin de desinsacular un nuevo tribunal que,

previa audiencia con las partes y de visu de los encartados, fije nueva pena a Patricio Rogelio Santos Fontanet, Christian Eleazar Torrejón, Maximiliano Djerfy, Daniel Horacio Cardell, Elio Rodrigo Delgado, Juan Alberto Carbone, Eduardo Arturo Vásquez, Fabiana Gabriela Fiszbin, Ana María Fernández y Gustavo Juan Torres (art. 471, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

Tal es mi postura, que ha quedado en minoría.

Sin perjuicio de lo cual, y a los efectos de lograr las mayorías necesarias para un pronunciamiento válido, conforme se desprende del texto de mi voto, adherí a la solución propuesta por el doctor Hornos respecto de la imputada Ana María Fernández.

Por ello, y en mérito al acuerdo que antecede, el Tribunal,

RESUELVE:

I.- Por unanimidad, **RECHAZAR** el recurso interpuesto a fs. 74566/74686 por Albino José Stefanolo, defensor particular de Raúl Alcides VILLARREAL, sin costas (arts. 470 y 471, 530 y ss. del C.P.P.N.).

Y por mayoría:

II.- RECHAZAR el recurso interpuesto a fs. 74255/74304 por Marcelo Horacio Fainberg y Patricia De Reatti, defensores particulares de Fabiana Gabriela FISZBIN, sin costas (arts. 470 y 471, 530 y ss. del C.P.P.N.).

III.- RECHAZAR el recurso interpuesto a fs. 74381/74565 por los letrados particulares Oscar Marcelo Brito y Nicolás F. D'Albora, asistiendo a Patricio Rogelio Santos FONTANET, Christian Eleazar TORREJÓN, Maximiliano DJERFY y Daniel CARDELL, sin costas (arts. 470 y 471, 530 y ss. del C.P.P.N.).

IV.- RECHAZAR el recurso interpuesto a fs. 74587/74617 por el letrado particular de Gustavo Juan TORRES, Carlos A. O. Cruz, sin costas (arts. 470 y 471, 530 y ss. del C.P.P.N.).

V.- RECHAZAR el recurso interpuesto a fs. 74618/74630 por la Defensora Pública Oficial *ad hoc* Brenda L. Palmucci, asistiendo a Elio Rodrigo DELGADO,



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CCC 247/2005/TO1/4/CFC3

Juan Alberto CARBONE y Eduardo Arturo VÁSQUEZ, sin costas (arts. 470 y 471, 530 y ss. del C.P.P.N.).

VI. DECLARAR la inconstitucionalidad de la segunda y tercera disposición del art. 12 del C.P., dejando sin efecto la sentencia condenatoria pronunciada únicamente en cuanto a la imposición de las accesorias dispuestas en esa normativa.

VII.- HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso interpuesto a fs. 74631/74646 por los Defensores Públicos Oficiales *ad hoc*, Nicolás Ramayón y Gonzalo Rey, sin costas en la instancia, **CASAR** el punto dispositivo V de la resolución de fs. 71749/71805 y, en consecuencia, **CONDENAR** a Ana María FERNÁNDEZ a la pena de dos (2) años y diez (10) meses de prisión y costas (arts. 470, y 530 y 531 del C.P.P.N.).

VIII. TENER PRESENTES las reservas del caso federal formuladas.

Regístrese, notifíquese y comuníquese (Acordada N° 15/13 -Lex 100-, CSJN). Remítase la presente causa al tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

JUAN CARLOS GEMIGNANI

GUSTAVO M. HORNOS

PEDRO R. DAVID

Ante mí: