

Suprema Corte:

-I-

El Tribunal Oral en lo Criminal n° 24 condenó a Omar Emir Chabán y Diego Marcelo Argañaraz por la comisión en coautoría de los delitos de incendio doloso seguido de muerte y cohecho activo. También condenó a Carlos Rubén Díaz por su doble condición de partícipe necesario del delito de incendio doloso seguido de muerte y autor del delito de cohecho pasivo (cf. artículos 45, 186, inciso 5; 256 y 258 del Código Penal). El tribunal, asimismo, graduó en veinte años de prisión la pena de Chabán, y en dieciocho años de igual especie las de Argañaraz y Díaz, a quien también le fue impuesta la pena de inhabilitación especial perpetua.

A su vez, en lo que es de relevancia para el recurso que aquí se considera, el tribunal condenó a Raúl Alcides Villarreal a la pena de un año de prisión en suspenso por su participación secundaria en el delito de cohecho activo ejecutado por Chabán (cf. artículos 46 y 258 del Código Penal) y lo absolvío, junto con Patricio Rogelio Santos Fontanet, Eduardo Arturo Vásquez, Juan Alberto Carbone, Christian Eleazar Torrejón, Maximiliano Djerfy, Elio Rodrigo Delgado y Daniel Horacio Cardell del delito de incendio doloso seguido de muerte que les había atribuido el Ministerio Público.

Según se tuvo por acreditado en el juicio, durante la presentación que el grupo musical Callejeros dio el 30 de diciembre de 2004 en el local bailable República Cromaño, pocos minutos antes de las once de la noche al menos uno de los asistentes al concierto detonó un artefacto pirotécnico que impactó en el techo del recinto y provocó un foco ígneo que, instantes después, derivó en la combustión del género que recubría el cielorraso. El humo negro y espeso que siguió a la inflamación del material saturó rápidamente el interior del predio y obligó a las personas a dirigirse intempestivamente hacia las salidas. Sin embargo, la excesiva cantidad de concurrentes —cuatro

veces superior a la permitida— la obstrucción de las vías de evacuación y el corte de luz que se produjo en el local casi inmediatamente, convergieron en un cuadro de caos y confusión generalizada que impidió a muchísimos asistentes abandonar el local a tiempo. Como consecuencia de la anoxia producida por la inhalación de los efluvios tóxicos que desprendió la deflagración del revestimiento, un total de ciento noventa y tres personas perdieron la vida, y otras mil cuatrocientas treinta y dos resultaron lesionadas.

El tribunal oral consideró co-organizadores excluyentes del evento a Omar Chabán y a Diego Argañaraz, en la medida en que, en ejercicio de sus funciones como explotador comercial del local bailable y *manager* del grupo, respectivamente, ambos tomaron conjuntamente decisiones centrales para la configuración de la situación de peligro en el marco de la cual se desarrolló el recital. Entre otras cosas, ellos dispusieron la venta de unas cuatro mil entradas en un lugar habilitado para albergar poco más de mil y ordenaron el emplazamiento de vallas en una de las salidas principales, obstaculizándola; también prestaron su aquiescencia para la utilización de material altamente inflamable en el revestimiento acústico del cielorraso y para la clausura de una vía de evacuación de emergencia, con alambre y candado, con el fin de evitar posibles molestias a los propietarios de edificios linderos. Asimismo —y ello fue determinante en el razonamiento del tribunal— tanto Chabán como Argañaraz intervinieron activamente durante el desarrollo del espectáculo, organizando el trabajo del personal de seguridad e impartiendo directivas al personal encargado del expendio de bebidas, entre otros. Chabán, a su vez, permaneció desde el inicio de la función en las cercanías del control del sonido, llegando incluso a utilizarlo para reprender al público cuando algunos de los asistentes detonaron los primeros elementos pirotécnicos.

En definitiva, al haberse distribuido funcionalmente las tareas propias de la organización y desarrollo del concierto, Chabán y Argañaraz asumieron el papel de

garantes de la neutralización de los peligros inherentes a las condiciones en las que se desenvolvió el recital, y retuvieron en todo momento el co-dominio de los acontecimientos, en tanto ambos contaban con la autoridad y los medios técnicos necesarios para impedir que el espectáculo continuara cuando las circunstancias devinieron en un incendio que tenían el deber de evitar. La violación de ese deber se encuentra criminalizada, de acuerdo con la interpretación del tribunal de juicio, en las disposiciones del artículo 186, inciso 5, del Código Penal.

En relación con Carlos Rubén Díaz, el tribunal tuvo por acreditada la existencia de un pacto espurio celebrado entre él, Chabán y Argañaraz entre los días 28 y 30 de diciembre de 2004, a resultas del cual el concierto en el que tuvo lugar el estrago pudo desarrollarse sin que el primero de los nombrados —en su condición de subcomisario de la Policía Federal con competencia en la zona del hecho— clausurara el local a pesar de que las múltiples contravenciones en las que incurría la defectuosa organización del evento así lo exigían, especialmente en atención a los riesgos que ellas entrañaban para la seguridad de los concurrentes. La aquiescencia de Díaz fue considerada por el tribunal como un aporte sin el cual el incendio no podría haberse producido y ello dio fundamento a la responsabilidad penal que le atribuyó como partícipe necesario en el delito de Chabán y Argañaraz.

Por lo demás, el tribunal descartó el reproche penal de los miembros del grupo Callejeros —integrado por los músicos Fontanet, Vázquez, Djerfy, Torrejón, Delgado y Carbone, y por el escenógrafo Cardell— en el entendimiento de que durante el debate no se había logrado acreditar ni su intervención en el pacto espurio celebrado por Chabán, Argañaraz y Díaz, ni que pesara sobre ellos un deber legal de neutralizar los peligros inherentes a la organización del evento comparable al que habían asumido éstos últimos. En similares términos se expidió el tribunal respecto de Villarreal al absolverlo de la responsabilidad en el incendio que se le había endilgado (cf. sentencia del

tribunal oral, fs. 66.216/67.442 del expediente principal de este proceso, agregado en parte al expediente C.46.XLIX que registra la queja por recurso extraordinario denegado deducida por el acusado Eduardo A. Vázquez, y que tengo a la vista al redactar este dictamen; salvo que se indique lo contrario, a ese expediente principal corresponden las referencias a las actuaciones de este proceso que se realizan en lo que sigue).

La sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, a su turno, confirmó las condenas por el delito de cohecho, así como la reconstrucción que el tribunal de juicio hizo de los hechos relacionados específicamente con la producción del incendio y del rol que en ellos desempeñaron Chabán, Argañaraz y Díaz.

Al mismo tiempo, el tribunal de casación revocó las absoluciones de Fontanet, Vázquez, Djerfy, Torrejón, Delgado, Carbone, Cardell y Villarreal en relación con los hechos por los que habían sido llevados a juicio. Por unanimidad, todos ellos fueron condenados como partícipes del delito cohecho activo. Los jueces integrantes de la cámara *a quo*, empero, discreparon en relación con la significación legal que corresponde asignarle a su intervención en el incendio. Mientras que el juez que emitió su voto en primer término, consideró que las conductas de todos ellos —al igual que las de Chabán y Argañaraz— se subsumen en las previsiones del artículo 186, inciso 5, del Código Penal, sus colegas, por su parte, coincidieron en que ninguno de los intervenientes —ni los condenados por el tribunal oral ni aquellos cuyas absoluciones fueron revocadas— había obrado con el estado mental exigido para satisfacer los aspectos subjetivos del delito previsto en esa norma. En particular, la actuación dolosa quedaba descartada, sostuvo la mayoría, en razón de que todos ellos confiaron en que podrían neutralizar las consecuencias dañosas de un incendio, en el caso de que se produjera uno, tal como creían probable.

No obstante, la cámara consideró que la responsabilidad penal de los intervenientes en el incendio se derivaba directamente del modo negligente en el que el espectáculo musical había tenido lugar. Las vocales que conformaron el criterio mayoritario en este aspecto de la resolución, en efecto, estuvieron de acuerdo en que la situación de peligro y su desenlace fatal habían sido causalmente determinados, entre otras cosas, por la infracción conjunta de una pluralidad de deberes de cuidado que pesaban indistintamente sobre todos los intervenientes en virtud de disposiciones del Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires erigidas precisamente para minimizar la probabilidad de ocurrencia de una tragedia como la que efectivamente tuvo lugar. Por ello, en definitiva, el *a quo* condenó tanto a Chabán, Argañaraz y Díaz, como a Villerreal, Fontanet, Vázquez, Djerfy, Torrejón, Delgado, Carbone y Cardell por la comisión de los delitos de incendio culposo agravado por la causación de muertes y lesiones, en concurso real con cohecho (cf. artículos 189, 2º párrafo, 256 y 258 del Código Penal). La cámara, a su turno, ordenó el reenvío de la causa al tribunal de origen a fin de que éste determinara las penas que en concreto correspondía imponer, en virtud de la escala penal aplicable a la nueva calificación legal de los hechos (cf. primera sentencia de casación, fs. 69.857/70.480 vta.).

Al dictar sentencia en el marco de los recursos dirigidos contra las penas individualizadas por el tribunal oral, la sala III de la Cámara Federal de Casación penal resolvió graduarlas en definitiva del siguiente modo: diez años y nueve meses de prisión para Omar Chabán; ocho años de prisión e inhabilitación especial perpetua para Carlos Díaz; siete años de prisión para Patricio Santos Fontanet; seis años de prisión para Eduardo Vázquez y Raúl Villarreal; cinco años de prisión para Christian Torrejón, Juan Carbone, Maximiliano Djerfy, Elio Delgado y Diego Argañaraz; y tres años de prisión para Daniel Cardell (cf. segunda sentencia de casación, fs. 71.749/71805).

El Ministerio Público Fiscal impugnó esas condenas —integradas, en definitiva, por la decisión sobre la atribución de responsabilidad penal, de un lado, y por la determinación de la pena, del otro— mediante recurso extraordinario federal, cuya denegación dio lugar a esta queja (fs. 71.876/71.895, 72.342/72.345 vta. del expediente principal y fs. 654/656 vta. del legajo de la queja).

En su apelación extraordinaria, el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal objeta el pronunciamiento condenatorio con base en la doctrina de arbitrariedad de sentencias.

La atribución de ese vicio en el que el recurrente fundamenta su impugnación gira en torno al modo en que la mayoría del tribunal *a quo* concluyó que resultaba aplicable el artículo 189, segundo párrafo, del Código Penal, y descartó la calificación legal del artículo 186, inciso 5, propuesta por la acusación pública y recogida sólo por el juez que emitió su voto en primer lugar. Las vocales que integraron la mayoría consideraron, en efecto, que los acusados habían obrado con conciencia del riesgo que creaban para la vida y la integridad física de quienes asistían esa noche al concierto, pero confiando en que podrían evitar un desenlace fatal en el caso de que efectivamente se iniciara un incendio. Sobre esa base concluyeron que el comportamiento imputado no se corresponde con el criminalizado en el artículo 186, inciso 5, sino que constituye el delito de incendio culposo seguido de muerte del artículo 189, segundo párrafo, del Código Penal.

En breve, el recurrente sostiene que en esa medida la decisión del *a quo* no es una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias probadas de la causa; antes bien, afirma que los votos que conformaron la mayoría extrajeron sus conclusiones más guiados por un afán de justificar la subsunción del caso

en el estrago culposo, que en valorar si efectivamente el comportamiento de los acusados había exhibido el estado mental necesario para descartar la calificación de incendio del artículo 186. Los hechos sobre los que se extiende la coincidencia entre ambas magistradas —postula el apelante— “se adecuan sin esfuerzo a las formas típicas del obrar doloso, no así a las de naturaleza culposa (negligencia e imprudencia) como lo entendieron finalmente las juezas que integraron la mayoría del tribunal” (fs. 643 y 633 del legajo de la queja).

En fin, postula que al descartar como lo hizo la calificación de incendio doloso seguido de muerte, del artículo 186, inciso 5, del Código Penal, la sala brindó un fundamento sólo aparente, se apartó de constancias comprobadas de la causa y omitió el tratamiento de cuestiones sustanciales y de la normativa conducente a la solución del caso.

-III-

En mi opinión, el recurso extraordinario deducido por el fiscal general ha de ser acogido. Dirigido contra la sentencia definitiva con la que el tribunal superior de la causa puso fin al proceso, el recurso pone en evidencia un vicio tal en el razonamiento de la mayoría de la sala que la decisión impugnada, en la medida en que se ve afectada por él, no alcanza el umbral mínimo de fundamentación que la Constitución Nacional exige para todo acto jurisdiccional válido.

Aprecio que en lo relativo a este punto, el voto mayoritario parte, en primer término, de transcripciones de textos académicos de derecho penal en los que se ofrece una distinción conceptual entre las nociones de “dolo” e “imprudencia”. La concepción general que escoge la jueza que emitió su voto en segundo lugar —al que adhiere, a su turno, la que lo hizo a continuación (cf. fs. 70.368)— distingue ambos términos en virtud de cuáles hayan sido las actitudes del agente respecto del resultado delictivo

relevante. De acuerdo con la definición escogida, quien produce un resultado delictivo siendo consciente del riesgo de producirlo que su comportamiento crea, actúa con dolo respecto de ese resultado si aprueba de algún modo su ocurrencia o ella le es indiferente, mas no si confía —sobre la base de alguna razón objetiva— en que podrá evitar el resultado o que éste de algún otro modo no ocurrirá (cf. fs. 70.248 vta./70.253 vta.).

Tras ello, el *a quo* rechaza la aplicación del artículo 186, inciso 5, del Código Penal sobre la base de la observación de que todos los responsables del concierto del 30 de diciembre de 2004 habrían actuado confiando en que los resultados fatales de un posible incendio serían evitados de algún modo. Así lo afirma la vocal que lidera la mayoría: “Con sólo recordar que Chabán, Argañaraz, Villarreal y los demás integrantes del grupo ‘Callejeros’ estaban presentes en el lugar, queda descartado de plano un quehacer doloso. De lo contrario, ellos mismos hubieran sido las primeras víctimas” (fs. 70.254). En especial respecto del acusado Chabán, esa vocal manifestó: “[E]ntiendo que hay suficientes motivos para sostener que, pese a la posibilidad cierta de que se produjera un foco ígneo, al momento del hecho existía en Chabán una personal confianza en la evitación del resultado típico” (fs. 70.257). Y de igual modo se expidió respecto del resto de los acusados cuyas condenas se impugna mediante el recurso en examen: “[C]onsidero que hay razones para afirmar que al momento del hecho y pese a que era evidente la posibilidad de que se produjera un foco ígneo, confiaban en que el peligro que para los bienes y las personas acarreaba esa situación podía ser una vez más conjurado” (fs. 70.267).

La arbitrariedad en el razonamiento de la sala tiene, a mi modo de ver, dos aspectos. El primero —sobre el que hace énfasis el escrito de interposición del recurso del fiscal general de casación con argumentos que comparto— se manifiesta en el modo en el que la mayoría del *a quo* concluyó que los acusados habían obrado confian-

do en que el incendio cuyo riesgo preveían no tendría un desenlace fatal en el sentido requerido por la definición de dolo por la que optaron.

En efecto, la misma literatura de la que el voto mayoritario toma la distinción de los conceptos de dolo e imprudencia por la que se inclina establece una diferencia entre aquella actitud que cuenta como *confianza* suficiente para excluir el dolo respecto de un resultado delictivo determinado y la mera *esperanza* de que el resultado no ocurrirá que no excluye el dolo (cf., por ejemplo, Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, trad. de la 2da. ed. alemana de Diego Manuel Luzón Peña *et al.*, Madrid, 1997, § 12, nm. 27, pág. 427, obra que la sala toma como referencia principal para la discusión conceptual en cuestión; cf., por ejemplo, fs. 70.251, 70.253 vta./70.254 y 70.368). La diferencia reposa sobre la naturaleza de las razones con base en las cuales el agente espera que el resultado relevante no tendrá lugar. Mientras que la confianza, en este sentido, es una respuesta a razones objetivas que hacen entendible su actitud, la mera esperanza no tiene un asiento racional semejante.

Según lo veo, en el pronunciamiento impugnado se omite esta distinción, en tanto se atribuye a los acusados la aludida confianza en que el incendio probable no tendría consecuencias lesivas sólo sobre la base del hecho de que en dos oportunidades durante el año 2004 había tenido lugar un principio de incendio en el local República Cromañón durante la presentación de un grupo musical y en las dos ocasiones el fuego había sido controlado sin que se produjeran daños entre los asistentes. Así lo afirmó la juez que lidera la mayoría: “Si nos atenemos a que con anterioridad algunos de los co-procesados habían sorteado otros principios de incendio, puede suponerse que también pudieron pensar en superar otro. Ese otro fue el que dio origen a esta dolorosa causa y a éste no lo pudieron sortear” (fs. 70.253 vta.).

Ahora bien, las magistradas no ofrecen ninguna explicación dirigida a mostrar por qué los dos sucesos anteriores en los cuales hubo fuego durante un concierto en el local República Cromañón guardaran alguna similitud razonable con aquel cuya probabilidad reconocieron los acusados el día de los hechos de este proceso, de modo tal que pudieran dar fundamento a una confianza en que el riesgo sería superado también esta vez en lugar de determinar sólo una mera esperanza en que la suerte estaría del lado de los acusados. En ausencia de esa explicación, el tribunal no pudo concluir válidamente, como lo hizo, que “quedá[ba] descartado de plano un quehacer doloso” (cf. fs. 70.254).

Más aún, como lo destaca el fiscal general en su recurso, las dos experiencias previas de fuego durante un concierto en el local República Cromañón ocurrieron en condiciones tan distintas a las que concurrían durante la presentación de Callejeros del 30 de diciembre de 2004 que resulta antojadizo identificarlas como razones objetivas para confiar en que podría correrse la misma suerte.

Ciertamente, el fuego detectado en el recital del 25 de diciembre de 2004, durante la presentación del grupo “La 25” fue lo suficientemente insignificante que el mismo público asistente pudo apagarlo con vasos de agua y otras bebidas. Carece de todo asidero pretender compararlo con el estrago que era previsible durante la presentación de Callejeros, en el que mediaba la certeza práctica de que el público usaría bengalas y detonaría otros elementos pirotécnicos, en un contexto de hacinamiento extremo que no tenía igual.

Encuentro del mismo modo caprichosa la comparación con el principio de incendio ocurrido el 1º de mayo de 2004 durante concierto de “Jóvenes Pordioseros”, en el que fueron decisivas para el salvamento la escasez de público y la disponibi-

lidad de la puerta de emergencia que, en la presentación de Callejeros del 30 de diciembre había sido intencionalmente clausurada con alambre y candado.

En fin, al rechazar la calificación de incendio doloso seguido de muerte del artículo 186, inciso 5, del Código Penal atribuyendo a los acusados el haber actuado con la confianza de que el incendio que preveían no tendría un desenlace catastrófico, la mayoría del tribunal exhibió una apreciación arbitraria de las circunstancias comprobadas de la causa y de la doctrina que consideró aplicable al caso. En mi entender, ello invalida el pronunciamiento como acto jurisdiccional en la medida del vicio indicado (cf. doctrina de Fallos: 310:2091, 321:416, 323:455, entre muchos otros).

—IV—

La arbitrariedad que afecta a la sentencia en el punto impugnado por el Ministerio Público no se agota en el vicio anterior, relacionado con el modo en el que la mayoría del *a quo* concluyó que la actitud en relación con el desenlace fatal del incendio que observó en el comportamiento de los acusados contaba como confianza en el sentido de la doctrina que aplicó a la solución del caso.

Aun si no fuera irrazonable arribar a esa conclusión, al derivar de ella sin más ni más la decisión de que las conductas imputadas no configuran el delito criminalizado en el artículo 186, inciso 5, del Código Penal, la mayoría se apartó, mediante una fundamentación sólo aparente, de la solución normativa prevista para el hecho de la causa, prescindiendo de normas específicas del derecho aplicable que impedían llegar a esa decisión. Por sí, ello también obliga —en mi opinión— a revocar el pronunciamiento en la medida en que fue impugnado, con arreglo a la doctrina de V.E. en materia de arbitrariedad de sentencias (cf. Fallos: 306:262 y 940; 310:799; 311:345; 312:888; 327:5857).

El voto mayoritario —cabe recordar— toma como premisa la distinción conceptual entre las nociones generales de dolo e imprudencia que distingue el uso de estos términos según cuáles hayan sido las actitudes del agente respecto del resultado delictivo pertinente. En particular, de acuerdo con la definición escogida por el tribunal, quien produce un resultado delictivo siendo consciente del riesgo de producirlo que su comportamiento ha creado, obra con dolo respecto de ese resultado si aprueba de algún modo su ocurrencia o ella le es indiferente, mas no si confía —sobre la base de razones objetivas— en que podrá evitar el resultado o que éste de algún otro modo no ocurrirá.

Esa distinción de conceptos generales, junto con la proposición empírica —a cuya arbitrariedad me he referido en la sección anterior— de que los acusados habrían confiado en que evitarían el posible desenlace catastrófico del incendio que sabían probable, llevó a rechazar la calificación legal postulada por el Ministerio Público, defendida por el tribunal oral y propuesta a la sala por el juez Riggi en su voto, de incendio doloso seguido de muerte del artículo 186, inciso 5, del Código Penal.

En pocas palabras, en el voto mayoritario se afirma que, en virtud de la noción general de dolo escogida, ha de descartarse toda forma de responsabilidad dolosa si el agente confía al actuar en que el resultado típico no ocurrirá. Dado que los acusados habrían confiado en que el incendio previsto no se descontrolaría del modo en el que efectivamente sucedió, se concluyó que no correspondía la responsabilidad por incendio doloso, sino sólo por el delito de incendio imprudente previsto en el artículo 189 del Código Penal.

Ahora bien, la distinción conceptual entre las nociones de dolo e imprudencia, sobre la que basa su decisión la mayoría de la sala, presupone un tipo penal que indique cuál es el resultado delictivo relevante, esto es, aquel sobre el que debe recaer el conocimiento, la intención, la actitud aprobatoria o la indiferencia para que ese estado

mental cuente como dolo respecto de ese resultado. En la clase de literatura con la que ilustra su voto la juez Catucci, la distinción conceptual analizada se ejemplifica con un tipo penal “de lesión” simple, como el que criminaliza el homicidio. Así, de acuerdo con la concepción favorecida en el voto, actúa con el dolo *requerido por el tipo penal de homicidio* quien efectivamente prevé como resultado posible de su comportamiento que con éste matará probablemente a otro y aprueba ese desenlace, o le es indiferente; y, de modo correspondiente, actúa sin *ese* dolo quien, en cambio, obra motivado por la confianza de que la muerte probable finalmente no ocurrirá.

Sin embargo, las leyes penales aplicables al *sub lite* se distinguen de un modo crucial de los tipos simples de lesión utilizados como presupuesto de la discusión conceptual citada por el *a quo*. El artículo 186, inciso 5, del Código Penal —esto es, el tipo penal con el que calificó las conductas en cuestión el tribunal de juicio en su condena y el juez que votó en minoría— contiene una “figura compleja”, que combina dos clases de comportamientos delictivos más básicos, ninguno de los cuales es un tipo de lesión simple doloso, como el presupuesto en la discusión conceptual de la que parte el argumento de la mayoría. En efecto, la figura atribuye pena a una conjunción entre la realización de un “tipo de peligro” —el incendio peligroso, del artículo 186, inciso 1— y la producción imprudente de la muerte de otra u otras personas (cf., por ejemplo, Sebastián Soler, *Derecho Penal argentino*, t. IV, 4° ed., Buenos Aires, 1987, págs. 572-585; Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, t. III, Buenos Aires, 1981, págs. 427-431; Marcelo A. Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, págs. 240-247). Ese rasgo de la regla de la parte especial del Código Penal aplicable al caso tiene las dos implicancias siguientes, que invalidan decisivamente el razonamiento de la mayoría del tribunal de casación.

En primer lugar, la determinación del requisito subjetivo para la atribución de responsabilidad por la realización de un tipo de peligro, como el del incendio,

obliga a tomar en consideración el requisito subjetivo del correspondiente tipo de lesión cuando, como en el presente caso, la ley penal incluye también una figura de ese tenor. En particular, el intérprete está obligado a distinguir el comportamiento del incendio peligroso para las vidas de otras personas que cae bajo el tipo del artículo 186, inciso 5, por un lado, del que corresponde a la figura del artículo 80, inciso 5, por el otro, teniendo a su vez en cuenta las normas que completan ambas figuras extendiendo la responsabilidad penal a los casos en que el peligro del incendio no se realiza en la muerte efectiva de una persona, a saber, el inciso 4 del artículo 186, en un caso, y la regla del artículo 42 del Código Penal, en el otro. A este respecto ha de recordarse que es deber de los tribunales, al interpretar las leyes, inclinarse por el sentido que concilie a las distintas disposiciones entre sí, armonizándolas con el resto del ordenamiento jurídico (cf., por ejemplo, Fallos: 316:289 y sus citas; 320:783; 324:4367, entre muchos otros).

La doctrina que ha atendido a esta cuestión interpreta que, para cumplir con el requisito subjetivo del delito de incendio del artículo 186, no es necesario que el agente obre con conciencia del riesgo específico en relación con los desenlaces posibles del incendio que su comportamiento contribuye a crear, sino que sería suficiente con que actuara con conciencia de los factores que determinan ese riesgo. Alternativamente, se exige que el autor se represente al actuar los riesgos derivados del incendio para la vida de otras personas, mas se interpreta que el requisito subjetivo está cumplido cuando el autor confía en que las lesiones a la vida de los demás se evitarán de algún modo. Pues si el responsable por el incendio sabe del riesgo para vidas ajenas o, en la segunda de las interpretaciones, cuenta además con las muertes posibles o es indiferente a su respecto, su comportamiento caería ya bajo el artículo 80, inciso 5, del Código Penal (cf., por ejemplo, Soler, *op. cit.*, págs. 584-585; Sancinetti, *op. cit.*, págs. 241-247).

En suma, lo que se especifica como el dolo exigido por la figura de peligro del incendio del artículo 186 debe compatibilizarse con la exigencia correspondiente del delito de lesión pertinente, el homicidio del artículo 80, inciso 5; y, por ello, si el requisito subjetivo de éste último incluye el “dolo eventual” de homicidio —esto es, la creencia de que el incendio puede provocar la muerte de alguna persona, sumada a una actitud aprobatoria o indiferente respecto de esa eventualidad— el dolo suficiente para dar por cometido el delito de incendio peligroso ha de ser menos demandante.

En segundo lugar, las reglas que agravan la pena para el incendio peligroso según cuáles sean los resultados que éste haya desencadenado —en especial, el peligro concreto de muerte para alguna persona determinada, inciso 4, y el supuesto en que “el hecho fuere causa inmediata de muerte de alguna persona”, inciso 5— no exigen más que imprudencia respecto de los sucesos respectivos. Las cláusulas en cuestión contienen, en este sentido, “figuras preterintencionales” (cf., por ejemplo, Zaffaroni, *op cit.*, pág. 430 y sus citas). Por lo tanto, el hecho de que el responsable por la provocación de un incendio peligroso obre, sin embargo, *sin* dolo en relación con la muerte de las personas a las que el fuego afecta no permite negar que su comportamiento cumple con los requerimientos del tipo del artículo 186, inciso 5; pues éste, insisto, sólo requiere imprudencia a ese respecto, no dolo.

Una vez que la discusión conceptual general sobre las nociones de dolo e imprudencia es completada con alguna interpretación de los tipos penales aplicables al caso —como se debe, para que la decisión pueda ser una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa— ya no es posible extraer la conclusión que la mayoría de la sala pretendió derivar de ella, a saber, que los hechos comprobados del caso no satisfacen las exigencias subjetivas del artículo 186, inciso 5.

En efecto, la mayoría del *a quo* apoyó su decisión en el hecho de que los acusados, si bien obraron con conciencia del riesgo de incendio al que se enfrentaban y avanzaron a pesar de esa conciencia, habrían confiado empero —según afirman las magistradas que la integraron— en que ese peligro no se realizaría en las lesiones y muertes que finalmente el incendio produjo. De acuerdo con la noción de dolo por la que estas vocales optaron, y los tipos penales en discusión, la única conclusión razonable que cabía extraer de los hechos del caso tal como habían sido reconstruidos era que los acusados habían obrado ciertamente con el dolo requerido por el tipo de peligro del incendio del artículo 186, y sin dolo sólo respecto de los resultados del incendio sobre la vida y la integridad física de las personas que ese día estaban en el local República Cromañón —conclusión ésta que no impedía la aplicación de la regla del inciso 5 del artículo 186, pues ella no exige dolo respecto de tales resultados, sino sólo sobre el incendio que los generó—. La discusión general sobre los conceptos de dolo e imprudencia en la literatura académica, sin aplicación concreta a los tipos penales en juego en el caso, no da razón alguna que pueda controvertir esa conclusión.

En resumen, la reconstrucción de los hechos en relación con las actitudes con las que habrían actuado los acusados y la distinción conceptual de las nociones generales de dolo e imprudencia sólo permitía llegar a la conclusión a la que la mayoría arribó —a saber, el rechazo de la calificación del artículo 186, inciso 5— prescindiendo de reglas del Código Penal aplicables al caso y de la interpretación pacífica que de ellas hace la doctrina. En tales condiciones, la condena por la comisión del delito del artículo 189, segundo párrafo —en lugar del previsto por el artículo 186, inciso 5— no puede sostenerse; ella carece de la fundamentación mínima constitucionalmente exigida para que pueda contar como un acto jurisdiccional válido.

Lo expuesto hasta aquí es suficiente, en mi entender, para revocar, con base en la jurisprudencia de V.E. sobre arbitrariedad de sentencias, lo dispuesto en los puntos II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X y XI de la parte resolutiva de la sentencia de casación (fs. 70.478/70.479 vta.) en la medida en que allí se dispuso condenar a Omar Emir Chabán, Raúl Alcides Villarreal, Diego Marcelo Argañaraz, Patricio Rogelio Santos Fontanet, Eduardo Arturo Vázquez, Juan Alberto Carbone, Christian Eleazar Torrejón, Maximiliano Djerfy, Elio Rodrigo Delgado y Daniel Horacio Cardell como autores del delito de incendio culposo seguido de muerte del artículo 189, segundo párrafo, del Código Penal, en cuanto ha sido decidido sobre el fundamento aparente que objeta el recurso extraordinario en examen. La arbitrariedad apuntada allí también invalida —opino— la condena de Carlos Rubén Díaz como autor del delito del incendio culposo seguido de muerte (dispuesta en el punto XII de la conclusión decisoria de la sentencia de casación, fs. 70.479 vta.) en tanto ella es una derivación de la anterior.

-V-

Por todo lo expuesto, y lo argumentado en igual sentido en el recurso extraordinario del Ministerio Público Fiscal, mantengo la queja interpuesta por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal.

Buenos Aires, 29 de noviembre de 2013.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL

  
ADRIANA M. MARCHISIO  
Prosecretaría Administrativa  
Procuración General de la Nación