

“Villarreal, Raúl Alcides y otros s/ recurso de casación”
CCC 247/2005/TO1/4/1/1/RH4

S u p r e m a C o r t e:

I

El 20 de abril de 2011, la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar parcialmente a los recursos deducidos por los representantes del Ministerio Público Fiscal y de determinadas querellas, condenó 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 segundo párrafo del Código Penal), y dispuso que la sanción que correspondiera aplicar fuese determinada por el Tribunal Oral en lo Criminal nº 24, que llevó a cabo el juicio oral en orden a los hechos atribuidos.

Luego, por resolución de 17 de octubre de 2012, dicha sala rechazó la impugnación deducida por la defensa de la nombrada contra la decisión acerca de la individualización de la pena, y confirmó la de tres años y seis meses de prisión que le impuso el tribunal oral.

Con motivo del recurso interpuesto por su defensora, V.E. encomendó la designación de otra sala de esa cámara a efectos de que procediese a la revisión de aquellos pronunciamientos mediante un recurso ordinario, accesible y eficaz (sentencia del 5 de agosto de 2014 en los autos C. 11, XLIX, “Chabán, Omar Emir y otros s/ causa nº 11.684”). Por sorteo, resultó designada la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal.

En tales condiciones, el 5 de noviembre de 2014 el *a quo* estableció el trámite de esa instancia recursiva, en cuyo marco la defensa de Fernández dedujo la impugnación que fue finalmente rechazada mediante el pronunciamiento de 21 de septiembre de 2015, salvo en lo

vinculado con el monto de la pena impuesta, el que fue reducido a dos años y diez meses de prisión (fs. 3/188 del presente legajo).

Contra esa decisión, el defensor oficial interpuso recurso extraordinario, cuya denegatoria dio lugar a la presente queja (fs. 189/211 y 225/229 de este expediente).

II

El apelante sostuvo que el pronunciamiento recurrido vulneró la garantía a la doble instancia prevista en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En ese sentido, dijo que dichas disposiciones sólo contemplan el derecho a recurrir del imputado o inculpado de un delito, pero no de las partes acusadoras, y que tal alcance no puede ser modificado mediante una norma procesal.

Añadió que admitir el recurso del Ministerio Público Fiscal o de las partes querellantes, como ocurrió en el *sub lite*, implica dejar sin efecto el derecho del imputado a obtener la revisión de la sentencia de condena ante un tribunal superior.

Asimismo, expresó que la sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal no estaba habilitada a llevar a cabo el examen del fallo condenatorio hasta tanto el Congreso de la Nación reglamentara el procedimiento recursivo, y señaló que, de acuerdo con diversos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Estados no pueden dejar de tomar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos de los individuos.

Respecto de la revisión que se llevó a cabo en el *sub examine*, la objetó porque no estuvo a cargo de un tribunal superior, no observó un procedimiento establecido por la ley, ni cumplió con la exigencia de agotamiento de la máxima capacidad revisora.

Por otro lado, alegó la vulneración del principio de legalidad. Al respecto, sostuvo que el tipo previsto en el artículo 189 segundo párrafo del Código Penal no satisface el principio de máxima taxatividad, toda vez que en dicha descripción sólo se establece que el resultado muerte debe ser producto de la inobservancia de los reglamentos o deberes a cargo del individuo, con una amplitud que supone una ilegítima delegación por parte del legislador al juez para que éste precise en cada caso los elementos de la tipicidad.

Añadió que en el caso los jueces integraron el tipo penal con presunciones que formularon con el objeto de lograr subsumir una supuesta omisión de su defendida en el marco de aquella figura. En ese sentido, cuestionó las pruebas sobre las que se apoyaron los magistrados para confirmar la existencia de una posición de garante por parte de Fernández, determinar cuál era la conducta debida y considerar que su actuación comportó la creación de un riesgo no permitido de incendio.

Por último, el apelante se agravó por la afectación del principio de congruencia con motivo de la calificación del hecho realizada por la sala III, como constitutivo del delito de omisión de deberes de funcionario público, en concurso ideal con el delito de incendio culposo seguido de muerte por el que fue condenada por el tribunal oral, debido a que, en su opinión, constituyó una sorpresa para esa defensa.

III

A mi modo de ver, los agravios planteados en relación con la garantía de revisión de la sentencia de condena, la capacidad de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal para llevar adelante dicha tarea en el *sub lite*, y el procedimiento aplicado en esa instancia recursiva, guardan sustancial analogía con los que han sido objeto de análisis en el dictamen emitido en la fecha en los autos CCC 247/2005/TO1/4/1/5/RH8, “Villarreal, Raúl Alcides y otros s/ recurso de casación”, a cuyos fundamentos me remito en lo pertinente y doy aquí por reproducidos en razón de brevedad.

IV

Por otro lado, advierto que los cuestionamientos vinculados con la configuración del tipo del artículo 189, segundo párrafo, del Código Penal, consisten en la mera reiteración de los formulados contra la sentencia de condena y que el *a quo* desestimó mediante fundamentos –expuestos a fs. 49 vta./50 vta. del presente legajo- que el recurrente no se hizo cargo de rebatir.

En ese sentido, en el pronunciamiento apelado los magistrados destacaron que “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

“Villarreal, Raúl Alcides y otros s/ recurso de casación”
CCC 247/2005/TO1/4/1/1/RH4

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 artículo 189, 2º párrafo, del Código Penal, 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” (fs. 49 vta./50 del presente legajo).

Añadieron los magistrados 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....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" (fs. 50/51).

Sobre esa base, el *a quo* efectuó un análisis detallado de los elementos por los que la sala III sostuvo la subsunción de las conductas atribuidas a cada funcionario acusado, así como de los agravios que éstos plantearon contra esa valoración.

Así, en primer lugar, destacó las numerosas irregularidades en las que incurría sistemáticamente "República Cromañón", que convergían en la configuración de un elevadísimo riesgo de ocurrencia de incendio peligroso (fs. 78 vta./79).

Acerca de la posibilidad de que los acusados conocieran esa situación, coincidió con la sala III en considerar que aquéllos estaban advertidos. En ese sentido, destacó la actuación n° 631/04 que inició la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires en enero de 2004, lo que motivó un pedido de informe a la Subsecretaría de Control Comunal respecto de la situación en materia de medidas de prevención de incendios de los locales bailables habilitados en la ciudad, y la consiguiente respuesta que realizó la acusada Fabiana Gabriela Fiszbin, que "permittió 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

“Villarreal, Raúl Alcides y otros s/ recurso de casación”
CCC 247/2005/TO1/4/1/1/RH4

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’” (fs. 79/vta.).

Coincidio también el *a quo* en que la situación de los locales bailables venía siendo expuesta mediante diversas resoluciones que reseñó, anteriores a esa actuación de la defensoría de la ciudad, algunas de ellas relativas a la sobreocupación, medios de evacuación, cambio de uso, entre otras circunstancias, que aunque estaban referidas a otros locales ponían en evidencia que los problemas que presentaba la actividad no eran nuevos ni recientes. En este punto, sostuvo que el cotejo global de esas alertas previas, independientemente del objeto concreto de cada una de ellas, revelaba el grado de anomia en el que el sector desarrollaba sus eventos, y la 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 (fs. 80 vta.). Y tuvo en consideración, al igual que la sala III, que la situación denunciada adquirió estado público a través de una nota periodística del diario Clarín, del 26 de mayo de 2004, en la que se señalaba que el ochenta y seis por ciento de los locales bailables no cumplían con las medidas de incendio, y que sólo treinta y seis de doscientos cincuenta y ocho tenían el certificado de seguridad obligatorio que extendían los bomberos, lo que motivó que la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires dispusiera, el 30 de septiembre de ese año, cursar al Poder Ejecutivo local un detallado pedido de informe referido al cumplimiento de las medidas de seguridad contra incendio en locales de baile, por el que se inquirió, entre otros puntos, cuántas inspecciones se habían realizado en

dichos lugares durante el 2004, y si todos contaban con certificados de seguridad contra incendios y si fueron renovándolo anualmente (fs. 80 vta./81).

Concluyó el *a quo*, en tales condiciones, que “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” (fs. 81).

Sin perjuicio de ello, coincidió con la opinión mayoritaria de la sala III en cuanto a que los acusados tuvieron un conocimiento efectivo de la situación típica. Señaló, en ese sentido, que la nombrada Fiszbin fue impuesta de aquella actuación de la defensoría de la ciudad, en la que se le solicitó, como titular de la Subsecretaría de Control Comunal, que intimara a los locales de baile clase “c” para que cumplieran con las normas vigentes, en especial con la ordenanza n° 50.250, y se los sancionara en caso de incumplimiento. Añadió que esas actuaciones, así como la publicación de la nota en el diario Clarín, fueron a su vez objeto de, al menos, tres encuentros que mantuvieron Fiszbin o sus asesores directos con el titular de aquella defensoría y su equipo. Y en cuanto a Fernández valoró –de acuerdo con el juicio de la sala III– que Fiszbin dispuso la intervención de la Unidad Polivalente de Inspecciones, de la que aquélla estaba a cargo, remitiéndole la actuación de la defensoría en mayo de 2004, y que además tomó conocimiento personal de la situación a partir de las reuniones de trabajo que se habían generado con los empleados de esa defensoría del pueblo de la ciudad (fs. 81 vta./82).

Sumado a todo ello, refirió que ni Fernández ni Fiszbin negaron ese conocimiento, motivo por el cual no correspondían ulteriores consideraciones (fs. 82).

En cuanto a la posición de garante de Fernández, el pronunciamiento apelado confirmó el examen que la sala III hizo de las normas que regulaban la estructura de los órganos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires encargados de controlar el funcionamiento de los locales bailables de la clase de “República Cromañón”, y reglamentaban la competencia y responsabilidades funcionales de esas reparticiones (decretos nº 726/01, 761/01, 1363/02, 2116/03, 2696/03, 2718/03, 37704, 1563/04 y 1874/04, del Poder Ejecutivo local), a partir del cual concluyeron que Fernández -junto con los imputados Fiszbin y Torres- tenían aquella posición. En particular, señaló que Fernández era Directora Adjunta de la Dirección General de Fiscalización y Control -cuyo titular era Torres-, y que se había desempeñado desde enero de 2004 hasta agosto de ese año como Coordinadora General de la Unidad Polivalente de Inspecciones, con las mismas competencias y funciones de contralor que luego fueron absorbidas por dicha Dirección General de Fiscalización y Control.

Respecto de la conducta que Fernández debió observar en esa situación, coincidió con la sentencia de condena en cuanto a que mientras se desempeñó como Coordinadora General de la Unidad Polivalente de Inspecciones debió “...disponer la inspección de la totalidad de los locales bailables clase ‘c’ que figuraban en el padrón de habilitaciones del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires 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" (fs. 94). Señaló que era la encargada directa de ejercer el poder de policía en materia de seguridad, salubridad e higiene de los comercios habilitados en la ciudad, tenía la facultad de inspeccionar y disponer las clausuras como asimismo era la encargada directa de ordenar la actividad de los inspectores (fs. 94/vta.).

Indicó que en su calidad de Directora General Adjunta de la Dirección General de Fiscalización y Control, debió haber asistido al Director General en el ejercicio del poder de policía, lo que formaba parte de los asuntos de su competencia de acuerdo con los términos del decreto que regulaba sus atribuciones (fs. 95/vta.).

A mayor abundamiento, el *a quo* añadió que del hecho de que el decreto 37/04 atribuyera a Fernández la competencia para practicar intimaciones formales, no debía inferirse que esa fuera la conducta que debía observar, como su defensa planteó, porque el decreto en cuestión contemplaba también la facultad de disponer la realización de inspecciones y de las clausuras preventivas correspondientes, y porque las intimaciones a las que aludió la defensa no importaron más que un ejercicio puramente 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, lo que –entendió– no podía ser considerado un actuar diligente (fs. 95 vta./96).

Agregó que no cabía reducir la cuestión a la vigencia del certificado expedido por la Superintendencia de Bomberos pues la fiscalización de la gran cantidad de irregularidades que presentaba el local

“Villarreal, Raúl Alcides y otros s/ recurso de casación”
CCC 247/2005/TO1/4/1/1/RH4

“República Cromañon” no formaba parte de la competencia de aquélla, y sólo podía ser adecuadamente controlada mediante la inspección del lugar (fs. 96).

Sumado a lo hasta aquí expuesto, el magistrado que presidió el acuerdo y conformó la opinión mayoritaria compartió las consideraciones de la sentencia de condena en cuanto a que para los funcionarios acusados fue posible actuar conforme al deber que tenían.

En ese sentido, remarcó que desde el momento en que la actuación n° 631/04 ingresó a la Unidad Polivalente de Inspecciones a cargo de Fernández, en mayo de 2004, hasta el 26 de agosto, cuando fue disuelta, contaba con, al menos, setenta y cuatro inspectores con poder de policía, los que en grupos de dos pudieron haber inspeccionado y verificado -los fines de semana- en aproximadamente un mes los doscientos setenta y nueve locales que existían en el padrón de habilitaciones. Y coincidió con que más simple fue la situación en el período en que el área de control estuvo integrada por Fiszbin como Subsecretaria, Gustavo Torres como Director General de la Dirección de Fiscalización y Control, y Fernández como directora adjunta, en el que contaron con un cuerpo de ciento treinta y seis inspectores con poder de policía y el padrón de habilitaciones ya había sido depurado, reduciéndose el número a ciento cuarenta y cinco locales clase ‘c’, por lo que pudieron haber realizado la acción debida en un lapso menor (fs. 96/97; en el mismo sentido, fs. 153 vta./154 vta., y fs. 182).

V

Lo mismo ocurre, en mi opinión, con el agravio relacionado con el principio de congruencia, desde que el pronunciamiento

apelado desechó tales objeciones -mediante las consideraciones que pueden apreciarse a fs. 103/106 del presente legajo- y la defensa insistió en reeditarlas en esta instancia de excepción, sin ocuparse de refutar los fundamentos en que se basó la sentencia apelada.

Al respecto, el magistrado que presidió el acuerdo, con el que coincidieron los otros jueces, consideró que las defensas no lograron demostrar que el cambio de calificación objetado haya importado un menoscabo de los derechos de los condenados.

En ese sentido, destacó que a lo largo de todo el proceso la imputación formulada a Fernández -y a Fiszbin y Torres- consistió en la omisión de cumplir con sus deberes funcionales. Sentado ello, analizó los tipos previstos en los artículos 248 y 249 del Código Penal y rechazó que posean estructuras fundamentalmente diversas e incompatibles entre sí, advirtiendo una superposición parcial entre el tipo penal descripto en la parte final del artículo 248 -un tipo penal omisivo- y las previsiones del artículo 249, entre los que media una relación de especialidad -concurso aparente de delitos- desde que toda omisión de ejecutar las leyes cuyo cumplimiento le incumbe al funcionario público (artículo 248) constituye, a su vez, una omisión de ejercer algún acto del oficio. A partir de tales consideraciones, distinguió al presente caso de los analizados en los precedentes de la Corte que citó el recurrente, por referirse a delitos con diversa estructura, y concluyó que al haber desplegado la defensa frente a una acusación por infracción al artículo 248 in fine del Código Penal, las partes también lo hicieron respecto del delito que finalmente se les atribuyó (artículo 249 del Código Penal), que no es más que una forma simple de la calificación original, con una menor cantidad de elementos típicos. Por lo demás, puso de relieve que las omisiones funcionales

“Villarreal, Raúl Alcides y otros s/ recurso de casación”
CCC 247/2005/TO1/4/1/1/RH4

atribuidas a Fernández –y a Fiszbin y Torres– fueron también valoradas en el marco de la acusación formulada en orden al artículo 189 segundo párrafo del Código Penal, desde el inicio de estas actuaciones (fs. 105/vta.; en el mismo sentido, fs. 155 y fs. 182).

En tales condiciones, pienso que el escrito de la apelación no satisface el requisito de fundamentación exigido por el artículo 15 de la ley 48 y la acordada nº 4/2007 del Tribunal, desde que el recurrente omitió refutar, en forma concreta y razonada, todos y cada uno de los fundamentos expuestos que dieron sustento a la decisión impugnada, y se limitó a reproducir planteos que fueron examinados y resueltos por el tribunal *a quo*, y que no consisten más que en una mera disconformidad con aspectos que, por regla, constituyen materia ajena a esta instancia de excepción, pues se vinculan con cuestiones de hecho y prueba y derecho común, que han sido oportunamente desechados con motivación suficiente que descarta la arbitrariedad (Fallos: 324:2460; 325:1145; 326:1877; 329:2206 y 330:2639, entre muchos otros).

VI

Por todo lo expuesto, opino que corresponde desestimar esta queja.

Buenos Aires, 10 de febrero de 2016.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL

ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación